

Calixto Salomão Filho

***O NOVO DIREITO
SOCIETÁRIO***

*3ª edição,
revista e ampliada*

 **MALHEIROS
EDITORES**

O Novo Direito Societário

© CALIXTO SALOMÃO FILHO

1ª edição: 06.1998; 2ª edição: 06.2002.

ISBN 85-7420-773-X

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (0xx11) 3078-7205 Fax: (0xx11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição
PC Editorial Ltda.

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
10-2006

SUMÁRIO

PREFÁCIO DA 3ª EDIÇÃO 11

PRIMEIRA PARTE – NOVA FUNÇÃO

CAPÍTULO I – DIREITO EMPRESARIAL PÚBLICO

1. <i>Introdução: uma crítica ao neoliberalismo</i>	15
2. <i>Crítica aos determinismos econômicos</i>	16
3. <i>A teoria jurídica do conhecimento econômico e social</i>	17
4. <i>Direito empresarial público</i>	19
4.1 <i>Direito antitruste</i>	20
4.2 <i>Direito societário</i>	22
5. <i>Conclusão</i>	23

CAPÍTULO II – INTERESSE SOCIAL: A NOVA CONCEPÇÃO

1. <i>Introdução</i>	25
2. <i>Contratualismo “versus” institucionalismo</i>	26
2.1 <i>O contratualismo</i>	26
2.1.1 <i>Contratualismo clássico</i>	26
2.1.2 <i>Contratualismo moderno</i>	29
2.2 <i>A teoria institucionalista</i>	
2.2.1 <i>Institucionalismo publicista</i>	30
2.2.2 <i>Intitucionalismo integracionista ou organizativo</i> ..	32
2.3 <i>A situação no Brasil: entre contratualismo e</i> <i>institucionalismo</i>	36
3. <i>As teorias modernas</i>	38
3.1 <i>A empresa e o interesse social na análise econômica do</i> <i>direito: utilidade e críticas</i>	40
3.2 <i>A teoria do contrato organização</i>	42

3.3	Efeitos aplicativos	45
3.3.1	Conflito de interesses	45
3.3.2	Definição de sociedade	45
3.3.3	A desconsideração da personalidade jurídica	47
3.3.4	Sociedade unipessoal e sociedade sem sócio	48
4.	Conclusão	49
CAPÍTULO III – DIREITO SOCIETÁRIO E NOVO MERCADO		
1.	Introdução: regras societárias e mercado de capitais	51
2.	Problemas estruturais básicos do sistema societário brasileiro	53
2.1	Conceito de sociedade – A cooperação como elemento central	53
2.2	Minoritário externo	55
3.	Tentativa de solução contratual: o Novo Mercado	57
SEGUNDA PARTE – NOVA ESTRUTURA		
CAPÍTULO IV – DILUIÇÃO DE CONTROLE		
1.	Introdução: a realidade econômica	63
2.	O debate doutrinário: termos e limites	64
3.	Problemas teóricos e práticos	68
3.1	Deveres fiduciários dos administradores	69
3.2	A separação de poderes no direito societário	71
4.	Conclusão	73
CAPÍTULO V – ORGANIZAÇÃO INTERNA: ESTRUTURA ORGÂNICA TRÍPLICE		
1.	Introdução	75
2.	Função e forma das estruturas societárias	76
2.1	O problema da função	77
2.2	Conseqüências sobre as estruturas	78
2.2.1	Controle concentrado “versus” diluído	79
2.2.2	Formas de participação interna	80
2.2.3	Estrutura orgânica	82
3.	O problema na realidade brasileira	
3.1	Disfunção societária	83
3.2	Concentração e controle externo	84
3.3	Participação interna	85
3.4	Estrutura orgânica	87
4.	Conclusão	88

