ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SÃO PAULO
BIBLIOTECA

TEMAS DE DIREITO SOCIETÁRIO, FALIMENTAR E TEORIA DA EMPRESA

Com os cumprimentos da Editora

MALHEIROS
EDITORES

TEMAS DE DIREITO SOCIETÁRIO, FALIMENTAR E TEORIA DA EMPRESA

LOCALIZAÇÃO
E. 53
P. 7
N. 21-2
N.R. 35379

© ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

ISBN: 978-85-7420-949-4

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

CLASSIFICAÇÃO
[illegible]
F891

Composição
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

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

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
06.2009

IV – 3

*EXCERTO DO "DIREITO SOCIETÁRIO I – FUNDAMENTOS", DE HERBERT WIEDEMANN**-**-***

Em memória do Professor Waldírio Bulgarelli

II – Objeto e desenvolvimento [do direito societário]: 1. O regramento da vida societária: (a) O ordenamento societário ["Recht der Verbandsordnung"] – (b) O ordenamento do patrimônio especial ["Recht der Sondervermögensordnung"] – (c) O ordenamento da empresa ["Recht der Unternehmensordnung"] – (d) Delimitações.

INTRODUÇÃO

O texto a seguir constitui tradução de um trecho constante das pp. 16 a 24 da obra clássica de Herbert Wiedemann, *Direito Societário I – Fundamentos* (*Gesellschaftsrecht I – Grundlagen*), publicada pela Editora Beck, de Munique, em 1980 (em 2004 Wiedemann fez publicar, pela mesma Editora, o *Direito Societário – II*, dedicado às sociedades de pessoas). A presente tradução, dedicada à memória do professor Waldírio Bulgarelli, tem sua razão de ser. Uma das constantes preocu-

* Publicada originalmente na *RDM* 143/66-75, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, agora com ligeiras alterações.

** O tradutor agradece as valiosas contribuições trazidas ao seu trabalho pelos amigos e colegas Drs. Nilson Lautenschleger Jr., Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Munique; Marcelo Vieira von Adamek, Orientando e constante interlocutor do tradutor, Mestre e Doutorando pela Faculdade de Direito da USP; e – *last but not least* – pela Mestra de Alemão, professora Beatriz Rose. Os erros e as omissões, todavia, são de responsabilidade exclusiva do tradutor.

*** As notas em números arábicos são do autor; as notas em números romanos, do tradutor.

pações do ilustre Autor foi com a teoria da empresa, à qual, inclusive, dedicou uma de suas teses de concurso.[I] O conceito de "empresa" em Direito, como se sabe, pode ser examinado sob diversos perfis, segundo o texto clássico de Asquini:[II] o perfil subjetivo (a empresa como empresário ou sociedade empresária), o objetivo ou patrimonial (a empresa como patrimônio aziendal e como estabelecimento), o funcional (a empresa como atividade) e o corporativo (a empresa como instituição). Pois bem. A abordagem feita na mencionada obra de Wiedemann, cujo trecho ora traduzimos, sugere a visualização desses perfis sob as lentes do direito societário.[III] Com efeito, no Capítulo II de seu livro, dedicado aos "Princípios Estruturais do Direito Societário", Wiedemann afirma constituir objeto desse ramo do Direito estabelecer uma disciplina ou ordenamento *da sociedade*, uma disciplina ou ordenamento *do patrimônio* e uma disciplina ou ordenamento *da empresa* (para as sociedades empresárias, evidentemente, e aqui compreendendo a empresa como atividade, mas também trazendo à tona aspectos institucionais[IV]). A partir desse ângulo de visão é que Wiedemann elaborou sua obra magistral. No capítulo introdutório, porém, há um resumo dos mencionados princípios estruturais, no item em que o eminente autor examina o objeto do direito societário. Como, ao que consta, inexistem traduções do livro de Wiedemann, pareceu-nos oportuno trazer aos leitores pátrios a sua singular abordagem da matéria.

I. Waldírio Bulgarelli, *A Teoria Jurídica da Empresa: Análise Jurídica da Empresarialidade*, São Paulo, Ed. RT, 1985.

II. Asquini, "Profili dell'impresa" ("Perfis da empresa") , publicado na *Rivista del Diritto Commerciale* 41, I, 1943 (tradução de Fábio Konder Comparato na *RDM* 104/109).

III. A observação nos foi feita pelo grande amigo e notável societarista Dr. Edmur de Andrade Nunes Pereira Neto.

IV. Aspectos institucionais, esses, todavia, num sentido evidentemente diverso daquele enfocado por Asquini, ligado à ideologia corporativa do regime fascista, então vigente na Itália. O sentido de "institucional", aqui, refere-se ao fato de a empresa societária, ao menos aquela de maior relevância econômica, não dizer respeito apenas aos interesses dos sócios, mas também a outros interesses, tais como os dos trabalhadores, no regime da co-gestão, da comunidade em que a empresa atua etc. V., sobre o assim chamado "institucionalismo integracionista ou organizativo", Calixto Salomão Filho, O Novo Direito Societário, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 32-35.

