

# Revista de Direito Mercantil

industrial,  
econômico e  
financeiro

vol.

127



# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLI — n. 127 — julho-setembro de 2002

## FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

### REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de  
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:  
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE  
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros  
Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato  
Composição: *Scripta*

# SUMÁRIO

## **DOCTRINA**

### **SOCIEDADE ANÔNIMA: INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO**

- CALIXTO SALOMÃO FILHO ..... 7

## **ATUALIDADES**

### **REGIME SANCIONATÓRIO EM DIREITO BANCÁRIO**

- ARMINDO SARAIVA MATIAS ..... 21

### **AS SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL**

#### **— A LIMITAÇÃO DO DIREITO DE CONTRATAR**

- PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA E ANA PAULA DE CARVALHO REIS ..... 30

### **ACORDOS FINANCEIROS E A RESOLUÇÃO 3.039/2002**

#### **DO BANCO CENTRAL — DISTORÇÃO NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR**

- HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA ..... 52

### **SOBRE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DE EMPRESAS NO BRASIL**

- RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE ..... 56

### **OS COMPROMISSOS DE VOTO NOS ACORDOS DE ACIONISTAS E SUA EFICÁCIA EXECUTIVA**

- JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA ..... 63

### **CONFIDENCIALIDADE EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL**

- HEE MOON JO ..... 68

### **A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: O ART. 192 E O MITO DA LEI COMPLEMENTAR ÚNICA**

- LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA E JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA ..... 79

### **ACORDOS DE ACIONISTAS SOBRE O EXERCÍCIO DO PODER DE CONTROLE**

(Análise das principais alterações introduzidas ao art. 118 da Lei das S/A  
pela Lei 10.303/2001)

- MIGUEL TORNOVSKY ..... 93

### **O SISTEMA DE PAGAMENTOS BRASILEIRO (SPB)**

- ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES ..... 107

### **AS IMPORTAÇÕES PARALELAS À LUZ DO PRINCÍPIO DE EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS CONTRATUAL E CONCORRENCIAL**

- CLÁUDIA MARINS ADIERS ..... 127

<b>FUNDAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL</b>	
— MILTON NASSAU RIBEIRO .....	165
<b>PESSOAS JURÍDICAS DOMICILIADAS NO EXTERIOR</b>	
— OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NO CNPJ	
— ZANON DE PAULA BARROS .....	175
 <b>DIREITO E ECONOMIA</b>	
<b>MUDANÇA INSTITUCIONAL, A PERSPECTIVA DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL</b>	
— BASILIA AGUIRRE .....	179
 <b>JURISPRUDÊNCIA COMENTADA</b>	
<b>COBRANÇA JUDICIAL DE DIVIDENDOS PRIORITÁRIOS: DESNECESSIDADE DE ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR</b>	
— CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES .....	189
 <b>ESPAÇO DISCENTE</b>	
<b>A RELAÇÃO ENTRE O NOVO SPB E OS TÍTULOS DE CRÉDITO. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS</b>	
— ANDRÉ BUENO DA SILVEIRA, ARTHUR MARINHO, EDSON FÁBIO GARUTTI MOREIRA E IBERÊ UCHOA DE AZEVEDO BARBOSA .....	215
<b>O ABUSO DE DIREITO NA DENÚNCIA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E AS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL</b>	
— PAULO EDUARDO LILLA .....	229

## COLABORAM NESTE NÚMERO

ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES

Advogado em São Paulo

ANA PAULA DE CARVALHO REIS

Advogada

ANDRÉ BUENO DA SILVEIRA

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Bolsista da FAPESP. Monitor da Cátedra de História do Direito na FADUSP

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Consultor do Banco de Portugal

ARTHUR MARINHO

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Pesquisador do CNPq, junto ao Departamento de Direito do Estado

BASILIA AGUIRRE

Professora da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo — FEA/USP

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

CLÁUDIA MARINS ADIERS

Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS. Advogada no Rio Grande do Sul

EDSON FÁBIO GARUTTI MOREIRA

Jornalista. Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Foi pesquisador selecionado pelo CNPq

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo — USP. Professor de Direito Comercial das Faculdades de Direito da USP e da FAAP. Membro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Consultor

HEE MOON JO

Mestre em Direito pela *Korea University*. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo — USP. Professor do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da USF. Árbitro Comercial do *Korea Commercial Arbitration Board*