CAPÍTULO VI – CONFLITO DE INTERESSES: A OPORTUNIDADE PERDIDA		
1.	Introdução: conflito de interesses como problema e como regra	90
2.	A solução organizativa do problema de conflito de interesses	91
2.1	Fundamento econômico: a teoria da empresa de Coase ..	91
2.2	Fundamentação jurídica: a moderna visão organizativa da sociedade	93
3.	A solução através de regra de conflito de interesses	93
4.	A posição secundária atribuída à matéria na lei de 1976	98
5.	A reforma da lei das sociedades por ações e o problema do conflito de interesses	100
5.1	Ausência de soluções organizativas	101
5.2	Soluções baseadas na regra de conflito	102
6.	Conclusão	104
CAPÍTULO VII – ACORDO DE ACIONISTAS COMO INSTÂNCIA DA ESTRUTURA SOCIETÁRIA		
1.	Acordo de acionistas como pacto parassocial	106
2.	Realidade e disciplina parassocietária no direito brasileiro ..	109
3.	A disciplina parassocietária do acordo de acionistas no sistema brasileiro	111
3.1	A integração incompleta do artigo 118	111
3.1.1	Limitação do objeto do acordo	112
3.1.2	Eficácia do acordo	115
3.2	A reforma da lei das sociedades e o acordo de acionistas ..	117
4.	Conclusão	119
CAPÍTULO VIII – “GOLDEN SHARE”: UTILIDADE E LIMITES		
1.	Propriedade e controle	120
2.	Separação entre propriedade e controle na lei brasileira: contornos e limites	122
3.	As duas espécies de “golden share”	124
4.	Conclusão	127
CAPÍTULO IX – ALIENAÇÃO DE CONTROLE: O VAIVÉM DA DISCIPLINA E SEUS PROBLEMAS		
1.	Introdução	128
2.	Liberdade de disposição dos acionistas	130
3.	Alienação de controle e interesse dos minoritários	131
4.	Alienação de controle e interesse social	
4.1	Considerações gerais	137
4.2	O papel dos administradores	140
4.2.1	A solução norte-americana	141

4.2.2 A solução alemã	143
4.2.3 Conflito de interesses formal?	145
4.2.4 Técnicas de defesa: legitimidade	148
5. Conclusão	151
CAPÍTULO X – INFORMAÇÃO COMPLETA, DIREITO SOCIETÁRIO E MERCADO DE CAPITAIS	
1. O princípio da informação completa: importância para o mercado de capitais	154
1.1 A informação plena	155
1.2 A informação acessível a todos	158
2. A questão estrutural: poder de controle e assimetria de informação	159
3. Conclusões	162
<hr/>	
TERCEIRA PARTE – NOVA RESPONSABILIDADE	
<hr/>	
CAPÍTULO XI – DEVERES FIDUCIÁRIOS DO CONTROLADOR	
1. Introdução	167
2. Deveres fiduciários no direito societário	
2.1 A realidade societária brasileira	169
2.2 Os deveres fiduciários do acionista controlador	169
2.3 Deveres fiduciários e conflito de interesses do controlador	171
2.4 Deveres fiduciários do controlador enquanto administrador direto e indireto da sociedade	173
3. Limites e deficiências	175
CAPÍTULO XII – FORMAS SOCIETÁRIAS E NÃO-SOCIETÁRIAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE INDIVIDUAL	
1. O problema da limitação de responsabilidade do comerciante individual: origem da discussão atual	178
1.1 A teoria ficcionista	179
1.2 As teorias do patrimônio de afetação	180
1.3 A concepção de Gierke	182
1.4 Relatividade histórica e valor atual da discussão	185
2. A separação patrimonial do comerciante individual no direito moderno	
2.1 Colocação do problema	188
2.2 Formas de limitação de responsabilidade do comerciante individual	191
2.2.1 As críticas à fórmula societária	192

2.2.2 As tentativas de construção em forma não-societária	194
2.2.3 Conclusão: sociedade unipessoal <i>versus</i> empresa individual	197
2.3 A limitação de responsabilidade do comerciante individual no Brasil	203
2.3.1 Patrimônio separado	203
2.3.2 Sociedade unipessoal	206
2.4 Conclusão	206
CAPÍTULO XIII – A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	
1. Antecedentes	208
2. A teoria unitarista	210
3. Resultados aplicativos: desconsideração e falência	213
4. A teoria dos centros de imputação	217
5. Resultados aplicativos: a casuística	
5.1 Desconsideração atributiva	219
5.2 Desconsideração para fins de responsabilidade	220
5.3 Desconsideração em sentido inverso	222
5.4 Desconsideração em benefício do sócio	224
6. Interpretação e aplicação da teoria da desconsideração no Brasil	226
7. A desconsideração da personalidade jurídica como problema e como método	233
8. Os custos da desconsideração	238
8.1 Responsabilidade limitada e livre mercado	239
8.2 Responsabilidade limitada em situação de concorrência imperfeita	240
8.3 Desconsideração como forma de redistribuição de riscos	243
8.4 Recepção legislativa das teorias no Brasil	244
8.5 Os limites econômicos da desconsideração	245
CAPÍTULO XIV – RESPONSABILIDADE PENAL E CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA	
1. As teorias sobre a pessoa jurídica e sobre a formação da vontade no seu interior	248
1.1 A teoria da ficção e o contratualismo	249
1.2 A teoria realista e o institucionalismo	252
2. A influência dessas teorias na polêmica sobre o crime da pessoa jurídica	253
2.1 O direito comparado	254
2.2 A posição do direito brasileiro	
2.2.1 No direito societário: entre contratualismo e institucionalismo	258

