

*Calixto Salomão Filho*

***O NOVO DIREITO  
SOCIETÁRIO***

*4ª edição,  
revista e ampliada*

Mendes Advogados Associados

Biblioteca

Reg. 12/01/12

7

 **MALHEIROS  
EDITORES**

# O NOVO DIREITO SOCIETÁRIO

© CALIXTO SALOMÃO FILHO

1ª edição: 06.1998; 2ª edição: 06.2002;  
3ª edição: 10.2006.

ISBN 978-85-392-0079-5

Direitos reservados desta edição por  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940 – São Paulo – SP  
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 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  
06.2011

## SUMÁRIO

Prefácio à 4ª edição ..... 11

### PRIMEIRA PARTE – NOVA FUNÇÃO

#### CAPÍTULO I – DIREITO EMPRESARIAL PÚBLICO

1. <b>Introdução: uma crítica ao neoliberalismo</b> .....	15
2. <b>Crítica aos determinismos econômicos</b> .....	16
3. <b>A teoria jurídica do conhecimento econômico e social</b> .....	17
4. <b>Direito empresarial público</b> .....	19
4.1 <b>Regulação e Direito antitruste</b> .....	20
4.2 <b>Direito societário</b> .....	23
5. <b>Conclusão</b> .....	26

#### CAPÍTULO II – INTERESSE SOCIAL: A NOVA CONCEPÇÃO

1. <b>Introdução</b> .....	27
2. <b>Contratualismo “vs.” Institucionalismo</b>	
2.1 <b>O contratualismo</b> .....	28
2.1.1 <b>Contratualismo clássico</b> .....	28
2.1.2 <b>Contratualismo moderno</b> .....	31
2.2 <b>A teoria institucionalista</b>	
2.2.1 <b>Institucionalismo publicista</b> .....	32
2.2.2 <b>Institucionalismo integracionista ou organizativo</b> ....	34
2.3 <b>A situação no Brasil: entre contratualismo e institucionalismo</b> .....	38
3. <b>As teorias modernas</b> .....	40
3.1 <b>A empresa e o interesse social na análise econômica do direito: utilidade e críticas</b> .....	42
3.2 <b>A teoria do contrato organização</b> .....	44
3.3 <b>Efeitos aplicativos</b> .....	47

retoria) mas sim em órgão especiais, encarregados e com poderes para a gestão específica do “bem comum” em questão.

Mas não é só. Há muitos outros importantes desdobramentos teóricos<sup>19</sup> dessa concepção no campo societário. Exemplificativamente, o reconhecimento de deveres fiduciários dos controladores e administradores em relação aos minoritários é característica dessa tendência. A admissão de sociedades com um único sócio ou até sem sócio é também desdobramento necessário dessa concepção menos privatista do direito societário.

Finalmente, a preocupação com a correta definição da interrelação entre o direito societário e outras disciplinas, como o próprio direito regulatório, o direito ambiental ou o direito antitruste decorre dessa linha de pensamento. A atenção a tipos societários antes esquecidos e considerados pré-capitalistas, como as sociedades cooperativas é exemplo bastante revelador.

## 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.

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 ao corpo de regras elaborado com base nesse tipo de preocupação que se pretendeu realçar com o título do presente trabalho.

## Capítulo II

### **INTERESSE SOCIAL: A NOVA CONCEPÇÃO**

*1. Introdução. 2. Contratualismo “vs.” 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 organização; 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 à 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.

19. Cf. a respeito deles o Capítulo II da presente obra.

## 2. *Contratualismo “vs.” institucionalismo*

### 2.1 *O contratualismo*

Interessa de início estudar, por sua influência em especial na doutrina brasileira, a concepção do interesse social que sustenta ser ele coincidente com o interesse do grupo de sócios. Como é sabido, foi na doutrina e jurisprudência italianas que a concepção contratualista teve seu maior desenvolvimento.

#### 2.1.1 *Contratualismo clássico*

É necessário fazer uma análise separada da lei, na qual a concepção contratualista manifesta-se de forma prevalente, mas não exclusiva,<sup>1</sup> e de uma particular (e hoje majoritária) interpretação doutrinária, que veio se afirmando sobretudo a partir da metade dos anos 60 e que vê na disciplina societária uma disciplina exclusivamente contratual.

Deve-se, no entanto, esclarecer os sentidos que pode assumir o termo *contratualismo*. Pode-se dizer que o sistema italiano é tradicionalmente contratualístico, na medida em que nega que o interesse social seja hierarquicamente superior ao interesse dos sócios. Trata-se, portanto, de um contratualismo definido por contraposição ao institucionalismo.<sup>2</sup> Talvez sua representação mais sugestiva seja a feita por Asquini, no famoso artigo intitulado “I battelli del Reno”, cujo ponto de partida é exatamente uma frase atribuída a um administrador do *Norddeutscher Lloyd*, “il quale avrebbe dichiarato in forma polemica che scopo della sua società era non di distribuire utili agli azionisti, ma di fare andare i battelli sul Reno (o sui mari)”.<sup>3</sup>

Deste contratualismo por antonomásia podem-se deduzir dois conceitos diversos: em um primeiro, o interesse social é depurado de elementos externos. Define-se o interesse social sempre como o interesse

1. V., para a individualização dos traços institucionalistas no ordenamento societário italiano, F. Galgano, *Diritto commerciale – Le società*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1987, pp. 361 e ss.

2. Cf. F. Galgano, *Diritto commerciale – Le società*, cit., p. 360, nota 9, que afirma: “è una teoria che si autodefinisce, polemicamente, ‘contrattualistica’ per sottolineare il fatto che essa respinge la concezione della società come ‘istituzione’ staccata dalle persone dei soci e la configura, all’opposto, quale rapporto contrattuale fra più persone, che non involge altro interesse se non quello delle parti contraenti”.

3. Cf. A. Asquini, “I battelli del Reno”, in *Rivista delle Società*, 1959, p. 617.

dos sócios e somente dos sócios atuais. Uma segunda vertente inclui na categoria sócio não apenas os atuais como também os futuros. A perspectiva a longo prazo do interesse social ganha importância. Obviamente, nesse caso assume relevância também o próprio interesse à preservação da empresa, motivo pelo qual afirma-se que essa variante contratualista, na prática, pouco se distingue da teoria institucionalista.<sup>4</sup> Interessa neste momento mais a primeira versão, por sua contraposição ao institucionalismo e por sua vigência, ainda que parcial, no Brasil.

Trata-se de conceber o interesse social como referente apenas ao grupo de sócios atuais.<sup>5</sup> Um dos principais defensores desse tipo de concepção é Jaeger. Para ele, o interesse social não constitui um conceito abstrato, mas, sim, algo de concreto, definível apenas quando comparado com o interesse do sócio para aplicação das regras sobre conflito de interesses.<sup>6</sup>

O autor chega a tal conclusão a partir de sua concepção particular do contrato de sociedade: como o contrato social é de execução continuada e o interesse social é o interesse do grupo de sócios,<sup>7</sup> aquele interesse social pode ser constantemente revisto e eventualmente desconsiderado de modo explícito quando se trata de decisão unânime dos sócios.

Outros autores, preocupados com a possibilidade de interferência judicial na determinação do interesse social que sua não definição positiva pode implicar,<sup>8</sup> preferem definir um interesse social abstrato e típico.

4. Cf. P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, pp. 89 e ss.

5. Cf. F. Galgano, *Diritto commerciale – Le società*, cit., p. 361.

6. Cf. P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, cit., p. 218.

7. O autor fez uma diferença entre “interesses de grupo”, limitáveis temporalmente por representarem os interesses de um grupo determinado de pessoas, e “interesses de série”, cuja duração é naturalmente indefinida, pois representam sujeitos não todos determinados e não todos existentes ao mesmo tempo – cf. P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, cit., pp. 128 e ss.