TRADUÇÃO

II – Objeto e desenvolvimento [do direito societário]

1. O regramento da vida societária

(a) O ordenamento societário ["Recht der Verbandsordnung"]

A situação da vida que o direito societário regula, em primeira linha, é a comunidade de pessoas que se associaram para atingir um fim comum. Tarefa do direito societário, para as associações *[Vereinigung*[V]*]* privadas, é a de desenvolver regras de conduta justas e adequadas.

Se se questionar mais de perto acerca do conteúdo das necessárias normas societárias, salientam-se – abstraídas a constituição e a dissolu-

V. Aqui, em sentido lato, abrangendo as associações propriamente ditas e as sociedades. Esclareça-se que o direito societário na Alemanha abrange o estudo de ambas essas formas associativas. Atualmente no Brasil essa visão unitária do fenômeno associativo encontra exata correspondência no direito positivo. O § 2º do art. 44 do Código Civil determina que "as disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código". Na Parte Geral, portanto, são disciplinadas as associações, como modelo genérico que compreende as sociedades, reguladas na Parte Especial. As associações propriamente ditas se caracterizam, nos termos do art. 53, "pela união de pessoas que se organizem para fins não-econômicos" (isto é, por não terem a finalidade de distribuir lucros aos seus associados, ainda que algumas delas possam exercer atividade econômica), e as sociedades justamente pelo oposto, ou seja, pela união de pessoas "que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a *partilha, entre si, dos resultados*", nos termos do art. 981. É lícito dizer, pois, que, tal como ocorre na Itália, "a sociedade é sempre um fenômeno associativo que se caracteriza não por uma sua particular estrutura, mas pela especialidade do objeto e do escopo: precisamente a sociedade é, no sistema do Código, uma associação que se caracteriza por ser criada para o exercício em comum de uma atividade econômica com o escopo de dividir os seus lucros. Quando subsistem esses elementos, a associação se qualifica juridicamente como uma sociedade e é sujeita à disciplina ditada para as sociedades, quaisquer que possam ser os particulares propósitos de sua estrutura organizativa – assuma a associação uma estrutura fechada, como normalmente se verifica nas sociedades por ações, ou ao contrário uma estrutura aberta, como normalmente se verifica nas sociedades cooperativas –, quaisquer que sejam as modalidades através das quais as vantagens econômicas realizáveis mediante o exercício em comum da atividade econômica concretamente atuem, vale dizer, automaticamente e com caráter de imediatidade ou, ao invés, só mediatamente e por meio da sociedade; nas proporções preestabelecidas, ou, ao invés, de modo diferenciado" (cf. Giuseppe Ferri, *Le Società*, 2ª ed., Turim, UTET, 1985, pp. 10-11, tradução livre).

ção – três áreas para as quais o legislador e, complementarmente, os próprios membros devem atentar: a determinação da finalidade, *[Zweckbestimmung*[VI]*]* a organização e o *status socii. [Mitgliederstatus]* A cláusula do objeto ou *cláusula da finalidade [Zweckklausel]* dos estatutos constitui a "estrela polar" do universo societário, pela qual todos os órgãos e membros devem se orientar. Isso pode até mesmo levar a que uma associação[VII] somente em conseqüência da fixação da finalidade (por exemplo, como associação profissional) na elaboração do estatuto esteja, no mais, vinculada (aqui com relação ao círculo dos membros). Além disso, a determinação da finalidade delimita a esfera coletiva da vida societária perante os membros e perante terceiros, porque os sócios coletivizaram seus interesses nos exatos limites desta fixação de objetivo. As regras correspondentes do estatuto preenchem, portanto, duas fundamentais tarefas simultaneamente, na medida em que fixam os princípios orientadores e o raio de ação da associação.[VIII] A segunda área que necessita de regulamentação é a *organização*, mediante a qual a formação da vontade interna e a sua manifestação externa são disciplinadas. Visto que uma associação de pessoas, como tal, não tem capacidade de manifestar a vontade ou de exercer direitos, tanto a decisão *[Willensentschluss]* quanto sua implementação fática necessitam de uma certa ordem. Quando os sócios não deliberam de forma unânime e não implementam medidas conjuntamente, deve ser estabelecido quem será competente para determinadas questões, como se realizarão as deliberações e por quem as mesmas serão executadas. Estas normas representam, em regra, como estatuto organizatório, parte preponderante das determinações legais ou estatutárias, especialmente quando a sociedade *[Verband*[IX]*]* explora uma empresa. O terceiro grupo diz respeito à

VI. A expressão *Zweck* ("finalidade", "objetivo", "intenção") é utilizada por Wiedemann nas locuções *Gesellschaftszweck* ou *Verbandszweck* ("finalidade" ou "objetivo social") em sentido amplo, abrangendo tanto o objeto como o fim social (cf. *Direito Societário I – Fundamentos*, citado em nossa "Introdução", p. 155).