2.2.2 Crime da pessoa jurídica: reconhecimento positivo	259
2.2.3 Crime de pessoa física através da pessoa jurídica: a Lei 8.137/90	261
3. Conclusão	263
BIBLIOGRAFIA	264

PREFÁCIO À 3ª EDIÇÃO

Em seu belo texto “Em busca do presente”, o famoso poeta e prêmio Nobel de literatura Octávio Paz¹ utiliza noção de *novo* muito útil para a ciência. *Novo* não se define por oposição a antigo, como normalmente fazemos, mas sim como algo capaz de resolver os problemas presentes, algo útil em sua luta “em busca do presente”.

É essa procura pelo presente, pelos problemas econômicos que exigem solução atual no nosso direito societário, que tenta empreender esse trabalho. Daí o título. “Novo”, mais do que pretensão de algo diverso, representa, então, uma contínua obrigação. Contínua obrigação de pesquisar problemas e para eles imaginar respostas.

Nesse sentido o trabalho deve ser constantemente atualizado, em resposta a um contínuo suceder de problemas. Por isso, a 3ª edição, como a 2ª, traz várias modificações em relação à anterior.

Esta 3ª edição foi ampliada. Três novos capítulos foram introduzidos. O primeiro, sobre a questão da diluição de controle, auspiciosa novidade recentemente introduzida na realidade societária brasileira que pode implicar verdadeira mudança estrutural e qualitativa das relações societárias.

O segundo traz à tona discussão antiga, mas continuamente presente e carente de sistematização e solução na nossa realidade societária (daí a sua “novidade” no sentido acima). Trata-se da correta sistematização dos deveres do controlador. Seu tratamento como “deveres

1. “La Búsqueda del Presente”, Conferência Nobel, 1990, in *Les Prix Nobel, The Nobel Prizes 1990*, Editor Tore Frängsmyr [Nobel Foundation], Stockholm, 1991, disponível in http://nobelprize.org/nobel_prizes/literature/laureates/1990/paz-lecture-s.html.

fiduciários” pretende dar resposta aos contínuos problemas de responsabilização do controlador.

Finalmente, a pouco discutida mas fundamental relação entre direito societário e mercado de capitais é abordada no ensaio sobre o princípio da informação completa.

Ali fica clara a carência em nosso direito de um raciocínio integrativo, capaz de demonstrar a relevância publicística das questões societárias. Sim, pois no caso do mercado de capitais, parafraseando, mas corrigindo, Mandeville, virtudes (e não vícios) privadas (poupança) só se podem transformar em benefícios públicos (investimentos produtivos) em presença de uma boa regulação acionária, que faça do mercado de capitais efetivo instrumento de desintermediação entre a poupança e o investimento produtivo e portanto real propulsor do desenvolvimento econômico.

Por fim, agradecimento especial é devido à Dra. Sheila Christina Neder Cerezetti que, com empenho e esmero, dedicou-se à revisão e atualização dos textos legislativos, pesquisa jurisprudencial e revisão final do texto da 3ª edição.

São Paulo, setembro de 2006

CALIXTO SALOMÃO FILHO

PRIMEIRA PARTE

NOVA FUNÇÃO

CAPÍTULO I – DIREITO EMPRESARIAL PÚBLICO

CAPÍTULO II – INTERESSE SOCIAL: A NOVA CONCEPÇÃO

CAPÍTULO III – DIREITO SOCIETÁRIO E NOVO MERCADO

Capítulo I

DIREITO EMPRESARIAL PÚBLICO

1. Introdução: uma crítica ao neoliberalismo. 2. Crítica aos determinismos econômicos. 3. A teoria jurídica do conhecimento econômico e social. 4. Direito empresarial público: 4.1 Direito antitruste; 4.2 Direito societário. 5. Conclusão.

1. Introdução: uma crítica ao neoliberalismo

Os anos 90 operaram uma transformação macabra. Regras e afirmações socioeconômicas antes reconhecidamente ideológicas assumiram as vestes de verdade científica. Um novo determinismo social instalou-se, mais penetrante e assustador que os anteriores.