8. Cf. A. Gambino, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 216. Não é essa, no entanto, a única preocupação. O autor revela também sua preocupação com a *svirilizzazione* do contrato de sociedade: “il parallelo tra il rifiuto del –contratto in una posizione istituzionale e la svirilizzazione di esso, ridotto a schema procedimentale, in una concezione formale del diritto non è senza significato. In ambedue gli orientamenti si avverte che l'ordinamento sociale ha una legge no riferibile ai principi dell'attuazione del contratto, che esigono la puntuale e integrale realizzazione della convenuta composizione di interessi. La giustificazione di tale singolarità viene data, in una visione formale, con l'implicito accoglimento di una nozione di contratto a cui mancano le essenziali caratteristiche funzionali; viene offerta, nell'indirizzo istituzionale, con il

Traindo sua origem, inserem-no “nello schema causale del contratto di società”, reduzindo-o ao interesse à maximização do lucro.<sup>9</sup>

Ora, em presença de tais concepções do interesse social, não é difícil entender por que o desaparecimento da pluralidade dos sócios torna impossível distinguir entre interesse do sócio e da sociedade. Ocorre, conseqüentemente, exatamente o contrário do que ocorreu na Alemanha: no caso da sociedade unipessoal, em vez de reduzir o interesse do sócio ao interesse da sociedade, reduz-se o interesse da sociedade ao interesse do sócio.<sup>10</sup> O passo seguinte é considerar inaplicáveis as regras sobre conflito de interesses, já que a contraposição de interesses não mais existe. Ao sócio é dado, portanto, utilizar a sociedade em seu único e exclusivo interesse, como *coisa própria*.

Não é ainda o momento de indagar das conseqüências dogmáticas de tal concepção. Por ora, interessa apenas destacar sua conseqüência mais importante no plano legislativo: a responsabilidade ilimitada do sócio único, prevista no artigo 2.362 do Código Civil italiano. Trata-se da única forma de contrabalançar o *diritto* do sócio único de utilizar a sociedade como *coisa própria*.<sup>11</sup>

postulare che i principi dell'ordinamento operino già nella fase costitutiva della società. Viene smarrito in ambedue i casi il valve dell'atto di autonomia private, come volontario regolamento degli interessi” (p. 133).

9. A. Gambino, *Il principio di correttezza*, cit., p. 232.

10. Cf. S. Scotti-Camuzzi, “L'unico azionista”, in *Trattato delle società per azioni*, coordenado por G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 2, t. 2 (“Azioni, Gruppi”), Torino, UTET, 1991, p. 782.

11. Cf. S. Scotti-Camuzzi, “L'unico azionista”, cit., p. 782: “Si deve dire pertanto che l'art. 2.362 statuisce la responsabilità illimitata del unico azionista, non perchè questo ha il potere di usare la sua società nel suo personale-interesse (il medesimo potere, e con gli stessi strumenti: delibera assembleare, nomina e revoca degli amministratori, pressioni sui medesimi, lo ha anche l'azionista – o gli azionisti – di maggioranza) ma perchè ha il diritto di farlo: beninteso, può, rispettando le forme della soggettivazzazione e della organizzazione societaria ed osservando le norme stabilite a tutela dell'integrità del patrimonio sociale. Non si trata di concepire la posizione dell'unico azionista in termine di abuso, di fatto (anche se legalmente presunto) ma di riconoscere che non vi può essere abuso, dato che la normativa che ne sarebbe a presupposto (se si parla di abuso è perchè una regola relativa all'uso di un potere o all'esercizio di un diritto viene trasgredita) non trova applicazione.

“L'articolo 2.362, pertanto, non costituisce una norma intesa a dettare una sanzione contro una presa di potere che non può essere infatto contrastata (data l'assenza di una minoranza all'opposizione), ma è una norma che, prendendo atto di una (legittima) posizione di potere, e sul presupposto (implicito) ma necessario, e del tutto corrispondente alla situazione di fatto, che all'esercizio di tale potere non

É interessante notar como a referida substituição é imperfeita do ponto de vista teórico. A responsabilidade ilimitada é uma regra de proteção dos credores, enquanto as regras sobre conflito de interesses são destinadas primariamente à tutela de interesses internos.<sup>12</sup> Tal imperfeição revela o real pressuposto subjacente à lógica da substituição operada na referida norma: ao impor a equivalência entre contraposição interna de interesses e responsabilidade limitada, negando a subsistência da segunda na ausência da primeira, afirma-se sua indispensabilidade, ou seja, desconfia-se da organização societária como meio de tutela da separação patrimonial na ausência da normativa conflitual.

### 2.1.2 Contratualismo moderno

Essa versão clássica do contratualismo obviamente não poderia sobreviver à realidade de crescente integração entre direito societário e mercado de capitais.

Nem mesmo adotando a concepção mais individualista do “contrato” de sociedade é possível deixar de reconhecer que a sociedade aberta não pode, e não deve, ter seu interesse definido exclusivamente em torno do grupo de sócios atuais, como visto no centro da noção clássica contratualista de Jaeger.

Não é de se estranhar, portanto, que o próprio Jaeger tenha revisto sua teoria 40 anos depois, para identificar o interesse social na perspectiva contratualista à obtenção de *shareholder value*, i.e., a maximização do valor de venda das ações do sócio.<sup>13</sup> Essa perspectiva, dominante na prática societária americana e na doutrina daquele país, que, com base nela, chega a falar em final da história do direito societário,<sup>14</sup> tem efeitos teóricos e práticos extremamente deletérios.

Do ponto de vista teórico representa uma evolução ainda mais determinista que a solução clássica. O interesse social é predefinido; sobre ele os órgãos sociais não têm qualquer influência (o que não ocorria

è più posto (perchè non ha più senso) il vincolo derivante dalla regola generale del conflitto di interessi, ne detta una disciplina alternativa, sancendo la responsabilità patrimoniale dell'unico azionista.”

12. Cf. S. Scotti-Camuzzi, “L'unico azionista”, cit., p. 783.

13. Cf. P. G. Jaeger, “Interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)”, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 2000, pp. 795 e ss. (em especial pp. 805 e ss.).

14. Cf. H. Hansmann e R. Kraakman, “The end of history for corporate law”, in *Georgetown Law Journal* 89 (2001), pp. 439 e ss.

na definição clássica pura, onde, ainda que formalmente identificado à maximização de lucros, o fulcro da definição do interesse era sua identificação com o interesse do grupo de sócios atuais, qualquer que fosse). Tem, portanto, mais do que qualquer outra, o condão de engessar o desenvolvimento do direito societário e de outros a ele ligados (é nesse sentido, e só nesse, que ganha significado o citado título da publicação científica: “The end of history for corporate law”).

Do ponto de vista prático, o efeito óbvio é o estímulo à busca desenfreada de aumento do valor de venda das ações por todos os agentes do mercado. Essa preocupação exclusiva, criadora de realidade unifocal de difícil controle por instrumentos jurídicos, é responsável, hoje, pela forte tendência à interpretação permissiva de regras contábeis, à mudança de regras contábeis ou até mesmo à maquiagem de balanços, fenômenos endêmicos e conhecidos na realidade societária americana, da qual o caso Enron e os escândalos com empresas de auditoria são apenas pequena parte, até agora visível.

## 2.2 A teoria institucionalista

### 2.2.1 Institucionalismo publicista

A primeira solução teve maior elaboração na Alemanha, não por acaso a terra-mãe tanto do institucionalismo quanto da sociedade unipessoal com responsabilidade limitada.<sup>15</sup>

O institucionalismo alemão remonta à formulação da doutrina do *Unternehmen an sich* desenvolvida por W. Rathenau no primeiro pós-guerra. O autor, economista e homem de negócios, influenciado pela gravíssima situação econômica da Alemanha no fim da primeira guerra mundial, identificava em cada grande sociedade um instrumento para o renascimento econômico do país.<sup>16</sup>

Rathenau não utiliza o termo empresa em acepção técnica, identificando-a substancialmente com a grande sociedade anônima, como

15. Ainda que cronologicamente não tenha sido a primeira a reconhecê-la (na Europa, por exemplo, à parte a experiência do Liechtenstein, a Dinamarca passou a admitir a sociedade unipessoal em 1973), foi na Alemanha que o instituto teve a maior elaboração doutrinária.