VII. Aqui, no sentido de associação propriamente dita (*Verein*).

VIII. Aqui, novamente em sentido lato. V. nota V, supra.

IX. A palavra *Verband* também tem sentido plurívoco em Alemão. Em sentido estrito designa as associações que perseguem fins políticos e exercem influência social (associações de categorias profissionais ou econômicas). Em sentido lato abrange as associações propriamente ditas e as sociedades, como esclarece Wiedemann (*Direito Societário I – Fundamentos*, cit., p. 4). Por vezes traduzimo-la também como "organização societária", a indicar em um só termo tanto as associações como as sociedades.

disciplina dos direitos e deveres dos sócios perante a organização societária e perante os outros sócios; por conseguinte, ao *status socii*. Entre os direitos, distinguimos os direitos de participação[X] (direito de voto, poderes de gestão social), os direitos patrimoniais (participação nos lucros, direitos de fruição), os direitos de informação e fiscalização, bem como, por fim, o direito de se retirar da organização societária (direito de retirada). Entre os deveres enumeram-se o dever de contribuir, o dever de colaborar para a gestão social e o dever de lealdade.

As áreas supracitadas são reguladas em parte diretamente pelo legislador – e, então, conforme os arts. 74, incisos 1, 3 e 11, da Constituição, pelo legislador federal –, ou projetadas pelos próprios fundadores e posteriores sócios, no exercício da autonomia associativa assegurada pelo art. 9º, 1º parágrafo, da Constituição.[XI] Até que ponto o legislador deve limitar-se a propor condutas ou estabelecer regras cogentes depende, de um lado, se é provável esperar das convenções privadas uma justa composição dos interesses, de outro, em que medida os direitos de terceiros e da coletividade podem ser afetados.

O direito societário caracteriza-se como um "pequeno Estado de Direito",[1] *[kleines Staatsrecht]* porque também nas sociedades a formação da vontade deve ser organizada e surge uma relação de supremacia e de subordinação, uma vez que sejam permitidas decisões por maioria. Por isso, o direito societário *[Verbandsrecht]* tem, tematicamente em comum com o direito público, a organização do poder coletivo e os direitos e deveres dos "cidadãos societários".

X. *Mitverwaltungsrechte*, literalmente: "direitos de co-administração".

XI. Que assim consagra a liberdade de associação (*Vereinigunsfreiheit*): "Art. 9º. (...) (1) Todos os alemães têm o direito de constituir associações e sociedades" ("Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden"). Com a adesão da Alemanha à Convenção dos Direitos Humanos da ONU, em 4.11.1950, essa disposição constitucional aplica-se também aos estrangeiros, em função do disposto no art. 11 da mencionada Convenção (cf. Ina Warncke Ashton, *Curso de Alemão para Juristas*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 103, resumindo ensinamentos do professor Gerhart Binder).

1. Cf., a respeito desse paralelo, H. P. Westermann, *Archiv für die civilistische Praxis* 175, 1975, pp. 375, 399 e ss.; Wieacker, in *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, 1973, pp. 339, 373; sobre a democracia acionária, especialmente Wiethölter, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft*, 1961, pp. 28 e ss.; bem como infra, § 6 III, pp. 323 e ss.

[Verbandsbürger] Enumera-se, outrossim, uma série de problemas paralelos: a distribuição de competências, a renúncia à soberania, a estruturação dos órgãos, a votação nas assembléias, a exclusão do direito de voto, a incompatibilidade de muitas funções, a vigência de direitos individuais perante a maioria, o exercício do poder repressivo, e assim por diante. Abstraídas as questões mais técnico-jurídicas (por exemplo, a condução dos debates ou da votação),[2] prossegue a comparação entre o direito público, de um lado, e o direito empresarial e societário, de outro, apenas de modo limitado, porque o Estado não pode ser entendido como uma supra-sociedade de sujeitos de direito privado e porque falta a ele a voluntariedade *[Freiwilligkeit]* e a orientação finalística *[Zweckrichtung]* características da sociedade.[3]

Em casos isolados, todavia, não está excluído o recurso a princípios do direito público também no direito societário, quando uma associação possui caráter público (associações de categorias econômicas e profissionais), ou quando o associado está submetido ao poder da organização societária de forma semelhante ao Poder Público. Não apenas os direitos fundamentais, mas também os princípios estruturais do direito constitucional permitem a propagação da sua eficácia sobre outras regras. *[Drittwirkung*[XII]*]* A transplantação de princípios de direito público necessita, no entanto, especial fundamentação, e não pode ser deduzida simplesmente da presença de uma relação de supremacia e de subordinação, ou de um grande número de sócios.[4]

2. O art. 61 da lei acionária belga de 1873 previa que para a condução dos debates e a forma da votação vigoravam, na dúvida, as regras parlamentares.