O moto para tudo isso é muito mais simples e, talvez por isso mesmo, muito mais penetrante que todas as idéias anteriores. Nada de conceitos esotéricos ou estripulias intelectuais. O novo conceito é a um só tempo concreto e instigador de sonhos e imaginação. Não é incomum observar empresários e até trabalhadores, referirem-se a ele com reverência e temor: “Nada há o que se possa fazer contra a globalização. É necessário adaptar-se”. Talvez a criação mais genial de marketing de todos os tempos, essa palavra traveste velhas idéias com nova roupagem. Traduz filosofias ultrapassadas e dogmaticamente equivocadas, reunidas sob a alcunha de neoliberalismo.

Essas idéias passaram do campo econômico para o das ciências sociais, chegando finalmente a influenciar o direito.

A elas procura-se associar o fascínio da modernidade. O moderno é globalizar, desconfiar da capacidade de organização dos Estados e,

mais deletério que tudo, agir individualisticamente. Individualismo e neoliberalismo não se dissociam.

2. Crítica aos determinismos econômicos

A base teórica para o mito neoliberal da globalização e da modernidade é também ela distorcida. Encontra-se nos escritos de F. Hayek sobre a inoperância da atividade estatal.¹

Duas restrições importantes devem ser feitas a essa utilização. Em primeiro lugar, é preciso entender que Hayek jamais se preocupou em construir de forma estruturada uma teoria social. Sua maior preocupação era criticar e solapar as bases das teorias que viam no Estado o engenheiro socioeconômico por excelência.

A segunda séria restrição refere-se ao fato de que esta construção desconsidera em absoluto a evolução da teoria de Hayek, em especial no campo jurídico. Nessa área ela nada tem de neoliberal. A Escola ordo-liberal de Freiburg, cujos principais representantes são W. Eucken, F. Böhm e H. J. Mestmäcker, não deve ser confundida com a Escola Austríaca, formada exclusivamente por economistas e de marcada tendência neoliberal. A primeira faz uma leitura muito mais intervencionista das teorias de Hayek do que a segunda.

Essas duas críticas, unidas, permitem refutar em absoluto as bases teóricas do neoliberalismo e, a partir daí, espera-se, tentar elaborar uma estrutura jurídica e social mais coerente.

Construtor e filósofo social medíocre, Hayek brilhou pela decodificação de mitos que operou. Sua teoria, que lhe valeu o prêmio Nobel, muito mais que uma tentativa de explicação econômica da realidade, é uma teoria do conhecimento econômico e social.

Seu postulado principal é muito simples. Para Hayek é errôneo crer que conhecimento econômico possa ser teorizado e centralizado. Para ele o conhecimento econômico é essencialmente prático e individual.² O indivíduo está constantemente descobrindo suas melhores

1. O mais famoso dos quais, que bem ilustra a militância antiestatal de Hayek, é sem dúvida *The road to serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.

2. A crítica ao pensamento teórico no campo econômico assenta suas bases filosóficas evidentemente na *Crítica da Razão Pura*, de Kant, em especial em sua concepção do pensamento sintético, aquele criativo, que permite adicionar conhecimento. Esse tipo de conhecimento é, na concepção de Kant, por essência experimental (ainda que seja possível, para ele, no campo metafísico, imaginá-lo como

oportunidades e a melhor maneira de viver em sociedade. A convivência em sociedade é, portanto, um processo de descoberta social.

Com essa sua observação simples e perspicaz solapa a um tempo as bases dos filósofos socialistas e neoclássicos. Os socialistas porque, se, para Hayek, nenhum cérebro único, individual ou coletivo, é capaz de conhecer todos os fatores relevantes para as decisões econômicas que possa vir a tomar, uma autoridade única não pode centralizar, com eficácia ou eficiência, o conhecimento econômico dos indivíduos.