16. Cf. W. Rathenau, “La realtà della società per azioni. Riflessioni suggerite dall’esperienza degli affari”, in *Rivista delle Società*, 1966, p. 912, trad. italiana da obra *Vom Aktienwesen-Eine geschäftliche Betrachtung*, Berlin, 1917 (não encontrada).

demonstra a utilização indiferenciada em sua obra dos termos *Aktiengesellschaft* e *Unternehmen*.<sup>17</sup> A origem econômica da teoria influenciou seus elaboradores no plano jurídico, que não se preocuparam excessivamente com uma construção teórica dos conceitos. Alguns sustentam que o termo é coincidente com o de sociedade por ações, outros que se trata de um conceito jurídico autônomo e externo ao de sociedade.<sup>18</sup> De qualquer forma, é inegável que o recurso ao termo *Unternehmen* é útil para o fim de identificar uma “instituição não redutível ao interesse dos sócios”.<sup>19</sup>

Toda a construção da teoria de Rathenau é dirigida a traduzir em termos jurídicos a função econômica, de interesse público e não meramente privado, da macroempresa. Isso se fez através da valorização do papel do órgão de administração da sociedade por ações, visto como órgão neutro, apto à defesa do *Unternehmensinteresse* (interesse empresarial). Proceda-se a uma degradação relativa da importância da Assembleia, o que influenciará sobretudo os direitos dos sócios minoritários.<sup>20</sup>

17. Cf. P. G. Jaeger, *L’interesse sociale*, Milano, 1964, p. 20.

18. Como revela P. G. Jaeger, do ponto de vista normativo é muito grande a dificuldade em separar a disciplina do *Unternehmen* da disciplina da sociedade: “(...) sembra impossibile tracciare una linea precisa fra attività della società e attività dell’impresa, se ad esempio se può dire che la ripartizione degli utili fra i soci non tocca in alcun modo gli interessi delle altre parti rappresentate nell’impresa, la deliberazione relativa alla parte dell’attivo da distribuire agli azionisti sotto forma di dividendi, e all’altra parte da imputare a riserve per i bisogni dell’impresa, investe invece in uguale misura entrambe i tipi di interesse. Tuttavia un giudizio definitivo che faccia preferire l’una concezione all’altra deve naturalmente fondarsi sul diritto positivo perchè astrattamente nulla impedirebbe al legislatore di superare questa difficoltà limitando la disciplina della società al regolamento dei rapporti interni al gruppo dei soci e trasferendo la soluzione di ogni altro problema sul piano dell’impresa” – *L’interesse sociale*, cit., p. 50. Não se tem notícia, porém, da introdução de uma tal distinção tanto na Alemanha como nos demais ordenamentos analisados.

19. Significativo é o emprego atual do termo *Gesellschaftsinteresse* (literalmente traduzido: “interesse da sociedade”) para identificar os interesses dos sócios, e do termo *Unternehmensinteresse* (literalmente traduzido: “interesse da empresa”) para identificar o interesse social.

20. Os críticos dessa teoria argumentam ser ilógico considerar a administração (*Verwaltung*) um órgão neutro de defesa do interesse social. Dada a sua estreita ligação aos interesses dos sócios majoritários, a autonomia e tendencial irresponsabilidade decorrente do recurso constante ao interesse social acaba funcionando frequentemente contra os interesses do sócio minoritário e no interesse do sócio controlador – cf. P. G. Jaeger, *L’interesse sociale*, cit., p. 29.

Tal conclusão não é, no entanto, absoluta, porque, como demonstra Galgano, a recepção legislativa parcial de tal teoria na Itália (não aceita por grande parte da

A recepção legislativa dessa teoria deu-se na *Aktiengesetz* 1937, que fez seus quase todos os princípios defendidos pela doutrina do *Unternehmen an sich*, assegurando à administração (*Verwaltung*) predominância sobre a assembleia dos acionistas (*Hauptversammlung*).

Tal teoria entrou em crise a partir dos anos 50, sendo criticada sobretudo pelo segundo aspecto, denominado negativo e que se traduz em uma tendencial independência (e irresponsabilidade) da administração com relação aos acionistas.<sup>21</sup> A reação completou-se com a lei acionária de 1965, que reforçou o papel da Assembleia dos acionistas e os direitos dos acionistas minoritários.

## 2.2.2 Institucionalismo integracionista ou organizativo

No intervalo entre a lei acionária de 1937 e a lei de 1965 existe, no entanto, toda uma rica construção doutrinária que não pode ser desprezada. No presente trabalho são analisadas somente as grandes linhas dessa evolução, necessárias à compreensão do institucionalismo em sua forma atual.

A característica fundamental desse período, mencionada em qualquer trabalho comparatístico, como característica distintiva do sistema societário alemão, é o aparecimento das leis que regulamentam a participação operária nos órgãos diretivos das grandes empresas (*Mitbestimmungsgesetze*). São elas: a *Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in die Aufsichtsraten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugende Industrie (MontaMitbestG 1951)*, a *Betriebsverfassungsgesetz* de 1952 e a *Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (MitbestG)* de 1976. Tais leis devem ser consideradas uma continuação natural da doutrina do *Unternehmen an sich*.<sup>22</sup>

doutrina) levou a um maior equilíbrio entre os órgãos societários, sendo o órgão administrativo menos influenciado pela "brana di alti dividendi dei soci" – F. Galgano, *Diritto commerciale – Le società*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1987, pp. 361 e ss.

21. Cf. H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 301-302.

22. Para sustentar, do ponto de vista histórico-político, uma tal continuidade entre a doutrina do *Unternehmen an sich* e as *Mitbestimmungsgesetze* é necessário, no entanto, desvincular a doutrina do *Unternehmen an sich* e, consequentemente, a própria lei acionária de 1937 da ideologia nazista. Se é verdade que muitos dos princípios da referida doutrina mostraram-se muito úteis ao nazismo, também é verdade que a formulação da doutrina se deu no período da República de Weimar, cujos princípios tenta aplicar ao campo societário (v. a respeito P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, cit., p. 41).

Com efeito, até o advento de tais leis, tanto do ponto de vista jurídico quanto do político-econômico, observava-se e criticava-se a falta de uma aplicação efetiva dos princípios institucionalistas na lei de 1937. No plano jurídico, acusava-se a doutrina do *Unternehmen an sich* de não ser coerente com as premissas por ela mesmo afirmadas, que postulam o reconhecimento, na disciplina das sociedades por ações, das diversas categorias de interesse dos trabalhadores, dos sócios e da coletividade, confiando a tutela de todos esses interesses ao *Vorstand*, órgão não apto, pela sua vinculação ao grupo de controle, a levar a efeito essa complicada tarefa com a necessária imparcialidade.<sup>23</sup>

Evidentemente, os acontecimentos descritos acima não podem ser considerados como de natural continuidade em um processo *darwinianamente* evolucionista.

Muito influuiu para a maturação de tais leis, a particular situação da Alemanha no segundo pós-guerra.<sup>24</sup> A necessidade sentida pelas potências ocupantes e pelos sindicatos de promover uma *descartelização* e um enfraquecimento geral dos centros de poder na indústria alemã ajudou a levar avante os desejos dos sindicatos de criação de uma real *Wirtschaftsdemokratie*, como concebida nos primeiros anos da República de Weimar. O fracasso na sua introdução era visto àquela época como uma das principais razões para o advento sucessivo do regime nacional-socialista.<sup>25</sup>

Independentemente de qualquer análise ideológico-política que possa ser feita,<sup>26</sup> não se pode negar que do ponto de vista jurídico as *Mit-*

23. Cf. P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, cit., p. 47.

24. Para uma ampla explicação do contexto sociopolítico no qual nasceram as *Mitbestimmungsgesetze*, v. M. J. Bonell, *Partecipazione operaia e diritto dell'impresa. Profili comparatistici*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 234 e ss.

25. . Cf. M. J. Bonell, *Partecipazione operaia*, cit., p. 236. É interessante observar que a palavra usada, *Mitbestimmung*, foi empregada pela primeira vez em sentido jurídico exatamente na Constituição da República de Weimar (*Weimarer Verfassung*) para indicar o direito dos trabalhadores à participação na determinação global da ordem econômica e social (v. H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 585).

26. . A discussão sobre os objetivos ideológicos dessas leis foi grande na Alemanha: H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 596, as identifica como uma forma de proteção do próprio sistema capitalista, porque tentam resolver o conflito entre capital e trabalho dentro da empresa, integrando e não marginalizando os trabalhadores das decisões relativas ao processo produtivo do qual participam. Exatamente esse esforço integracionista foi criticado no ambiente trabalhista alemão, cético a respeito da possibilidade de dar uma solução legislativa integracionista a uma relação por

*bestimmungsgesetze* representam a afirmação definitiva do institucionalismo na Alemanha, realizando a separação tentada sem sucesso pela lei acionária alemã de 1937 entre *Unternehmens* e *Gesellschaftsinteresse*.<sup>27</sup> Com relação à GmbH, reconheceu-se pela primeira vez que o *Unternehmensinteresse* não se reduz ao interesse dos sócios.<sup>28</sup> Em ambos os tipos societários (AG e GmbH), trata-se não mais daquele *Unternehmensinteresse* de exagerado tom publicístico da doutrina do *Unternehmen an sich*, mas sim de um interesse concebido como harmônico e comum aos interesses dos vários tipos de sócios e dos trabalhadores e que se traduz no interesse à preservação da empresa.<sup>29</sup>

A diferença entre esse novo institucionalismo “integracionista” e o institucionalismo “publicístico” de Rathenau revela-se também em suas consequências. O novo institucionalismo, sendo mais organizativo que institucional, não se preocupa, como o anterior, em preservar o conceito de personalidade jurídica. Consequência disso é que, como se verá, exatamente na Alemanha a teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve seu maior desenvolvimento teórico.