IBERÊ UCHOA DE AZEVEDO BARBOSA

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA

Doutorando em Direito Econômico na Universidade de São Paulo — USP

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado



**LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA**

Mestre em Direito do Estado pela  
Universidade de São Paulo — USP.  
Doutorando em Direito Constitucional e  
Teoria do Direito na Universidade de  
Kiel, Alemanha

**MIGUEL TORNOVSKY**

Formado pela Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ.  
Mestre em Direito pela *Columbia Law  
School*, em Nova Iorque. Advogado

**MILTON NASSAU RIBEIRO**

Pós-Graduado em Direito de Empresas e  
da Economia pela Fundação Getúlio  
Vargas — FGV. Mestrando em Direito de  
Empresa na Faculdade de Direito Milton  
Campos, BH/MG. Advogado

**PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA**

Professor de Direito Comercial da  
Pontifícia Universidade Católica do Rio  
de Janeiro — PUC/RJ. Mestre em Direito  
pela Universidade de Cambridge,  
Inglaterra. Advogado

**PAULO EDUARDO LILLA**

Graduando da Fundação Armando  
Álvares Penteadó — FAAP

**RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE**

Ex-Presidente da Associação dos  
Advogados de São Paulo. Advogado em  
São Paulo

**ZANON DE PAULA BARROS**

Advogado

# Doutrina

## SOCIEDADE ANÔNIMA: INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO\*

CALIXTO SALOMÃO FILHO

*I — O interesse social na história das idéias: 1. Noção de interesse público e privado; 2. Interesse social: antecedentes históricos; 3. Mercantilismo e Revolução Industrial; 4. O contraponto institucionalista; 5. Conclusão parcial. II — Relações internas: 1. Institucionalismo "vs." Contratualismo: a) Institucionalismo; b) Contratualismo; 2. A situação no Brasil; 3. A teoria organizativa: a) Interesses interiorizáveis; b) Disciplina aplicável; 4. Conclusão parcial. III — Relações externas: 1. Momento de reconhecimento de relevância externa da sociedade; 2. Função social da empresa; 3. Conclusão parcial. IV — Conclusão.*

Na história da humanidade perdo- dos de desesperança e sofrimen- to vêm sempre associados à maior disposi- ção individual em assumir responsabili- dade moral pelos problemas comuns.

Esse subproduto positivo de situações de absoluto negativismo filosófico e moral não pode deixar de influenciar o direito da empresa.

Renovadas são, e renovadas devem ser, as preocupações com os deveres da grande empresa perante a sociedade em que atua. Todo o tradicional direito comercial é chamado às discussões de tom cada vez mais publicista em torno do tema da empresa.

Para que não se trate de discussão meramente panfletária é preciso dar ao tema sentido histórico e dogmático.<sup>1</sup> Em maté-

ria de direito societário é importante, por- tanto, revisitar a discussão sobre o interes- se da sociedade anônima e sua respectiva

positivistas, que partem da análise das previsões concre- tas dos interesses incorporados pelas respectivas legislações. Dois exemplos históricos atestam a in- compatibilidade entre estudo de interesses e positivismo. Em primeiro lugar é conhecidíssima a evolução da chamada *Interessenjurisprudenz*, que de uma teoria inicialmente voltada ao estudo dos interes- ses levados em conta pelo legislador na elabora- ção da norma cedo se transforma, em virtude das evidentes limitações de uma tal visão, em teoria interpretativa tendente à permitir ao aplicador da norma no exercício interpretativo a concreta consi- deração dos interesses por ele envolvidos (cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967).

O outro exemplo paradigmático é o da negati- va dos positivistas em aceitar definições jurídicas baseadas nos interesses envolvidos. Talvez o caso mais célebre seja a negativa de H. Kelsen em aceitar distinguir direito público e privado com base nos inter- esses envolvidos sob o argumento de que isso transformaria o conceito de jurídico em "metafísico" (cf. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlim, Julius Springer, 1925).

\* O presente artigo é versão escrita de aula proferida pelo autor no concurso para Professor Titu- lar da Faculdade de Direito da USP.

1. A análise histórica e dogmática é aqui par- ticularmente útil em um tema infenso a estudos

função. É o que se fará, a seguir, em três tópicos distintos e complementares: análise histórica da evolução da concepção societária de interesse social; análise do interesse social no seu aspecto interno e no seu aspecto externo à sociedade anônima e, ao final, a apresentação das conclusões.