Por outro lado, Hayek rejeita veementemente que o conhecimento econômico possa ser teorizado e estruturado em leis ou em curvas, como querem os neoclássicos. Rejeita, portanto um dos postulados neoclássicos principais, segundo o qual o principal problema econômico é o da alocação de recursos: “O caráter peculiar do problema de uma ordem econômica racional é determinado precisamente pelo fato de que o conhecimento das circunstâncias das quais temos que fazer uso nunca existe de forma concentrada ou integrada, mas somente como fragmentos dispersos de um conhecimento incompleto e, em geral, contraditório, que todos os indivíduos, separadamente, possuem. O problema econômico da sociedade não é desta forma, como alocar recursos ‘dados’. E sim como garantir o melhor uso dos recursos conhecidos de quaisquer dos membros da sociedade, para fins cuja importância relativa somente esses indivíduos conhecem. Em resumo, o problema relevante é o da utilização do conhecimento que não é dado a ninguém em sua totalidade”.³

Resta, assim, saber como organizar a sociedade. Desconstruídos os determinismos econômicos, pergunta-se: sobre que bases reconstruir a sociedade?

3. A teoria jurídica do conhecimento econômico e social

É nesse ponto que o raciocínio jurídico pode ser de grande valia.

Isso porque o direito vê o conhecimento de maneira profundamente diversa das ciências sociais. Enquanto para estas o conhecimento é algo eminentemente empírico, seja ele teórico, como querem os mar-

meramente teórico – daí a necessidade de uma crítica, no sentido de estabelecimento de limites, à razão pura), e portanto, prático e indutivo (v. I. Kant, *The Critique of Pure Reason*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1996, v. 39, pp. 14 e ss.).

3. F. Hayek, “The use of knowledge in society”, in *Individualism and economic order*, Londres, 1949, pp. 77-78.

xistas dogmáticos e os neoclássicos, ou prático, como quer Hayek, para os teóricos do direito o conhecimento é algo eminentemente valorativo.⁴

Afirmar que o conhecimento é valorativo não é nada mais nada menos que afirmar que os valores de uma determinada sociedade podem influenciar, e influenciam, dramaticamente o conhecimento que se tem dela. Se, como afirma a doutrina, não existe uma norma vazia sem uma pretensão ou um interesse a proteger,⁵ ou seja, sem um valor que lhe esteja por trás, então a sociedade que *conhecemos*, ao cumprir essas regras nada mais faz que traduzir esses valores. Desse modo, a sociedade que vemos é uma representação de valores sociais democraticamente estabelecidos.⁶

Ora, se o direito é – e deve ser – a ciência que opera a transformação das tendências democraticamente definidas pelo parlamento eleito em valores, essa influência sobre o conhecimento só pode ser positiva.

4. O destaque ao elemento valorativo da norma fica bastante claro nos escritos críticos dos seguidores da teoria ordo-liberal a teorias, como a análise econômica do direito, de evidente inspiração neoclássica. Essas teorias, mais do que instrumentos de análise, procuram determinar as regras jurídicas a partir de leis econômicas. Tal pretensão evidentemente desconsidera o momento valorativo tanto da criação quanto da aplicação de qualquer norma jurídica, seja em matéria econômica ou não (v. nesse sentido H. J. Mestmäcker, “Markt, Recht, Wirtschaftsverfassung”, in *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 137 (1973), p. 101).

5. V. G. Calabresi, “The pointlessness of Pareto: carrying Coase further”, in *Yale Law Journal* 100 (1991), p. 1.211.

6. Essa afirmação contém uma contradição aparente. Com efeito, se o direito determina e não é determinado pelo conhecimento da sociedade, o que influencia o direito? A resposta nada mais é que um desdobramento das constatações sociais desse artigo e dos novos tempos. Superados os determinismos marxista e neoclássico sobra apenas, como explicação necessária para a formação jurídica dos valores, o elemento histórico. Esse elemento histórico não determina positivamente o direito mas o influencia drasticamente. Duas características importantes que o diferenciam de outras tentativas de explicação da formação das normas jurídicas. Em primeiro, prescinde de um legislador estatal, dotado de princípios iluministas, como queriam os jusnaturalistas. Aproxima-se, mas não se identifica, com a Escola Histórica da Pandectística alemã. Essa via no direito não é um produto do legislador estatal, mas, sim, um pedaço de uma estrutura mais ampla, originária do inconsciente coletivo dos povos (“aus dem kollektiven Unbewusstseins der Völker zu erblühen”, v. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 358). Esse elemento indeterminado é exatamente a ação do indivíduo e sobretudo dos grupos organizados na formação do direito. É a formação do direito a partir de iniciativas difusas, muitos mais aptas a identificar e coletar os valores sociais que uma administração central.

A diferença entre a teoria jurídica e as teorias econômicas do conhecimento está em que para a primeira, diferentemente das últimas, as regras gerais, quando formuladas, não são generalizações de fatos observáveis nas relações sociais e econômicas, mas sim concretização de valores sociais desejados que devem levar em consideração esses fatos.