A razão para essa mudança de enfoque parece clara nesse momento: o modelo alemão de participação operária, ao permitir a formulação

natureza conflitual (v. para a exposição dessa última opinião e para a sua crítica, baseada nos resultados concretos da experiência alemã, G. E. Colombo, “Il problema della gestione alla luce dell’esperienza e dei progetti germanici”, in *Rivista delle Società*, 1974, p. 89 (139).

27. Cf. E. Gessler-Hefermehl, *Aktiengesetz Kommentar*, Band 11, München, Vahlen, 1973-74, Vorb. § 76, p. 5, que afirma: “Durch die gesetzliche Anerkennung der wirtschaftlichen Mitbestimmung der Arbeitnehmer ist ein unternehmensrechtliches Postulat in der gesellschaftsrechtlichen Verfassung der Aktiengesellschaft verwirklicht worden”. O interessante nessa opinião é exatamente o fato de ter sido proferida em data anterior à *Mitbestimmungsgesetz* 1976, a mais abrangente de todas as leis sobre participação operária.

28. Cf. P. Ulmer, *Der Einfluss des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH*, Heidelberg-Karlsruhe, Müller, 1979, p. 35.

29. Cf. H. J. Mertens, “Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats”, in *ZGR* 1977, p. 278, que identifica no *Erhaltungsinteresse* (interesse à preservação da empresa) o parâmetro de atuação do *Aufsichtsrat*: “Aus dem normativen Unternehmensinteresse ergibt sich der massgebliche Bezugspunkt für die Kontrollaufgabe des Aufsichtsrats. Er hat demnach die Geschäftspolitik nicht im einzelnen auf ihre Zweckmässigkeit zu überprüfen, sondern nur auf ihr Recht – und dann Ordnungsmässigkeit. Erst wenn das Erhaltungsinteresse tangiert ist, wenn es um Entscheidungen geht, die sich nach Größenordnung oder Risiko nachhaltig auf den Fortbestand des Unternehmens auswirken könnten, beginnt der Bereich der Zweckmässigkeitskontrolle durch den Aufsichtsrat”.

teórica e a tutela de um interesse social não redutível ao interesse do grupo de sócios e identificável ao interesse à manutenção da empresa, fixa os parâmetros para a discussão sobre o tipo de organização mais apta a garantir tal interesse. Daí poder ser denominado de “institucionalismo organizativo”.

A nova concepção do interesse social tem suas consequências também quanto à dialética social interna. Ao contrário da concepção contratualista, no institucionalismo o conflito de interesses, ainda que existente na prática, não é requisito teórico para a explicação do funcionamento social. Com isso quer-se dizer que a diferença entre um sistema integracionista (como é o institucionalismo), que pressupõe a colaboração na persecução de um interesse social predeterminado, e um sistema autônomo (como o contratualismo),<sup>30</sup> que pressupõe a existência de contraposição interna de interesses, está na limitação do objeto do conflito. O que a primeira concepção fez foi limitar o objeto do conflito às questões de rentabilidade e às questões organizativas, ambas definidas pelo interesse à preservação da empresa.<sup>31</sup>

No institucionalismo alemão, a definição do interesse social como algo diverso dos interesses contrapostos dos sócios e a pressuposição de sua persecução pelos órgãos sociais não elimina o conflito de interesses da dialética societária. Ao contrário, reforçam, porque introduz no interior dos órgãos societários representações de interesses efetivamente contrapostos.<sup>32</sup>

30. A nomenclatura é de H. Wiedemann, cit., p. 300.

31. Cf. H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 300.

32. Cf. nesse sentido M. J. Bonell, *Partecipazione operaia*, cit., p. 387: “prove ne è che quanto meno dopo l’emanazione dei Betriebsverfassungsgesetze de 1952 e 1972 è stata definitivamente abbandonata la tradizionale visione del Betrieb come una sorta di Arbdtsgemeinschaft, per riconoscersi generalmente l’esistenza, a livello delle singole unità produttive, di rapport, tendenzialmente conflittuali tra la direzione e (gli organismi rappresentativi delle) maestranze, mentre in seguito alla entrata in vigore dei Mitbestimmungsgesetze del 1951 e 1976 si parla con sempre maggiore insistenza di una trasformazione dello stesso diritto societario (‘Gesellschaftsrecht’) in diritto dell’impresa (‘Unternehmensrecht’), volendosi con ciò significare che le singole società no si identificano più con i solidi azionisti proprietari, ma si presentano ormai come la struttura organizzativa dell’impresa, intesa peraltro non già come un organismo personificato (‘Unternehmen an sich’), avente un suo interesse distinto da ed eventualmente contrapposto a quelli dei suoi componenti, bensì come formazione sociale (‘Sozialgebilde’) o istituzione a struttura pluralistica (‘pluralistischer Herrschaftsverband’) al cui interno il conflitto di interessi, lungi dall’essere negato, risulta addirittura istituzionalizzato”.



### 2.3 A situação no Brasil: entre contratualismo e institucionalismo

O sistema societário brasileiro é uma interessante demonstração dos resultados, não de todo coerentes, a que a convivência de ambas as teorias em um mesmo sistema positivo pode levar.

Os princípios contratualistas permeiam o sistema societário brasileiro. Nosso Código Comercial, ao contrário do Código Civil italiano, não trazia uma definição de sociedade. Sempre porém que se referia à sociedade falava de contrato (art. 300) e de sócios, no plural (art. 302). No ordenamento vigente, a definição existente de sociedade é a do artigo 981 do Código Civil, que prevê: “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Na definição veem-se todos os traços da doutrina contratualista tradicional: a pluralidade de pessoas, concentradas em torno do exercício de uma atividade econômica (e não da criação de uma forma organizativa) e a *reciprocidade* das obrigações entre os sócios, que se obrigam entre si e não com relação à sociedade. Também parte da doutrina, à luz das disposições legais, formula em geral definições fortemente *contratualistas* da sociedade.<sup>33</sup>

A lei acionária de 1976 introduz no ordenamento brasileiro objetivos diversos. O legislador tentou incentivar a grande empresa<sup>34</sup> de duas maneiras diferentes: primeiro, o auxílio à concentração empresarial. Faz-se referência, obviamente, ao capítulo sobre os grupos de empresas tanto de fato como de direito, que contém uma regulamentação bastante favorável às empresas conglomeradas, em prejuízo, muitas vezes, de uma proteção mais razoável dos interesses de terceiros.<sup>35</sup> Muitos foram os questionamentos a respeito da constitucionalidade de tais regras. Sustenta-se que referidas disposições, claramente incentivadoras da forma-

33. Cf. W. Bulgarelli, *Sociedades comerciais, empresa e estabelecimento*, São Paulo, Atlas, 1985, p. 92; para uma negação clara da possibilidade de sociedade unipessoal com responsabilidade limitada à luz da definição contratual da sociedade, v. W. Ferreira, *Tratado de direito comercial – O estatuto do comerciante*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1960, pp. 266 e ss.

34. Cf. Exposição de Motivos do Ministro da Fazenda 196, de 24.6.1976, em particular ns. 4 e 5, b, in *Diário do Congresso Nacional*, Seção 1, Suplemento ao n. 85, de 7.8.1976.

35. Para a crítica da regra que prevê a responsabilidade limitada da *holding* e sobretudo do acionista único da subsidiária integral, v. F. K. Comparato, *O poder de controle nas sociedades anônimas*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 359 e ss.