## I — O interesse social na história das idéias

### 1. Noção de interesse público e privado

Para bem situar a discussão societária entre o interesse público e privado é preciso, em primeiro lugar, ter clareza sobre esses dois conceitos.

Enquanto o conceito de interesse privado é bastante curial, resumindo-se ao interesse individual, sobre o conceito de interesse público pairam, de há muito, importantes divergências conceituais. Clássica é a disputa nesse tema entre utilitaristas e hegelianos. Os primeiros, basicamente Bentham e Mandeville, buscam reduzir o interesse público à soma dos interesses individuais e assim defini-lo.<sup>2</sup> Já, Hegel propugna por uma definição capaz de separar sociedade civil e Estado. Para isso, propõe identificar o conceito de interesse público ao interesse estatal.<sup>3</sup>

2. A concepção de mundo individualista que perpassa a história da economia política inglesa atinge seu ponto alto com o utilitarismo de J. Bentham, para quem "A comunidade constitui um corpo fictício, composto de pessoas individuais que se consideram como constituindo os seus *membros*. Qual é, neste caso, o interesse da comunidade? A soma dos interesses dos diversos membros que integram a referida comunidade" (*Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, São Paulo, Abril Cultural, 1979, p. 4). Para B. de Mandeville, a vida em sociedade está fundada na busca individual de benefícios particulares. O autor ilustra a tese no seu famoso poema "A fábula das abelhas", em que compara a organização da sociedade humana com uma colméia de abelhas (v. *La fable des abeilles, ou les vices privés font le bien public*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1985).

3. "Gegen die Sphären des Privatrechts und Privatwohls, der Familie und der bürgerlichen Gesellschaft ist der Staat einerseits eine *überliche*

Ambas as noções parecem reduzir e limitar em excesso o conceito de interesse público. No presente trabalho, será adotado um terceiro conceito, muito mais ligado à etimologia e, mais importante do que isso, às origens do conceito. Trata-se da noção romana de interesse público. Segundo o clássico dicionário etimológico latino de Walde-Hoffman, o termo *publicus* tem duas possíveis origens etimológicas diversas. Uma primeira pode ter sido a palavra *publicus* usada nas fontes como sinônimo de *populus*. Uma segunda origem possível seria a palavra *publicus* usada para identificar o povo com capacidade política. Qualquer que seja a origem, ressalta a ligação do conceito à idéia de povo. O próprio conceito de Estado em Roma está de resto ligado à idéia de povo, não existindo uma entidade dele separada.<sup>4</sup>

Daí resulta a noção de interesse público como interesse da coletividade, do povo como um todo, portanto, o interesse de todos.

### 2. Interesse social: antecedentes históricos

Como é bem sabido, a história propriamente dita das sociedades anônimas começa apenas no período medieval.

Notwendigkeit und ihre höhere Macht, deren Natur ihre Gesetze, sowie ihre Interessen untergeordnet und davon abhängig sind; aber andererseits ist er ihr *immanenter* Zweck und hat seine Stärke in der Einheit seines allgemeinen Endzwecks und des besonderen Interesses der Individuen, darin, daß sie insofern *Pflichten* gegen ihn haben, als sie zugleich Rechte haben" (G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlim, Akademie-Verlag, 1956, p. 215).

4. Cf. P. Catalano: "In particolare, la storiografia tedesca tende poi a tradurre *populus* con 'Staat' per il fatto che non esiste in quella lingua un termine che indichi il 'gruppo' legato da elementi volutaristici (*iuris consensu et utilitatis comunione*): 'Volk' tende infatti ad indicare anche una comunanza di stirpe (o di cultura), si fonda principalmente su elementi naturalistici (o etnici) che sono estranei al concetto di *populus*. La storiografia italiana è rimasta invischiata, di riflesso, da questa tendenza" (*Populus Romanus Quirites*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1974, p. 61).



Existem, no entanto, antecedentes históricos interessantes, sobretudo em se tratando de pesquisa da função das sociedades.