Mas nessa valoração, a formação das regras deve ser coletiva. Coletiva não significa necessariamente estatal. Pode referir-se a grupos maiores ou menores de pessoas. Isso não significa que esse conhecimento seja teórico, não vindo da prática ou artificial. Com efeito, o corpo de regras jurídicas talvez mais rigorosamente lógica e coerente da história da humanidade, que por isso sobreviveu mais de 2000 anos (até agora), nada mais é que um conhecimento eminentemente prático. O trabalho dos prudentes romanos pré-clássicos nada mais era que compilar e estratificar costumes geralmente aceitos. O Digesto, obra jurídica mais duradoura e influente da história da humanidade, nada mais é que a compilação estruturada de casos práticos.⁷

Conseqüência de tudo isso é que é possível elaborar uma teoria do conhecimento *jurídica*, que leve em conta tanto o dado prático como aquele coletivo, sem que para o coletivo seja necessária a intermediação do Estado. A correlação hayekiana entre conhecimento prático e individual perde, portanto, sentido. É na formação dos valores imanente ao estabelecimento das regras de convivência grupal que isso ocorre.

Mais importante ainda. O direito, ainda mais que outras ciências sociais, tem a capacidade de valorizar o elemento humano no conhecimento social. Não são leis econômicas, de mercado⁸ ou deterministas, que influenciam o conhecimento social, mas sim o indivíduo, por vezes isolado, por vezes como ente coletivo e historicamente considerado.

4. Direito empresarial público

Nessa perspectiva jurídica do conhecimento, o direito empresarial ganha importância e sentido totalmente novos.

7. É exatamente esse valor histórico – costumeiro, vindo do inconsciente coletivo que pretende resgatar a Escola Histórica do Direito (v., nesse sentido, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 348 e ss.).

8. O Janni afirma que um dos graves defeitos da globalização é exatamente a tentativa de sobrepor a tudo as inexoráveis leis de mercado, e conclui: “Esse é o efeito da racionalidade instrumental, em que também o indivíduo se revela adjetivo, subalterno” (v. *Teorias da globalização*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, p. 20).

Não pode mais o direito empresarial ser meramente passivo observador e receptor dos dados da vida empresarial. Ao transformar esses dados em valores, influencia o próprio conhecimento da vida econômica.

Essa transformação só se pode fazer, por outro lado, com uma profunda compreensão tanto da dimensão individual quanto da dimensão coletiva do conhecimento humano.

Tomemos dois exemplos da prática empresarial que podem bem ilustrar essa forma de conhecimento.

4.1 *Direito antitruste*

O primeiro deles vindo do direito concorrencial. E não por acaso. É interessante observar que é exatamente nesse campo que a concepção valorativa do conhecimento entra em choque até mesmo ideológico com a concepção determinista da ciência econômica. Choque esse que, como sugere a doutrina, ocorre exatamente em um campo onde Marx vislumbrava a prova do caráter conflitivo do sistema capitalista. Daí a importância do direito que deve tentar eliminar ou diminuir esse conflito.⁹

Várias são as formas para atingir tal objetivo. A cooperação empresarial é uma delas. Trata-se de um dos meios reconhecidamente mais modernos de superação dos problemas de informação entre concorrentes.

Contradizendo parcialmente o ceticismo de Hayek quanto à possibilidade de formação coletiva do conhecimento, a cooperação empresarial (lícita, diga-se de passagem, como se deixará claro mais adiante) é uma das formas mais adiantadas e eficientes de eliminar os problemas de informação no mercado.

As associações de produtores, antes consideradas como tipos odiosos de cartel, na moderna teoria concorrencial, quando convenientemente estabelecidas e controladas, podem transformar-se em métodos de eliminação da assimetria de informações entre produtores.

9. Cf. nesse sentido H. J. Mestmäcker, *Markt, Recht, Wirtschaftsverfassung*, cit., p. 101, afirmando: "die grundsätzliche systematische und praktische Bedeutung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen liegt darin, dass es dieses inhaltliche Spannungsverhältnis von ökonomischer und rechtlicher Eigengesetzlichkeit in demjenigen Zusammenhang thematisiert, in dem Marx den Beweis für den antagonischen, kriegerischen und gewalttätigen Charakter des Systems erblickt".