ção de grupos, implicam um auxílio indireto à dominação do mercado, sendo consequentemente contrárias às regras constitucionais que regulamentam a liberdade de concorrência.<sup>36</sup>

Tentou-se, em segundo lugar, facilitar a capitalização das empresas através do mercado acionário. Em consequência, tornou-se necessário criar regras que permitissem proteger os investidores contra o arbítrio dos sócios controladores, incentivando-os assim a participar das empresas. Procurou-se criar um sistema de proteção das minorias acionárias, baseado, entre outras coisas, na institucionalização dos poderes e deveres do sócio controlador e dos administradores. Manifestação dessa tendência é o artigo 116, parágrafo único, que estabelece deveres genéricos para o acionista controlador com relação aos demais acionistas da empresa, aos trabalhadores e à comunidade em que atua. Sobre a utilidade desse tipo de declaração genérica, que não encontra tradução em regras organizativas, existem muitas dúvidas. Pode-se questionar se não acaba servindo, como ocorreu na Alemanha, para justificar atuações dos acionistas majoritários e seus representantes no interesse próprio, em nome de um maldefinido interesse social.<sup>37</sup>

A esta tímida declaração de princípios teóricos seguiram-se outras manifestações legislativas mais práticas, de nítido caráter contratualista. A Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001, trouxe dois bons exemplos.

De um lado, a nova função atribuída ao acordo de acionistas, verdadeira nova instância parassocietária de poder (v. *infra* Capítulo VIII) claramente tenta dar prevalência ao interesse do grupo de sócios – aqui, um especial: o grupo controlador.

De outro, a reintrodução da oferta pública de aquisição de ações (OPA) à disciplina do fechamento de capital realça a tendência já existente no direito societário brasileiro de valorização do momento e valor da saída como forma de proteção ao minoritário, o que parece indicar no sentido da ideia central do contratualismo moderno.

Ocorre que a declaração de princípios do artigo 116 não pode ser tida como vã. Representa a única declaração direta dos princípios a or-

36. Cf. M. Carvalhosa, *A nova lei das sociedades anônimas, seu modelo econômico*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977, pp. 147 e 174, onde se sustenta que a lei acionária é contrária ao artigo 160, V da Constituição de 1969 (art. 173, § 4º da Constituição de 1988).

37. Para uma crítica da lei com respeito aos interesses dos acionistas minoritários, v. M. Carvalhosa, *A nova lei*, cit., pp. 113 e ss.

denarem o interesse social. Consequentemente, a análise das regras supraexemplificadas deve ser temperada (e isso será feito nos respectivos Capítulos deste livro) pela perspectiva institucionalista, a qual ganha novas luzes com a teoria organizativa, que será estudada a seguir.

### 3. As teorias modernas

Pode-se dizer que hoje está ultrapassada essa fase intimista do direito societário. Por fase intimista se quer significar o período em que o direito societário se sente autossuficiente para analisar e regular as questões de organização da vida empresarial.

Se há algum marco da nova fase do direito societário é exatamente sua abertura para a interdisciplinariedade. Não só dentro da ciência do direito como fora dela. É a fase, por exemplo, de discussão das relações entre direito societário e direito concorrencial. É a fase também das discussões sobre os efeitos econômicos das regras societárias.

A essa discussão tem-se dado o nome de análise econômica do direito. Nascida originariamente do direito antitruste, onde os raciocínios econômico e jurídico são incindíveis, essa Escola ganha concretude teórica nos anos 60 com os trabalhos pioneiros de G. Calabresi<sup>38</sup> e R. Coase,<sup>39</sup> respectivamente sobre atos ilícitos e custos sociais. Nas décadas de 70 e 80 essa teoria tem grande expansão para diferentes campos, entre eles o direito societário.

Em especial a partir do final dos anos 70 e durante os anos 80 a análise econômica do direito ganha uma distinta conotação ideológica. Isso por uma razão muito simples. Grande parte, senão a quase totalidade, de seus seguidores faz parte da chamada Escola de Chicago,<sup>40</sup> cujo ideário liberal é fartamente conhecido. Por essa razão, a partir sobretudo desse período, a Análise Econômica do Direito passa a ser identificada ou talvez confundida com a chamada “Teoria da Eficiência”.<sup>41</sup> Essa indevida

38. “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, *Yale Law Journal* 70 (1961), p. 499.

39. “The problem of social cost”, *Journal of Law and Economics* 1, 1960, p. 3.

40. Entre esses teóricos o mais importante é sem dúvida R. Posner, cujos esforços de análise econômica abrangem praticamente todos os campos do direito (v. R. Posner, *Economic analysis of law*, 4ª ed., Boston/Toronto/London, Little, Brown and Company, 1992).

41. Cf. R. Posner, *Economic analysis of law*, cit., p. 25, criticando a confusão entre as duas teorias.

identificação responde por muitas de suas críticas e até por seu declínio teórico nos anos 90.

A razão para isso é simples. Essa teoria não pretende ser apenas analítica, como é a análise econômica do direito. Pretende isso sim erigir a parâmetro de orientação das normas jurídicas o chamado “princípio da eficiência”. Segundo esse princípio, as normas jurídicas são eficientes “quando permitem a maximização de riqueza global, mesmo que isso seja feito à custa de prejuízo a um agente econômico específico”. Em termos econômicos, essa definição liberal de eficiência consiste na negação da definição de eficiência de Pareto, segundo a qual uma solução é eficiente quando traz vantagens a um dos participantes sem prejudicar os outros. O fundamento é a afirmação da insustentabilidade da definição de Pareto em um sistema de direito privado cuja ideia básica é a autonomia da vontade e não a igualdade.

Como solução, invoca-se o teorema de Kaldor Hicks, segundo o qual uma solução é injusta apenas quando o ganho dos favorecidos supera a perda dos prejudicados e os primeiros não estão prontos a indenizar os últimos. É importante destacar que, para os defensores dessa teoria, a indenização é potencial e não necessariamente real, ou seja, basta que teoricamente haja ou possa haver indenização. Evidentemente, um teorema assim formulado é absolutamente idêntico, nos resultados práticos, ao teorema liberal da maximização de riqueza (ou eficiência).

O argumento básico contra esse tipo de teoria é que um princípio geral de maximização de riqueza leva necessariamente à transferência de riquezas àqueles que possuem maior poder de barganha nas transações, ou seja, àqueles que já possuem riqueza.

Ora, é bastante evidente nessa teoria o intuito de criar um padrão econômico de definição de valores. Isso explica em parte o maior sucesso desse tipo de teoria na *Common Law*, um sistema sempre em busca de padrões genéricos para orientar seu direito casuístico.<sup>42</sup> Qualquer que seja o sistema jurídico, no entanto, a atribuição de apenas um objetivo à

42. É reveladora a observação de R. Posner que, ao comparar a percepção do economista e do jurista para justificar a utilidade da análise econômica do direito, afirma: “To the economist, the accident is a closed chapter. The costs that it inflicted are sunk. The economist is interested in methods of preventing future accidents that are not cost justified and thus of reducing the sum of accident and accident-prevention costs, but the parties to the litigation have no interest in the future. Their concern is limited to the financial consequences of a past accident” (*Economic analysis of law*, cit., p. 24).

regra jurídica, com base na correção indiscutível e matemática de pressupostos econômicos, é de difícil aceitação. O que a teoria da eficiência aplicada ao direito pretende é, na verdade, atribuir valor absoluto às premissas econômicas, capazes de indicar diretamente o sentido das regras jurídicas, sem que isso possa ser contestado com base em considerações valorativas ou distributivas. Isso é feito através da utilização de conceitos econômicos aos quais pretende-se atribuir certeza matemática.

Essa construção contém dois sérios equívocos: um conceitual, outro lógico. O equívoco conceitual está em pensar que, demonstrada a interdisciplinariedade entre direito e economia naquelas áreas em que o operador do direito deve necessariamente levar em consideração as relações causais sugeridas pela teoria econômica, a aceitação das premissas teóricas utilizadas para desenvolver a teoria deva ser automática. Ou seja, o mesmo modelo teórico utilizado para explicar as relações causais deve ser utilizado para determiná-las, pois, uma vez aceita a veracidade das relações causais, a aceitação dos pressupostos implica necessariamente concordância com os resultados. Tal pretensão claramente desconsidera o momento valorativo tanto da criação quanto da aplicação de qualquer norma jurídica, seja em matéria empresarial ou não.

É, portanto, necessário restringir a análise econômica do direito a um instrumento exclusivamente analítico, sem atribuir-lhe qualquer caráter valorativo. Então, sim, a teoria tem verdadeira utilidade, inclusive no campo societário, como se verá.