3. Cf., a respeito das doutrinas sobre a finalidade do Estado, G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed., 1914, pp. 230 e ss.; e, sobre o abandono destes princípios: Herzog, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, pp. 152 e ss.; H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 1964, pp. 759 e ss.

XII. Entende-se por *Drittwirkung* a controvertida questão constitucional da eficácia imediata dos direitos fundamentais (*Grundrechte*) fora da relação Estado/indivíduo (cf. Gerhard Köbler, *Juristiches Wörterbuch*, 13ª ed., Munique/Alemanha, Ed. Vahlen, 2005, p. 116, verbete "*Drittwirkung*").

4. Reservados, no tocante a uma aceitação acrítica de princípios constitucionais ou de direito público, Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, pp. 114 e ss.; Teubner, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 1975, pp. 459, 462 e ss. Cf., além disso, infra, § 12 I 3, pp. 679 e ss.

(b) O ordenamento do patrimônio especial ["Recht der Sondervermögensordnung"]

Ao lado do ordenamento societário, abrange o direito societário, como uma parte essencial, o ordenamento do patrimônio especial próprio da organização societária, *[Verband]* com o qual a finalidade social deve ser alcançada. Quando esse patrimônio é também patrimônio de todos os sócios – que, nessa esfera, também são chamados de "coproprietários" –, é ele necessariamente, todavia, de uma forma mais ou menos rigorosa, separado dos respectivos patrimônios privados, surgindo uma massa patrimonial especial, que necessita de regras jurídicas independentes. O significado do ordenamento do patrimônio especial varia de acordo com o tipo e a dimensão da organização societária. Para as associações ideais as energias sociais são empregadas, em primeiro lugar, na consecução dos projetados objetivos políticos, científicos, artísticos ou esportivos, e a administração do patrimônio social é compreendida mais como uma providência de apoio. Quando, ao contrário, uma empresa deve ser explorada com o patrimônio, como é o caso nas sociedades comerciais,[XIII] a estruturação da esfera patrimonial é deslocada fortemente para o centro da vida da sociedade.

Nos limites do ordenamento patrimonial, entendido em sentido amplo, devem ser tomadas providências acautelatórias com relação à *competência* para o exercício de direitos e sua execução, à transferência do patrimônio entre a organização societária e os sócios e à responsabilidade nas relações internas e externas. Para isso acorrem, relativamente às sociedades de capital, regras especiais abrangentes, que dizem respeito à provisão de capital próprio e à sua manutenção. O direito das coisas e os demais direitos patrimoniais são, no Direito vigente, relacionados ao indivíduo: é enunciada a relação de uma pessoa com um determinado objeto patrimonial. Regras que dizem respeito a uma unidade patrimonial, e semelhantes, que atribuem um patrimônio especial a uma coletividade de pessoas, não se acham nos §§ 854 e ss. do Código Civil. Os §§ 1.007 e ss. do Código Civil compreendem apenas a si-

XIII. Diferentemente do que ocorre na Itália e agora no Brasil (ao menos parcialmente, já que o Código Comercial continua vigente na parte do direito marítimo), na Alemanha existe a separação formal entre o direito civil, regido pelo *Bürgerliches Gesetzbuch – BGB* (Código Civil), e o direito comercial, regido pelo *Handelsgesetzbuch – HGB* (Código Comercial), com a conseqüente existência de sociedades civis e comerciais.

tuação de condômino com relação a um único direito, por exemplo sobre um imóvel, e assim mesmo de modo parcial. Deve o direito societário, conseqüentemente, encontrar suas próprias formas de atribuição, que indiquem quem deve ser encarado como titular do direito *[Rechtsträger]* e quem pode exercer, de forma vinculante, os direitos reais absolutos, *[sachenrechtlichen Herrschaftsrechte]* ou seja, como devem harmonizar-se a organização do patrimônio e a da sociedade. Do ordenamento do patrimônio especial resulta, por fim, a quem os credores devem voltar-se quando eles querem ajuizar e executar dívidas da sociedade, porquanto a possibilidade de excussão *[Zugriffsmöglichkeit]* dos credores é o necessário reverso da titularidade do direito.