Explica-se. Como é sabido, um dos elementos de mais difícil determinação para os agentes econômicos é exatamente a quantidade a ser produzida. Muitas das crises de superprodução são geradas pela falta de informação entre os agentes. Ora, a superprodução é tão danosa quanto a escassez do ponto de vista econômico, pois desperdiça riquezas que poderiam ser alocadas na produção de bens escassos. A troca de informação serve para minimizar esses efeitos econômicos e sociais negativos, reduzindo o que os economistas chamam de dispersão de preços e/ou quantidades produzidas.

Note-se que essa formação do conhecimento aparentemente *coletiva* não pode ser aceita sem uma forte influência dos valores.

Assim é que uma formação conjunta de conhecimento só é aceitável quando não puder desandar em um cartel de preços. Condição essencial, entre outras, para que isso aconteça é que as referidas informações sobre preços e quantidades produzidas sejam divididas com o consumidor. A razão é clara. O repasse das informações coletadas aos consumidores enfraquece o poder dos participantes do mercado. Os consumidores saberão qual produtor está vendendo a preços mais baixos e onde há maior disponibilidade de produto.

O nível de informações dos consumidores, tanto quanto o grau de concentração, indicam o grau de poder dos produtores no mercado. Como foi visto no item primeiro, na definição de Hayek, concorrência nada mais é do que informação. Nada há de errado com uma informação coletivamente formada, desde que ela possa ser posta em cheque ou discutida pelos demais participantes do mercado.

A repartição e discussão das informações, que nada mais são que o reflexo do princípio democrático na vida econômica, permitem e até sugerem a necessidade de formação coletiva (ainda que não estatal) do conhecimento.

Situação exatamente oposta a esta é a da formação de monopólios. Nessa hipótese o que há é uma concentração desmesurada de poder que permite a distorção da informação. Exatamente os mesmos motivos que levam à crença na ineficiência do Estado, pela impossibilidade de dominar, teorizar e aplicar toda a informação e todo o conhecimento, sugerem a *ineficiência social* dos monopólios.

Essas idéias impõem, na verdade, uma nova visão do direito antitruste. O direito antitruste passivo, mero defensor das eficiências do final da década de 70 e dos anos 80, é substituído por um novo direito concorrencial, ativo e intervencionista. A crítica aos postulados de Chi-

cago não vem agora apenas da Europa, onde sempre foram contestados pelos ordo-liberais.¹⁰ Vem dos próprios EUA, templo do neoclassicismo. A partir, sobretudo, das repercussões negativas do caso Microsoft, ganharam força algumas idéias de economistas da Universidade de Stanford.¹¹ Essas idéias são nada mais nada menos do que uma nova roupagem – mais moderna e mais bem elaborada teoricamente – ao tão criticado estruturalismo da Escola de Harvard dos anos 60. Isso porque não defendem, como aquele, a intervenção pela intervenção, em razão da potencial onisciência dos aplicadores estatais do direito antitruste. Pretendem, com base nos dados matemáticos obtidos da teoria dos jogos e sua aplicação para o desenvolvimento das hipóteses de comportamentos estratégicos, demonstrar que o mercado não funciona bem caso seja deixado livre.

Esse novo ativismo antitruste é apenas uma socialização das preocupações empresariais. O que se está reconhecendo, em poucas palavras, é que em certos setores é imperativo manter os competidores pequenos ou, pelo menos, limitar-lhes estruturalmente o poder econômico. Ora, sociopoliticamente, isso significa que o direito antitruste está atento e temeroso ao famoso postulado de Marx, segundo o qual o capitalismo tenderia à autodestruição exatamente em função da concentração de poder econômico.¹² Isso é tudo que os neoclássicos de Chicago sempre negaram. Para eles, o mercado, entidade mágica e ideal, tenderia sempre ao ajuste e à autopreservação.

Mais ainda, essa tendência demonstra que o direito concorrencial passa a entender como fundamental para o bom funcionamento do mercado a descentralização do conhecimento econômico, seja para indivíduos de dimensões ideais seja para grupos de indivíduos coletivamente organizados para buscar esse conhecimento.

4.2 Direito societário

O mesmo raciocínio pode ser aplicado em se tratando de direito societário.

10. V. para um resumo da oposição teórica entre neoclassicismo e ordo-liberalismo, C. Salomão Filho, *Direito concorrencial – As estruturas*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, pp. 18 e ss.

11. V. para a descrição dessas tendências, o artigo “The force of an idea”, in *New Yorker*, 12.1.1998, pp. 32 e ss.; v. também G. Reback, S. Creighton, D. Killam, N. Nathanson, *Microsoft White Paper*, veiculado via Internet.