### 3.1 *A empresa e o interesse social na análise econômica do direito: utilidade e críticas*

Assim conceituado como instrumental analítico e não preceptivo, é possível verificar qual a concepção de empresa e do interesse social. Segundo os teóricos clássicos da análise econômica do direito a empresa é vista como um feixe de contratos (*nexus of contracts*).<sup>43</sup> Em uma linguagem mais jurídica, a firma é vista como um único agente subscritor de um grupo de contratos, que começa pelos contratos com os sócios e vai desde contratos com fornecedores e clientes até contratos com trabalha-

43. Essa visão da empresa foi originariamente elaborada por Armen Alchian e Harold Demsetz, "Production, information costs and economic organization", in *American Economic Review* 62 (1972), pp. 777, 783 e posteriormente desenvolvida por M. Jensen e W. Meckling, "Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure", in *Journal of Financial Economics* 3, 1976, p. 305.

dores e contratos de empréstimo necessários para suprir as necessidades de fundos da empresa.<sup>44</sup>

A própria definição e os termos nela utilizados revelam sua origem econômica. A preocupação em desconsiderar as formas jurídicas para centrar-se na realidade econômica é evidente.

Essa preocupação fica mais clara no passo seguinte da teoria. Trata-se de determinar qual o fundamento do controle interno da empresa. Na perspectiva econômica, o fundamento está na teoria dos custos das transações.<sup>45</sup> O controle interno da empresa, obtido através da propriedade de suas ações, é naturalmente atribuído àquele grupo de pessoas com as quais transacionar no mercado é excessivamente oneroso para a própria empresa ou para esse grupo de pessoas, seja porque algum deles mantém uma situação monopolista (imagine-se, por exemplo, um sindicato de trabalhadores bastante forte), seja porque o custo social ou o descontentamento gerado por uma determinada situação pode ser extremamente negativo para a empresa.<sup>46</sup>

Essa consideração tem duas consequências bastante relevantes. Em primeiro lugar a relativa irrelevância da forma societária escolhida. Com efeito, é tradicional a comparação na doutrina econômica entre a sociedade de capitais e a cooperativa, entendendo-se a contribuição dos sócios nas sociedades de capitais como *economicamente equivalente* a uma hipotética junção de capitais próprios a custo zero realizada em uma também hipotética cooperativa.<sup>47</sup>

A segunda e mais importante delas é a equivalência substancial entre controle interno e externo do ponto de vista jurídico. O que a teoria dos custos de transação procura demonstrar é que ambos podem ser úteis para os interesses da empresa.

O controle interno, naqueles casos em que o estabelecimento tinha uma relação externa, contratual, de mercado com determinado grupo,

44. Cf. H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, cit., p. 18.

45. Cf. O. Williamson, "Transaction cost economics", in R. Romano, *Foundations of corporate law*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 12.

46. Isso é um ponto muito importante que distingue a análise econômica aqui empreendida de uma pura e simples aplicação da teoria da eficiência. Entre os custos de transação incluem-se não apenas aqueles mensuráveis economicamente mas também aqueles relacionados à satisfação dos que com a empresa se relacionam.

47. V. a interessante comparação feita por H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, cit., p. 14.

seria muito custoso. E o controle externo, na medida em que os interesses de eventual grupo de controle interno sejam tão heterogêneos que levem a custos de transação (leia-se de tomada de decisões) altíssimos, acarretando virtualmente a paralisação da empresa ou sua operação ineficiente.

A consequência de tudo o que foi dito é bastante simples e pode ser assim resumida. O interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve isso sim ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar da forma mais eficiente – e aqui a eficiência é a distributiva e não a alocativa – as relações jurídicas que envolvem a sociedade.

É nessa definição em termos econômicos de seu objeto, que a liberta das trações do liberalismo exacerbado do século XIX que a sociedade pode melhor cumprir a sua função social. É o que se verá a seguir.

### 3.2 A teoria do contrato organização<sup>48</sup>

Visto nessa perspectiva jurídico-econômica, a forma mais correta de sistematizar juridicamente os problemas relativos à definição do interesse social é explicá-los a partir da teoria do contrato organização.

Essa construção baseia-se na diferença, proposta pela doutrina moderna, entre contratos associativos e contratos de permuta. Segundo ela, não se devem mais distinguir ambas as figuras, como na clássica lição de Ascarelli, a partir da existência ou não de uma finalidade comum.<sup>49</sup> Trata-se, isso sim, de afirmar que o núcleo dos contratos associativos está na organização criada, enquanto nos contratos de permuta o ponto

48. V. com relação especificamente à aplicação da teoria do contrato organização para a compreensão da sociedade unipessoal C. Salomão Filho, *A sociedade unipessoal*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pp. 57-61.

49. Ascarelli chega a esse resultado indiretamente. A sua partição se faz entre contratos plurilaterais e contratos de permuta. O elemento identificador da pluralidade de interesses seria por sua vez a finalidade comum – cf. T. Ascarelli, “O contrato plurilateral”, in *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, p. 271. Ainda que admitindo a função organizativa do contrato, considera necessário subordiná-la à finalidade comum, à produção de direitos e deveres entre as partes, motivo pelo qual a sua construção não se desprende do tradicional esquema baseado no binômio ato-direito subjetivo. Para a crítica desse tipo de construção v. P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 107-121.

fundamental é a atribuição de direitos subjetivos. Ou seja, enquanto a função dos contratos de permuta é a criação de direitos subjetivos entre as partes, a dos contratos associativos é a criação de uma organização.

Organização na acepção jurídica significa a coordenação da influência recíproca entre atos. Portanto, adotada a teoria do contrato organização, é no valor organização e não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de partes ou em um interesse específico à autopreservação que se passa a identificar o elemento diferencial do contrato social.

Note-se, no entanto, que essa teoria, apesar de dar guarida a uma crítica de ordem econômica como a exposta retro, não é uma teoria econômica, mas sim jurídica. Não há a redução do interesse social a uma organização direcionada simplesmente a obter a eficiência econômica. O objetivo da compreensão da sociedade como organização é exatamente o melhor ordenamento dos interesses nela envolvidos e a solução dos conflitos entre eles existentes.<sup>50</sup> O interesse social passa, então, a ser identificado com a estruturação e organização mais apta a solucionar os conflitos entre esse feixe de contratos e relações jurídicas.

É nesse ponto que deve ser vista a diferença fundamental entre essa teoria e as anteriores. Identificando-se o interesse social ao interesse à melhor organização possível do feixe de relações envolvidas pela sociedade, esse jamais poderá ser identificado com o interesse à maximização dos lucros ou com o interesse à preservação da empresa. Distingue-se, portanto, do contratualismo e institucionalismo clássico, mas aproximadamente do institucionalismo integracionista, que tem nítido caráter organizativo. Por esse caráter *organizativo* de ambas as teorias – teoria institucionalista e do contrato organização – muitas vezes, como se verá, muitos dos efeitos aplicativos de ambas as teorias serão semelhantes.<sup>51</sup>

50. V. nesse sentido a crítica de H. Wiedemann às teorias que pretendem ver no direito societário meramente *Ordnungsfunktionen*, afirmando que este é “vielmehr im Rahmen der Privatautonomie auf einen gerechten Interessenausgleich zwischen den gesellschaftsrechtlichen Bezugsgruppen angelegt” (*Gesellschaftsrecht*, München, Beck, 1980, p. 726).

51. É importante entender que essa nova concepção jurídica corresponde, na verdade, a novas formas de organização econômica e, até, administrativa das empresas. É o caso, por exemplo, dos chamados *consórcios modulares*, em que a empresa passa a ser um centro de confluência de vários fornecedores. Muito comum entre as montadoras de veículos, esse conceito faz com que a sociedade apenas forneça o espaço para os fornecedores que montam diretamente as peças no veículo. A empresa montadora passa então a ser um simples e puro feixe de organização de contratos.

Aqui, para bem compreender a extensão da teoria organicista é preciso esclarecer o seguinte.

A teoria organicista não impõe a internalização de interesses. Ao erigir a sociedade como instrumento de resolução de conflitos sugere que este ente seja capaz de tanto. Sugere que sua organização seja erigida para tanto.

É inegável, por outro lado, que existem interesses que não podem ser resolvidos internamente. Em muitos casos é até positivo para estes interesses que a mediação entre eles e o interesse social se faça por regulamentação estatal.