Como ordenamento do patrimônio especial, o Direito vigente coloca dois institutos jurídicos à disposição: a propriedade em mão comum (ou propriedade comum) ou coletiva *[Gesamthand*[XIV]*]* e a pessoa jurídica. Sua aplicação não é limitada às organizações societárias privadas. A propriedade em mão comum é utilizada também para outras coletividades de pessoas privadas (cônjuges, comunhão de herdeiros), enquanto a pessoa jurídica é utilizada independentemente de uma coletividade de pessoas (fundação) e também no direito público (organismos *[Körperschaften*[XV]*]* e institutos de direito público). Ambos esses institutos jurídicos preenchem, no Direito vigente, a mesma tarefa – a saber, formam um "direito das coisas coletivo", *[Kollektivsachenrecht]* para cuja realização eles utilizam, todavia, caminhos distintos: o diverso grau de autonomia

XIV. *Gesamthand* – literalmente, "mão comum ou coletiva" – constitui espécie de condomínio, instituto típico do Direito Alemão e desconhecido dos demais Direitos, conforme reconhece, na obra que vimos traduzindo (1 I § 5, p. 243, n. 1), o próprio Wiedemann (que é, além do mais, um grande estudioso do Direito Comparado). Pode-se fazer, com todas as reservas, um ligeiro paralelo, no Direito Brasileiro, com o patrimônio especial dos sócios na sociedade em comum (art. 988 do CC).

XV. A expressão *Körperschaft* (literalmente, "corporação") é virtualmente intraduzível. As *Körperschaften* fazem um contraste com as *sociedades de pessoas*, mas seu conceito é mais abrangente que o de sociedades de capitais, pois as associações também constituem *Körperschaften*. A distinção está na dependência que a organização societária tem com relação às pessoas dos sócios. Tanto nas sociedades de capitais como nas associações não se levam em conta as qualidades individuais dos seus membros. A distinção encontra paralelo, no Direito Anglo-Saxão, entre *corporations* e *partnerships*. Aqui também as associações podem ser consideradas *corporations*: "If an association has sufficient corporate atributes, such as centralized management, continuity of existence, and limited liability, it may be classified and taxed as a corporation" (cf. *Black's Law Dictionary*, 8ª ed., Thomson West, 2004, verbete "Association", p. 132).

do patrimônio especial perante os sócios individualmente considerados é fortemente pronunciado.[5]

Ao direito patrimonial especial do direito societário pertence, ainda, a *transferência patrimonial* entre a sociedade e seus sócios, ou seja, o regramento das contribuições e da distribuição dos resultados. As contribuições podem consistir em dinheiro, coisas, prestações de serviço ou outros objetos patrimoniais objetivamente avaliáveis. Seu ingresso no patrimônio social não obedece, no tocante ao direito das obrigações, às regras da compra e venda ou outros contratos bilaterais, mas ao contrato social ou estatuto; o compromisso de integralização *[Einlageversprechen]* é parte integrante da declaração de vontade de constituição *[da sociedade]* ou de ingresso *[na mesma]*. Seu efetivo adimplemento, ao contrário, ocorre de acordo com os princípios gerais da tradição, tal como eles são previstos para a transferência dos respectivos bens de um titular para outro. As retiradas podem ser efetuadas, quer provisoriamente como antecipações, quer definitivamente como distribuição de lucros, ou por ocasião da liquidação. Também nesse sentido, as pretensões dos sócios, em seu conteúdo, regulam-se exclusivamente pelo direito societário, mas sua execução, ao contrário, outra vez segue o direito das coisas. As questões sobre quem determina o balanço e pode deliberar sobre a distribuição dos lucros pertencem aos problemas centrais de toda sociedade comercial.

A terceira área do ordenamento patrimonial diz respeito à *responsabilidade*. A sociedade responsabiliza-se, naturalmente, por todas as obrigações que ela mesma contraiu. Ela é, além disso, responsável pela conduta de seus órgãos. O direito societário deve, adicionalmente, responder à questão sobre se e em qual extensão os sócios devem responder pelas dívidas sociais e sobre se essa responsabilidade deve ter lugar diretamente perante os credores ou apenas indiretamente por via de uma obrigação subsidiária de suprimento de capital para a sociedade. Se toda a responsabilidade for excluída, como em regra nas associações dotadas de capacidade jurídica[XVI] e nas sociedades de capital, então, a

5. Cf., além disso, pormenorizadamente infra, §§ 4 e 5, pp. 188 e ss. e 242 e ss.

XVI. *Rechtsfähige Körperschaften* (aqui, Wiedemann utiliza a expressão *Körperschaft* como sinônima de associação). O Código Civil alemão, tal como o italiano, disciplina as associações com e sem personalidade jurídica (*Rechtsfähige* e *Nicht-rechtsfähige Vereine*). Não tem personalidade jurídica a associação não registrada no respectivo registro.

proteção dos credores deve ser assegurada de outra forma, a saber, por meio de exigências para a entrada e manutenção de capital.