12. Cf. K. Marx, *The Capital*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1996, p. 378, que afirma, a respeito da segunda fase da “expropriação capitalista” em tom

A idéia da formação difusa do conhecimento leva a ver em cada sociedade um ente onde deve ser formado.

Isso leva a uma versão muito mais moderna e flexível do velho institucionalismo, a teoria organizativa. Talvez uma das mais importantes tendências atuais do direito societário esteja na tentativa de internalização dos interesses aparentemente externos e conflitantes com a sociedade e redefinição do interesse social a partir daí (v. a respeito capítulo II).

Exemplo ilustrativo é o que vem da experiência alemã da participação operária no Conselho de supervisão das empresas (*Aufsichtsrat*, que corresponderia, mal comparando, ao Conselho de Administração das companhias brasileiras). Ainda que controversa do ponto de vista societário, no que tange ao desempenho das empresas, representou e representa importante inovação capaz de romper o concentracionismo da grande empresa alemã e permitir sua melhor adaptação às necessidades sociais e empresariais do país na época (v. a respeito nota 40, capítulo V, com referências bibliográficas). Constitucionalmente representou na Alemanha, e ainda representa, um importante passo no sentido da compatibilização entre as iniciativas de cooperação econômica no interior das empresas e o modo de produção capitalista, como juridicamente conformado.

No plano teórico, essa tendência corresponde a reconhecer a pluralidade de interesses na determinação do interesse social. Mais do que isso, corresponde a reconhecer a necessidade de transformação da organização interna da sociedade para dar guarida eficiente a esses objetivos.¹³

5. Conclusão

Tudo o que foi dito parece levar a uma conclusão necessária. É importante reconhecer a força e até o dever transformador do direito.

premonitório: “One capitalist always kills many. Hand in hand with this centralization, or this expropriation of many capitalists by few, develop, on an ever extending scale, the cooperative form of the labour process, the conscious technical application of science, the methodical cultivation of the soil, the transformation of the instruments of labour into instruments of labour only usable in common, the economizing of all means of production by their use as the means of production combined, socialized labour, the entanglement of all peoples in the net of the world market and, with it, the international character of the capitalistic regime”.

13. V. a respeito o trabalho clássico de H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, München, Beck, 1980, e o importante trabalho de H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1996.

Ausente o Estado para diretamente prover o interesse público, o direito, com sua supremacia valorativa, é chamado a imprimir tais valores à vida dos particulares.

Em matéria de direito empresarial essa necessidade é premente, por seu poder e influência sobre a conformação econômica e social da sociedade. É a este corpo de regras elaborado com base nesse tipo de preocupação que se pretendeu prestar homenagem com o título deste capítulo.

Capítulo II

INTERESSE SOCIAL: A NOVA CONCEPÇÃO

1. Introdução. 2. Contratualismo "versus" institucionalismo: 2.1 O contratualismo: 2.1.1 Contratualismo clássico; 2.1.2 Contratualismo moderno; 2.2 A teoria institucionalista: 2.2.1 Institucionalismo publicista; 2.2.2 Institucionalismo integracionista ou organizativo; 2.3 A situação no Brasil: entre contratualismo e institucionalismo. 3. As teorias modernas: 3.1 A empresa e o interesse social na análise econômica do direito: utilidade e críticas; 3.2 A teoria do contrato organizativo; 3.3 Efeitos aplicativos: 3.3.1 Conflito de interesses; 3.3.2 Definição de sociedade; 3.3.3 A desconsideração da personalidade jurídica; 3.3.4 Sociedade unipessoal e sociedade sem sócio. 4. Conclusão.

1. Introdução

Em uma ciência valorativa e finalista como é o direito, debater os fundamentos é discutir sua função e objetivo. É o que pretende o presente ensaio. Analisar os fundamentos do direito societário é analisar a função das sociedades.

Ora, a mera menção a função societária traz à mente os clássicos ensinamentos contratualista e institucionalista a respeito da razão de ser das sociedades comerciais. Por eles começará nosso estudo.

Essas teorias não esgotam, no entanto, de modo algum, a matéria. Foram elaboradas em ambiente econômico muito diverso dos atuais. Por isso é que hoje o direito societário é invadido por novas teorias jurídicas e, sobretudo, novas tentativas de explicação econômica de seus fundamentos. A análise e crítica dessas teorias, bem como sua comparação com as teorias atuais, serão objeto das segunda e última partes do presente estudo.