No mundo antigo e durante toda a Idade Média, pode ser identificada uma característica muito interessante em relação ao reconhecimento de pessoas jurídicas. Reconhecimento externo ou na nomenclatura de R. Orestano, “algum grau de personalidade jurídica” só é atribuído aos entes dotados de função pública.<sup>5</sup>

Assim é que em Roma, a famosa *societas publicanorum*, antecedente remoto das sociedades de capitais, reconhece titularidade de direitos ao ente personalizado exatamente em razão do exercício de função pública (recolhimento de impostos).<sup>6</sup> De outro lado, a *societas*, um dos principais meios de exercício de atividade empresarial, não tem qualquer grau de reconhecimento de relevância externa, sendo todas as obrigações e direitos imputados aos sócios.<sup>7</sup>

A mesma dicotomia se repete na Idade Média. Às corporações de ofício era reconhecida a titularidade de direito. Isso se devia às imensas funções públicas por elas exercidas, que em alguns casos chegavam até à direção da política econômica de cidades-estado.<sup>8</sup> De outro lado, grandes fi-

guras do direito empresarial, como a *commenda* (antecedente de nossa sociedade em comandita) e a própria *compagnia* (sociedade de pessoas familiar), tinham grau mínimo de reconhecimento de relevância externa.<sup>9</sup>

A lição do mundo antigo e medieval é que se a atribuição de personalidade jurídica confere inegavelmente poder de organização das relações jurídicas e sociais, então deve ser justificada por uma correspondente propensão à organização verdadeira dessas relações e não ao seu aproveitamento no interesse particular. Daí a ligação entre personificação jurídica e função pública. Essa lição seria, infelizmente, em breve esquecida pelos modernos.

### 3. Mercantilismo e Revolução Industrial

O período que se segue é o de nascimento da grande sociedade anônima.

Trata-se de um período particular em que o principal foco da atuação estatal é a grande empresa mercantil colonial. Esse também é o foco de interesses da burguesia mercantil nascente. Dessa conjunção de interesses e da necessidade de agregar capitais — e, portanto, fazer apelo à poupança popular — nasce uma sociedade anônima com características muito específicas e, de certo modo, antitéticas. São elas: a função pública, a gestão privada e o interesse coletivo.

A primeira — função pública — decorre diretamente da presença estatal acima descrita. A segunda — gestão privada —, ainda que mais controversa, decorre da dominação da alta burguesia e da aristocracia a ela ligada sobre a administração das referidas companhias.<sup>10</sup> Finalmente, o in-

9. Sobre a organização da *commenda* e da *compagnia* no período medieval v. L. Goldschmidt, *Storia Universale del Diritto Commerciale*, Turim, UTET, 1913, pp. 201 e ss. e pp. 214 e ss.

10. Como bem demonstram F. Galgano (*Storia del Diritto Commerciale*, Bolonha, Il Mulino, 1976, p. 119), e A. Mignoli (“Idee e problemi nell’evoluzione della ‘company’ inglese”, in *Rivista delle*

5. R. Orestano, *I Problema Delle Persone Giuridiche in Diritto Romano*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1968.

6. M. R. Cimma, *Ricerche sulle Società di Publicani*, Milão, Giuffrè Editore, 1981, pp. 219-220.

7. É bem verdade que, como tem demonstrado a nova romanística, a imputação de direito e a limitação de responsabilidade do empreendedor era obtida através da utilização de interposta pessoa, o *schiaivo manager*. V., nesse sentido, A. Di Porto, para quem “il fenomeno dell’*exercere negotiationes per servos* svela ‘la soluzione romana’ dell’organizzazione imprenditoriale” (*Impresa Colletiva e Schiaivo “Manager”*, Milão, Giuffrè, 1984, p. 24). Esse subterfúgio, típico da mentalidade prática romana, deve aqui ser desconsiderado por não envolver ente artificial ou, na nomenclatura moderna, pessoa jurídica.

8. M. Weber, *General Economic History*, Londres, George Allen Unwin Ltd., 1923, pp. 141-142.

teresse coletivo decorre da presença do público investidor, na época formado por pequenos poupadores, atraídos pela chancela estatal dada à grande empresa.

Essa conjunção de características tão díspares é responsável pelas crises que se sucederam (algumas delas ocorrem até hoje) e também pela própria transformação histórica do sistema capitalista.

Uma primeira crise se dá entre gestão privada e interesse coletivo. Os administradores das grandes companhias coloniais, gerindo-as como coisa própria, não se preocupam, com freqüência, em dar informações as mais elementares aos acionistas. Em muitos casos, sequer se preocupam em distribuir lucros.<sup>11</sup> Ainda que geradoras de perturbações momentâneas, essas crises jamais levaram ao rompimento do sistema.