Em contraposição à disciplina da organização societária, a disciplina patrimonial das sociedades configura-se de forma preponderantemente cogente. Tal como o direito das coisas individual, voltam-se os ordenamentos do patrimônio especial ao titular do direito e à coletividade; eles estão relacionados ao público. As questões relativas a atribuição, transferência e responsabilidade não podem ser deixadas à autonomia dos estatutos e não são também, por essa razão, parte integrante da garantia constitucional do art. 9º, 1º parágrafo, da Constituição. Os dispositivos aplicáveis ao ordenamento patrimonial encontram-se nas respectivas leis, não no contrato social ou nos estatutos. Unicamente para a repartição interna das obrigações relativas às contribuições e aos direitos de distribuição dos resultados posssuen os sócios liberdade de ação. *[Gestaltungsspielraum]*

(c) O ordenamento da empresa
["Recht der Unternehmensordnung"]

O direito das sociedades comerciais, de vez que estas regularmente exploram uma empresa, compreende, em larga medida, simultaneamente o poder de elaborar o ordenamento interno ou "constituição da empresa".[6] *[Unternehmensverfassung]* O legislador e, complementarmente, os próprios sócios – que aqui são designados "proprietários do capital" – determinam por quem e segundo quais diretrizes o planejamento, a direção e a fiscalização da empresa devem ser executados, e, portanto, de que forma a unidade econômica "empresa" *[Unternehmung]* deve ser organizada.

A relação entre o direito societário e o direito da empresa é controvertida.[7] Várias interpretações são possíveis:

6. Do mesmo modo: Köhler, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 115, 1959, pp. 716, 730; Paillusseau, *La Société Anonyme. Téchnique d'Organization de l'Entreprise*, 1967, pp. 107 e ss.; Tschäni, *Funktionswandel des Gesellschaftsrechts*, 1978, p. 38.

7. Cf. Ballerstedt, in *Festschrift für Konrad Duden*, 1977, pp. 15-36; Duden, in *Festschrift für Wolfgang Schilling*, 1973, pp. 309-331; Kunze, in *Festschrift für Ernst Gessler*, 1971, pp. 47-57; Th. Raiser, in *Festschrift für Robert Fischer*, 1979, pp. 561-578; Wiedemann, in *Festschrift für Robert Fischer*, 1979, pp. 883, 884 e ss.

(1) O direito da empresa é o direito societário unificado, contendo, portanto, aquelas regras que valem mais ou menos igualmente para os diversos tipos societários (publicidade, grupos e co-gestão); trata-se de uma categoria sistemática.

(2) O direito da empresa é parte integrante do direito societário que regula o ordenamento interno da empresa (organização da administração, grupo de empresas e prestação de contas); trata-se de uma categoria fática.

(3) O direito da empresa deve regular a unidade econômica emancipada dos proprietários do capital, seja como um instituto privado, *[private Kapitalanstalt]* seja como uma unidade social; *[Sozialverbund]* trata-se de uma categoria político-legislativa.

O ordenamento interno da empresa – entendido em contraposição às regras de conduta pertinentes a uma empresa como participante do mercado, da vida econômica em geral e do comércio jurídico[8] – não deve necessariamente estar assentado no direito societário.

Essa ligação esclarece-se historicamente porque se identificava a empresa com seu titular, e pela distribuição de poder entre vários titulares formou-se simultaneamente o direito (interno) da empresa. Não está excluído conceber um direito da empresa independente e abrangente – no Direito em vigor, todavia, nós encontramos poucos sinais nesse sentido. Leis independentes da forma jurídica *[da empresa]* (Lei da Co-Gestão[XVII] e Lei da Publicidade de Demonstrações Financeiras[XVIII]) ou uma reunião de diversas questões sobre todas as sociedades comerciais[9] fundamentam apenas um direito da empresa *formal*, mas não *substancialmente* independente, na medida em que não é configurada a empresa como uma instituição independente da sociedade dela titular e para essa configuração não são estabelecidas regras correspondentes.

8. Cf. Ballerstedt, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 135, 1971, pp. 479, 486; Hopt, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, 1975, pp. 228 e ss.

XVII. *Mitbestimmungsgesetz* de 4.5.1976.

XVIII. *Publizitätsgesetz* de 15.8.1969.

9. Cf. as determinações conjuntas para todas as sociedades comerciais dos arts. 340-418 da Lei francesa de Sociedades Comerciais sobre contabilidade das sociedades filiadas e de participação, sobre nulidade e alterações estruturais.

Se se perguntar também aqui sobre as áreas que hão de ser ordenadas pelo direito societário, coloca-se em primeiro plano a *direção*, e, portanto, como a administração deve ser organizada, se uma ou mais instâncias são competentes, quem pode nomear e destituir os administradores, segundo quais princípios eles devem agir, se a eles é concedida certa independência, e assim por diante. Desse quadro faz parte também a co-gestão dos trabalhadores ao nível da empresa, minuciosamente discutida na República Federal, *[da Alemanha]* que o legislador introduziu em parte no ramo específico da indústria mineira e metalúrgica, em parte amplamente na Lei da Co-Gestão de 1976, em parte dependendo da forma jurídica *[da empresa]*, nos §§ 76 e 77 da Lei sobre Comitês de Fábrica,[XIX] de 1952.