Pergunta-se então: como distinguir uns dos outros? Evidentemente, resposta concreta só pode ser dada pela situação social e histórica de cada país. A Alemanha dos anos 50 e 60 exigia, ou demandava, a integração entre capital e trabalho (o Brasil atual também, ainda que isso não seja tão bem revelado) que levaram às *Mitbestimmungsgesetze*.

É possível, de forma muito genérica, sugerir um critério trazido por literatura clássica sobre cooperação. Partes tendem normalmente a se comportar de forma cooperativa e não conflitual quando três condições estão presentes: pequenos números (*i.e.*, poucos participantes), informação ampla e recíproca, e relação continuada.<sup>52</sup>

Esses elementos, que, ao criar dependência recíproca sugerem, até intuitivamente, a cooperação, podem ser muito bem aproveitados pelo direito societário. Sugerem uma internalização seletiva de interesses externos. No primeiro grupo de internalizáveis, segundo esse critério, destacam-se interesses dos trabalhadores e dos consumidores. Em um

Isso permite a redução de custos e – espera-se – a melhoria da qualidade. Interessante é notar que essa nova estrutura administrativa e – espera-se – jurídica tem consequências práticas diretas sobre a própria personalidade jurídica da empresa/organização. Problema interessante surgido nas empresas que empregam o conceito de consórcio modular é o das autorizações administrativas. Na verdade as empresas de autopeças que instalam filiais dentro da empresa montadora deixam de precisar de muitas autorizações administrativas. É como se suas personalidades jurídicas fossem interpenetradas pela personalidade jurídica da montadora, pessoa jurídica cujo único e exclusivo fim passa a ser o de *organizar* o seu trabalho. V. a respeito reportagem da Revista *Exame* de 16.7.1997 intitulada “Doktor Demel chegou”, em que se discute e critica a experiência de “consórcios modulares” da fábrica de caminhões da Volkswagen em Resende.

52. V., nesse sentido, R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, New York, Basic Books, 1984, e C. Salomão Filho, “Regulação e desenvolvimento”, in *Regulação e desenvolvimento*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

segundo grupo, de difícil internalização estariam, por exemplo, concorrentes e titulares de tutela pelo direito ambiental.

Ainda que meramente sugestivo, esse critério dá bem ideia do tipo de racionalidade organizativa propugnada pela teoria organizativa.

### 3.3 Efeitos aplicativos

As considerações feitas acima, apesar de bastante teóricas, têm reflexos práticos que justificam – e muito – a atenção dispensada à teoria. Vejamos resumidamente alguns. Muitos deles serão abordados com mais profundidade em alguns dos Capítulos subsequentes da presente obra.

A linha a ser percorrida é clara: quais os efeitos sobre o ordenamento positivo, e sua interpretação, de vislumbrar na sociedade forma organizativa que deve tender à solução de conflitos.

#### 3.3.1 Conflito de interesses

A primeira e mais óbvia consequência é que a regra de conflito deve tender a eliminar o conflito e não a fazer o acionista descontente retirar-se da sociedade. Isso leva, como se verá no Capítulo VI, à forte necessidade de revisitar nossa já consagrada e superficial interpretação da regra de conflito de interesses (art. 115 da lei societária).

#### 3.3.2 Definição de sociedade

O próprio conceito de sociedade é afetado pelo organicismo.

Quando a definição societária leva a vislumbrar interesses heterogêneos demais para que possam ser organizados de maneira eficaz, a disciplina do conflito de interesses é de pouco auxílio. Nesse caso, muito mais conveniente é admitir a existência de realidade societária mais ampla que deve ser reconhecida. E a razão é simples: nesses casos é muito melhor optar por uma definição mais ampla de interesse social, que abranja esfera onde não haja contraposição tão ferrenha de interesses e onde, portanto, o feixe de contratos pode ser organizado de forma mais coerente. Trata-se, portanto, como se verá (Capítulo VI), de uma opção pela aplicação da solução organizativa para o problema de conflito ao invés da regra de conflito.

Exemplo mais do que evidente do que se está dizendo é o caso dos grupos de empresas. Na maioria deles, seja de fato, seja de direito,

o que há na realidade é uma predominância dos interesses do controlador e uma contraposição, no mais das vezes, inútil dos minoritários explorados e prejudicados. A disciplina do conflito de interesses tem se demonstrado, ao menos no direito brasileiro, quase sempre inútil para oferecer-lhes proteção. A razão – diriam os economistas – é que procurar a organização de um feixe de contrato exatamente naquela esfera origina tensões internas ou custos de transação excessivamente elevados.

Muito mais interessante é definir o interesse social em um âmbito mais abrangente do grupo de empresas, e ali procurar organizar o feixe de contratos. Isso implica subordinar o interesse da sociedade ao interesse do grupo, desaplicando conseqüentemente a disciplina do conflito de interesses. É evidente que a contrapartida necessária desse fato tem de ser uma rigorosa e coerente regra de compensação das perdas causadas aos minoritários. Os minoritários, entendidos como elementos quase externos ao interesse social e à sociedade, podem ser então muito melhor defendidos por via contratual do que quando englobados no interesse social.

É por isso, por exemplo, que as regras alemãs de relacionamento grupal têm se demonstrado muito mais eficazes que as brasileiras. Com relação aos grupos de direito as regras do direito alemão preveem sempre a compensação de prejuízos com forma de contrapartida à subordinação expressa de interesses. No caso brasileiro, nos grupos de direito há a possibilidade legal de subordinação de interesses. Não há qualquer previsão de compensação. Em função dessa regra incompleta e incoerente que surpreendentemente não foi modificada nem pela Lei 9.457, de 5 de maio de 1997, nem pela Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001, os grupos de direito continuam a ser meros modelos teóricos, sem quase nenhuma aplicação prática no direito brasileiro.

Nos grupos de fato a situação é semelhante. Enquanto no sistema alemão a tendência recente é a aproximação das regras dos grupos de fato às regras dos grupos de direito, exatamente pela sentida necessidade de substituir a ineficaz regra do conflito de interesses, no sistema brasileiro não há qualquer movimento coerente nesse sentido. As tentativas tímidas em sede legislativa ou jurisprudencial se fazem quase que exclusivamente a partir da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Ora, essa teoria, ao menos como aplicada atualmente, é claramente insuficiente para o caso em tela. Não se trata de estabelecer as conseqüências para fraude, mas de criar formas de com-

penção constante e recorrente de prejuízos que podem ser causados ao patrimônio da sociedade e dos minoritários.

A ausência desse tipo de reflexão em sede jurisprudencial ou doutrinária no Brasil deve-se sem dúvida à parca reflexão sobre o direito societário na perspectiva organizativa.

### 3.3.3 A desconsideração da personalidade jurídica

A concepção organizativa do interesse social também ajuda – e muito – a aceitação de uma nova concepção de desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se da chamada desconsideração atributiva, teoria que não restringe as hipóteses de desconsideração aos casos de fraude, dando-lhe uma perspectiva funcional. Nessa sede não se explorarão os detalhes de uma tal teoria, que será melhor estudada no Capítulo XIV. Aqui serão formulados apenas os fundamentos teóricos que viabilizam uma tal concepção.

As considerações acima baseiam-se em um raciocínio ainda mais amplo. A organização é, na verdade, elemento central da própria personalidade jurídica.<sup>53</sup> Uma tal argumentação não implica uma postura unitária. Não se pretende erigir um tipo específico de organização em elemento central do conceito de pessoa jurídica.

A organização como fundamento da personalidade jurídica leva necessariamente ao pluralismo. O ordenamento reconhece e atribui capacidade jurídica diversa segundo os diferentes tipos e diferentes graus de organização. É esse conjunto de capacidades, decorrentes da existência da organização societária, que constitui o *conceito* de personalidade jurídica. Assim, ao buscar seu fundamento último na organização, o conceito de personalidade jurídica assume aquele caráter pluralístico necessário à obtenção do equilíbrio entre os impositivos dogmáticos, nem sempre capazes de fornecer resposta adequada às rápidas mutações

53. V. nesse sentido U. John, *Die organisierte Rechtsperson – System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, pp. 72 e ss. Para o autor são elementos da pessoa jurídica *Handlungsorganisation, Haftungsverband e Identitätsausstattung*. Na verdade, parece preferível identificar na organização um fundamento e não um elemento da personalidade jurídica, para evitar confusões conceituais com o conceito de sociedade. É, de resto, no conjunto de capacidades atribuídas que a doutrina dominante identifica os *elementos* da personalidade jurídica (v. *infra* Capítulo II, n. 3.3.1).

do direito societário, e aqueles pragmáticos, que trazem consigo o perigo de aplicação livre e arbitrária das normas.