Não assim com a segunda. Trata-se da crise entre função pública e interesse privado, entre Estado e burguesia, na sociedade anônima colonial. Ao contrário da primeira, leva à mudança do sistema. No momento em que a presença do Estado se torna desnecessária para o processo de acumulação capitalista, por este se basear em mudanças no processo tecnológico produtivo e não mais em descoberta de fontes de matérias-primas ou de novos mercados, a livre iniciativa particular e não a participação estatal torna-se relevante.

*Società*, 1960, pp. 669-670) essa característica existe não apenas na grande companhia da Europa continental. Nesta, o próprio privilégio real estabelece o acesso exclusivo da burguesia à administração. Mas, mesmo nas grandes companhias inglesas tidas como mais democráticas, a gestão privada ocorre aí não por acesso privilegiado à administração, mas pela seleção da base acionária. Assim, apesar de haver amplo acesso de todos os acionistas à administração, apenas certas camadas sociais são admitidas como acionistas.

11. Paradigmático dessa fase é o caso ocorrido em 1621 com a Companhia das Índias Ocidentais holandesa. Sem distribuir lucros e em face de pedido de informações e exibição de livros por parte de seus acionistas, a administração informou que não poderia fornecê-los, pois se encontravam nas Índias e estando a Holanda em guerra com a Espanha o transporte por mar seria impossível.

Não espanta, portanto, que a Revolução Industrial traga consigo princípios societários bastantes individualistas. A sociedade passa a ser vista como coisa dos sócios. É o que prevê, por exemplo, o *Code de Commerce* francês, de 1807, ao estabelecer, entre seus princípios, a absoluta autonomia da Assembléia Geral para definir o interesse social e a organização societária interna. Essa característica perdurará por toda a primeira metade do século XIX, talvez uma das fases mais individualistas de todo o direito societário. Trata-se de um período de extremado contratualismo em matéria de sociedades anônimas, que praticamente não se repetirá na história e que permite aos controladores definir livremente não só o interesse social, mas a própria organização societária interna.

Cedo, fica bastante evidente que esse autocentrismo societário não poderia perdurar. Um mínimo de consenso interno é necessário para que a nova sociedade anônima possa atrair investimentos, necessários ao desenvolvimento tecnológico. Abre-se, então, um período de busca de consenso interno.<sup>12</sup> Isso é feito através do estabelecimento das chamadas regras plutocráticas, segundo as quais quanto maior for a participação no capital menor será o direito de voto<sup>13</sup> e de profusas regras de informação para os acionistas.

Essas regras, se têm alguma serventia para um mercado de capitais incipiente, pouco servem para resolver o problema do

12. Cf. F. Galgano, *Storia del Diritto Commerciale*, cit., p. 126.

13. V. F. Galgano, sobre a garantia de participação no processo decisório à minoria: "per garantire alle minoranze una partecipazione ai processi decisionali, misure atte ar arginare il naturale impulso di dominio dei capitali di comando, fino ad infrangere il principio *plutocratico* della proporzionalità del potere economico alla proprietà della ricchezza: il *Companies Act* inglese del 1862 (sect. 44), la legge belga del 1873 (art. 61), il codice di commercio italiano del 1882 (art. 157) introducono la norma secondo la quale l'azionista ha un voto ogni cinque azioni, ma *per quelle che possiede oltre il numero di cento ha un voto ogni vintecinqué azioni*" (*Storia del Diritto Commerciale*, cit., p. 127).

individualismo da concepção de vida econômica que então predominava e que se espalhava pelo direito societário. Pouco servem, portanto, para resolver os relevantes problemas que se avolumavam e cujas consequências em breve seriam sentidas.

#### 4. O contraponto institucionalista

A crise de 1929 e os anos de chumbo que se seguiram demonstraram várias coisas. Para o capitalismo, a insuficiência do modelo individualista; para o direito societário, a insuficiência do modelo contratualista.

A verdadeira *débâcle* social que se seguiu à crise de 1929 demonstrou que um direito societário fechado em si e restrito aos interesses dos sócios não podia fazer frente às demandas sociais, que obrigavam a todos naqueles anos difíceis.