Para a administração das sociedades por ações criou o legislador alemão, com a reforma de 1884, um característico órgão duplo: diretoria *[Vorstand]* e conselho de supervisão *[Aufsichtsrat]* (o assim chamado "sistema dualístico"). Esta distribuição de poderes interna da sociedade difundiu-se para outras formas jurídicas no país (sociedade limitada, cooperativa) e no Exterior (Holanda, França), e, também lá, levou a uma bipolarização obrigatória ou ao menos facultativa. O contraste com isso forma o órgão de administração unitário anglo-americano *board*, no qual a direção e a fiscalização estão reunidas.

Uma outra matéria do direito da empresa é o *grupo de empresas*;[XX] por conseguinte, a relação jurídica entre empresas dependentes *[controladas]* e empresas dominantes *[controladoras]* e a influência da *fattispecie* da dependência na estrutura interna da sociedade controlada, de um lado, e da sociedade controladora, de outro. Caindo uma sociedade comercial sob a esfera de influência de outra empresa e tornando-se dependente de suas instruções, de forma a surgir um grupo, sua autonomia, e, com isto, a persecução dos seus interesses, será afetada de forma semelhante à da conclusão de uma relação trabalhista: as pessoas

XIX. *Betriebsverfassungsgesetz.*

XX. Esclareça-se que, diversamente do que ocorre no Brasil, em que o grupo é de *sociedades*, na Alemanha o grupo é de *empresas*, pois existe a possibilidade de englobar pessoas físicas e até o próprio Estado (cf. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 42, nota 45; e, ainda, do primeiro autor, o estudo sobre grupos societários publicado em *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 197, nota 1, e nesta revista, vol. 23/91).

submetidas a instruções não mais participam autonomamente do mercado, mas subordinam sua força de trabalho a uma organização econômica alheia. A sociedade controlada trabalha, em conseqüência, não mais em favor de todos os sócios e de seus próprios trabalhadores, mas no interesse da sociedade controladora. Por essa razão, necessitam os sócios minoritários, credores e trabalhadores da sociedade controlada, proteção jurídica adicional. A relação de dependência repercute, porém, não só sobre a sociedade-filha, mas, também, sobre a sociedade-mãe, porque a administração das participações, aí, pertence à competência dos administradores, cuja posição perante a assembléia da sociedade é fortalecida de forma não-insignificante. Os problemas abordados são disciplinados pela lei apenas parcialmente – a saber, para as sociedades controladas e sua relação com uma empresa controladora, no Livro Terceiro da Lei de S/A de 1965.[XXI] Isso não esgota a matéria, uma vez que relações de dependência podem se dar para todas as formas societárias. Pertence ao campo do direito empresarial, no direito societário, finalmente, a disciplina da *prestação de contas*, sua fiscalização e publicação – uma área que, em razão de sua ligação com a economia e administração de empresas, desenvolveu-se, de forma mais intensa, a partir do direito societário. Prestação de contas e fiscalização são, de fato, somente ligadas à organização societária, quando uma sociedade oferece direitos de participações societárias no mercado, a fim de obter capital. No mais, constitui, porém, a modalidade da atividade econômica um melhor ponto de contato com a regulamentação da contabilidade que a forma societária. No Direito vigente nós encontramos, por isso, ao lado das normas societárias, normas setoriais específicas para as instituições financeiras, seguradoras, empresas de transporte e da construção civil residencial, entes municipais e outras. Enquanto a disciplina da direção da empresa e do grupo de empresas somente pode ser parcialmente estruturada independentemente da forma jurídica, portanto, como puro "direito da empresa", tal estruturação seria possível em maior grau para a prestação de contas.

(d) Delimitações

As áreas mencionadas não se excluem reciprocamente e não representam uma descrição definitiva do regramento da vida da sociedade

XXI. *Aktiengesetz* de 1965.

pelo direito societário. Muitas questões societárias dizem respeito, tanto à esfera da sociedade, como ao ordenamento do patrimônio e da empresa. A adequação e legitimidade de uma regulamentação deve, assim, ser analisada sob diversos aspectos.