Na verdade, o que ocorre através da organização é a criação de um centro autônomo de decisões.<sup>54</sup> A organização nada mais é que um *Apparat* capaz de assegurar (ou de fazer presumir) a tomada autônoma de decisões. Vistas sob essa perspectiva, a atribuição de capacidades ao ente personificado e a consequente caracterização da pessoa jurídica como centro de imputação de direitos e deveres são mera decorrência do reconhecimento da organização.<sup>55</sup>

Note-se que na perspectiva organizativa econômica, sobretudo se levados em conta os custos de transação, pode-se definir um critério bem claro para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Ela não se restringirá às hipóteses de fraude, aplicando-se também como forma de imputação de certas relações aos sujeitos que diretamente são delas titulares. Os limites dessa desconsideração também são fornecidos pela análise econômica da teoria da desconsideração. Eles serão tanto maiores quanto maior for a probabilidade de criação de incertezas em relações econômicas já bem definidas. É o caso dos contratos em que há uma clara negociação dos riscos relativos à potencial insolvência da sociedade. Para os detalhes aplicativos dessa teoria reportamo-nos ao artigo específico abaixo sobre a desconsideração da personalidade jurídica.

### 3.3.4 Sociedade unipessoal e sociedade sem sócio

Uma vez vista a sociedade como organização e não como uma pluralidade de sócios é bastante evidente como tanto a sociedade unipessoal como a sociedade sem sócio são admissíveis. Aliás, é nessas estruturas que o contrato que dá vida à sociedade adquire seu valor organizativo puro, ou seja, passa a ter como objeto exclusivamente estruturar um feixe de contratos. A questão também será analisada em detalhes em artigo específico abaixo.

54. Nesse sentido U. John, *Die organisierte Rechtsperson*, cit., p. 72, expressa: "Die Rechtsperson ist also zunächst ein Entscheidungsträger. Da die Entscheidung auch nicht inhaltlich 'vorprogrammiert' sind und zwar auch nicht im Sinne einer Weisungsabhängigkeit, ist die Rechtsperson ferner ein selbständigen (verselbständigten) Entscheidungsträger".

55. V. U. John, *Die organisierte Rechtsperson*, cit., p. 313.

## 4. Conclusão

A conclusão desse estudo deve ser necessariamente otimista em relação aos potenciais resultados de uma aplicação criteriosa da teoria organizativa.

A razão para isso é muito simples. A experiência jurídica e econômica recente demonstra que só através dela é possível obter os objetivos tão almejados pelas duas teorias cognominadas clássicas sobre o interesse social.

De fato, a teoria organizativa, com todos os ganhos em custos de transação e eficiência que sua aplicação criteriosa pode propiciar, é sem dúvida a mais apta a garantir a lucratividade dos sócios, tão almejada pelos contratualistas. Por outro lado, a mesma capacidade de organização das relações a ela submetidas, proporcionada pela teoria do contrato organizativo, tem a capacidade de transformar a sociedade naquela célula social propulsora do desenvolvimento tão almejada pelos institucionalistas desde Rathenau.

Em particular, com relação a essa última teoria uma comparação deve ser feita com a teoria do contrato organizativo. O grande problema com a teoria institucionalista, em seu teste histórico, sem dúvida não foi os objetivos. A intenção de transformar a sociedade em célula social é sem dúvida muito meritória. O problema maior talvez tenha sido tentar impor a identificação entre interesse social e interesse público, sem maiores preocupações.

A teoria organizativa e o institucionalismo integracionista em boa medida parecem ter uma resposta muito mais coerente para o mesmo problema. Afirmam que o objeto societário principal, o próprio interesse social, está na integração de interesses e solução interna de conflitos entre os vários interesses envolvidos pela atividade social. Não se negam a internalizar interesses não redutíveis aos interesses dos sócios. Assim é que a participação dos trabalhadores nas decisões sociais é incentivada e até mesmo o controle por esses grupos é favorecido quando isso possa ser um meio para eliminação de conflitos de interesses. Não se nega, por outro lado, a externalizar interesses internos à sociedade quando for mais conveniente para todos os interessados que isso ocorra. É o caso do exemplo dos grupos de sociedades, onde o estabelecimento de uma regra de compensação para os minoritários os alija da discussão do interesse social, mas torna a sociedade mais eficiente (sempre entendido no

sentido de menores custos de transação) para todos os envolvidos e pode acabar proporcionando mais vantagens para os próprios minoritários – vantagens essas que, como a experiência brasileira demonstra, não têm sido obtidas pela aplicação da regra de conflito de interesses.

Quando os interesses externos são, realmente, incompatíveis com os internos, não sendo possível resolver o problema através da solução organizativa ou da regra de conflito, os interesses externos à sociedade são incentivados não através da aplicação de instrumentos jurídicos organizativos, como o direito societário, mas sim externos à sociedade. É o caso da aplicação do direito antitruste em plena sintonia com o direito societário. A teoria organizativa indica no sentido de uma aplicação mais acurada do direito antitruste. Ao olhar através da sociedade e vê-la nada mais nada menos que como um feixe de contratos, revelam-se várias coisas: (i) em primeiro lugar, que formas societárias de controle externo podem ser tão geradoras de concentrações empresárias quanto o controle interno; (ii) em segundo lugar, releva o oposto, ou seja, que muitas vezes a existência de poderes internos – direito de voto etc. – não demonstra a existência de controle da empresa ou de uma efetiva comunidade de interesses com esta, mas é apenas uma forma de impedir que interesses externos (de fornecedores, clientes ou financiadores) sejam prejudicados. É, portanto, uma forma econômica potencialmente muito mais danosa que as concentrações, pois não propicia, via de regra, eficiências.

Isso demonstra um ponto fundamental. A teoria organizativa, quando bem aplicada, não é um retorno ao individualismo dos contratualistas, mas sim um passo avante em relação ao institucionalismo na defesa do interesse público. Possibilita a proteção dos interesses e a solução interna de conflitos, que podem ser bem atingidos por regras organizativas internas, e a externalização daqueles que não podem, acompanhada então de uma correta mediação legislativa do conflito (como ocorre no direito ambiental, direito antitruste – onde é bastante pueril, ao menos por enquanto, imaginar uma possível solução interna para os conflitos de interesse). Ela dá, portanto, por assim dizer, a um só tempo, mais sinceridade e mais utilidade ao direito societário. Particularmente no direito brasileiro sugere um caminho para a efetiva aplicação do artigo 116 da lei societária e de seus princípios institucionalistas.

### Capítulo III

## ANÁLISE ESTRUTURALISTA DO DIREITO SOCIETÁRIO

*1. Introdução. 2. Poder e estrutura societária: 2.1 Poder "vs." direito na estrutura societária; 2.2 Consequências da prevalência de relações hierárquicas sobre as jurídicas. 3. Os instrumentos para a busca de comportamento cooperativo entre os acionistas: 3.1 Instrumentos internos: busca da solução do problema de conflito de interesses: 3.1.1 A solução estrutural do problema de conflito de interesses; 3.1.2 A solução através de regra de conflito de interesses; 3.2 Instrumentos externos: 3.2.1 Poder de controle e assimetria de informação; 3.2.2 Exemplo de "screening": o Novo Mercado da Bovespa brasileira: 3.2.2.1 Os objetivos do Novo Mercado; 3.2.2.2 Fundamentos e disciplina jurídica básica do Novo Mercado; 3.2.2.3 Resultados e perspectivas. 4. Considerações conclusivas.*

### 1. Introdução

O mundo acadêmico, tanto quanto o prático (ou talvez até mais), tem suas idiossincrasias. Talvez a mais perigosa delas seja que, também à semelhança do mundo prático, está sujeito a modismos. Modismos que algumas vezes, ao contrário dos fúteis desejos consumistas da vida real, costumam não ser passageiros mas sim durar por longos anos.

Mas à semelhança do mundo do consumo, esses modismos têm como característica o cumprimento rígido de padrões sem preocupação com os objetivos ou mesmo a coerência desse tipo de padrão. Lá como cá basta que alguém de ressonância sugira ou introduza o padrão para que ele passe a ser seguido. No mundo acadêmico, muitas vezes ocorre que o próprio significado do autor original não é corretamente percebido, mas apenas aquilo que é mais facilmente apreensível ou passível de ser desenvolvido é captado e utilizado.