Exemplo: um aumento de capital numa sociedade comercial conduz, nas relações internas entre os sócios, a uma ampliação do círculo social ou a um deslocamento de forças entre eles. Patrimonialmente, é introduzido novo potencial de responsabilidade ou capital adicional. Do ponto de vista da empresa, por fim, apresenta-se o aumento do capital como uma providência de financiamento – seja para fins de saneamento, seja para fins de ampliação. Societariamente, proporcionam as novas participações estados de sócio, portanto, "propriedade societária"; *[gesellschaftsrechtliches Eigentum]* os antigos sócios devem ser, por isso, questionados, em princípio, se eles desejam assumir as novas posições de sócio. Relativamente à empresa, configuram as novas ações um instrumento de financiamento; sob esse ângulo, põe-se a indagação a respeito de quem e em que condições a empresa, da forma mais favorável, pode adquirir capital próprio adicional.

O sentido dessa distribuição não é organizar o direito societário por assunto, mas, sim – semelhantemente à diferenciação feita por Laband entre relação externa e interna na representação –, fazer conhecidos os diversos aspectos de um mesmo fenômeno.

Cada uma das leis societárias, especialmente o direito acionário, ultrapassa, de um lado, as áreas nomeadas; de outro, é o direito societário mediata ou imediatamente influenciado também por outras disciplinas jurídicas. No direito societário acham-se parte do direito sobre firmas e registros públicos, ou seja, do direito (externo) da empresa, normas jurídicas sobre a profissão de auditor e particularidades do direito bancário e bursátil (direito de voto dos bancos relativamente às ações em depósito[XXII]), ou seja, do ordenamento do mercado de capitais. Inversamente, há muito o direito societário é marcado pelo direito tributário e, mais recentemente, também pelo direito concorrencial. De fato, teoricamente aceita-se a primazia do direito civil e, com isso, também do direito societário, perante o direito tributário. Ambos realizam diferentes tarefas: o direito societário deve, antes de tudo, atingir a justa ordem das coisas, o direito tributário, em seguida, uma adequada tributação. Na rea-

XXII. *Depotstimmrecht.*

lidade, os pesos quase que se inverteram. Na elaboração de contratos sociais e estatutos dirige-se a escolha da forma jurídica e das particulares determinações estatutárias mais de acordo com ponderações de direito tributário que de direito societário.[10] Àquele agradecem a sua popularidade, por exemplo, a *GmbH & Co.* KG[XXIII] e a combinação ultimamente preferida de sociedade limitada com sociedade em conta de participação. O direito tributário tornou-se uma indesejada fonte do direito societário.[11] A relação do direito societário e do direito concorrencial é caracterizada no sentido de que o direito societário seria configurado como "neutro" do ponto de vista concorrencial. *[wettbewerbsneutral]* A imagem é correta, mas não completa. O direito societário não encara como sua tarefa exercer influência sobre a interdependência ou concentração na economia, mas disponibiliza, na prática, o instrumental para a limitação concorrencial – aquisição de participação, acordos pessoais, *[Personalunion]* grupo de empresas e fusão – à disposição. Daí não pode ser extraída a conclusão de que o direito societário sirva para enriquecer o direito concorrencial, mas a conclusão de que o direito societário seja complementado por meio do direito concorrencial.[12] A fiscalização, *[Kontrolle]* no entretempo, iniciou-se com os §§ 22 e ss. da Lei da Concorrência (*GWB*[XXIV]), e continuará a desenvolver-se.

A distinção usual nos Direitos Inglês e Americano entre o direito societário (geral) e ramos específicos de organizações comerciais – conhecida na Inglaterra como *specialized types of business organisations* e nos EUA como *regulated industries* – não é comum na República Federal. *[da Alemanha]* De fato, existe a distinção também no Direito Alemão: para as instituições financeiras (inclusive caixas de fomento imobiliário *[Bausparkasse]* e sociedade de investimentos) ou uma empresa de seguros e para as sociedades nas quais os membros de profis-

10. Cf., para esse fim, ultimamente Costede, *Rundschau für GmbH*, 1979, pp. 4-14; bem como, do ponto de vista da economia do estabelecimento Lanz, *Die Wahl der Rechtsform als Entscheidungsproblem*, 1978.

XXIII. Literalmente: "sociedade limitada & cia. – comandita simples". Trata-se de uma sociedade em comandita simples que tem como sócio comanditado (isto é, ilimitadamente responsável) uma sociedade limitada.

11. Cf., além disso, também infra § 12 II 2, pp. 695 e ss.

12. Cf., para tal, detalhadamente infra, § 13 I 2, pp. 725 e ss.

XXIV. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (literalmente: "lei contra as limitações à concorrência"), de 27.7.1957, com a redação dada pela lei de 4.4.1974 (a mencionada lei teve sua redação alterada por uma lei de 26.8.1998).

sões liberais se associaram (auditores, corretores) vigoram inúmeros preceitos especiais, sobretudo a respeito da provisão de capital e prestação de contas.[13] Os limites com relação ao direito econômico geral, que dirige a conduta das empresas no mercado, são fluidos.

13. Cf. a compilação das respectivas prescrições legais no *Wirtschaftsprüfer-Handbuch*, 1977, pp. 288-534.