A isso corresponde uma contestação das idéias novecentistas em duas diversas linhas principais. De um lado, passa-se a contestar o positivismo jurídico que permitia predefinir o interesse social em linha individualista. A idéia de co-obrigação de todos os entes pela questão social é, em muito, auxiliada pela difusão das idéias institucionais nos campos da filosofia do direito e do direito constitucional.<sup>14</sup>

14. Neste ponto, é fundamental deixar claro de que institucionalismo se está falando, dado o múltiplo uso feito do termo no direito e nas ciências sociais. A inspiração e razão imediata para o uso do termo institucionalismo está no institucionalismo constitucional dos juristas alemães, que construíram a teoria das garantias institucionais a partir da interpretação das cláusulas sociais da Constituição de Weimar. Destaque especial ganha, então, a obra de Carl Schmitt. Para esse autor, as garantias institucionais aparecem como o grande elemento de reconhecimento dos corpos sociais intermédios e, portanto, dos interesses supra-individuais e coletivos, reconhecidos na Constituição. Aí a grande diferença para a outra grande categoria constitucional reconhecida por C. Schmitt — os direitos fundamentais, estes sempre referidos ao indivíduo (cf. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 8ª ed., Berlim, Duncker & Humblot, 1993, pp. 170 e ss.). Note-se que para poder estabelecer essa distinção, Schmitt faz um lon-

No direito societário, essas idéias são introduzidas pelo trabalho de um economista alemão, W. Rathenau que, em trabalho hoje clássico,<sup>15</sup> identifica o interesse social ao interesse público, verdadeira substituição do Estado, que deveria ser operada pela empresa privada. Essa concepção, perfeitamente compreensível para seu tempo, cedo demonstrou suas inconsistências.

A aplicação prática de princípios tão idealistas não foi, entretanto, muito feliz. Sua adoção pela lei alemã de 1937 levou a uma identificação do interesse social a um vago e mal definido interesse público. Mas, mais do que isso, encarregou a administração, intimamente vinculada ao controlador, de perseguir tal interesse. Para isso enfra-

go, tortuoso e nem sempre coerente percurso filosófico que precisa ser mencionado. Apesar de grande mentor do institucionalismo constitucional, ele não adere totalmente ao institucionalismo filosófico-sociológico. Em geral adepto do decisionismo (forma encontrada para se opor ao positivismo sem se desvincular do dogma estatal, o que o levará mais tarde para as mãos da doutrina nazista), Schmitt só faz concessões ao institucionalismo filosófico na medida necessária para compatibilizá-lo com seu institucionalismo constitucional. Assim, rejeita o sociologismo de Hauriou e aceita apenas em parte o institucionalismo de Santi Romano, rejeitando, sobretudo, o pluralismo por esse autor reconhecido de fontes do direito (v. a respeito de C. Schmitt e o institucionalismo a importante obra de R. Porto Macedo, *C. Schmitt e a Fundamentação do Direito — A Formação do Decisionismo Institucionalista Schmittiano entre os Anos 1920 e 1940*, São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 98 e ss.). É fundamental notar, no entanto, que é exatamente no pluralismo de Santi Romano que está a justificação lógica mais consistente para o institucionalismo constitucional (v. a bela exposição desse pluralismo em Santi Romano, *L'Ordinamento Giuridico*, 2ª ed., Florença, Sansoni, 1946, pp. 35 e ss.). Não é possível reconhecer garantias a certas instituições (famílias, comunidades locais, sindicatos) sem reconhecer que desses corpos sociais vêm influxos sociais e comportamentais importantes para a formação do direito. O momento em que esses influxos se tornam jurídicos é menos importante para a reflexão presente. O importante é que existem, são socialmente aceitos e acabam por ter reconhecimento jurídico.

15. "La realtà della società per azioni — Riflessione suggerite dall'esperienza degli affari", in *Rivista delle Società*, ano V, fasc. 4-5, jul./out. 1960.

queceu a Assembléia Geral e, conseqüentemente, os acionistas minoritários.

Os resultados não foram nada animadores. O controlador fortaleceu-se e pode tudo fazer em nome do mal definido interesse público. A concentração de poder e influência empresarial que se seguiu foi bem aproveitada pelo esforço de guerra nazista.

Não por acaso, portanto, a lei alemã de 1965 fez meia-volta, revitalizando a Assembléia e os acionistas minoritários.

### 5. Conclusão parcial

A análise histórica nos permitiu uma maior aproximação da realidade e das insuficiências dos respectivos modelos. O contratualista, por seu autocentrismo e preocupação exclusiva com o interesse dos sócios, e o institucionalista por seu publicismo meramente principiológico e mal definido.

Não por acaso, a evolução dogmática posterior de ambas as teorias procura remediar essas insuficiências. É à avaliação crítica dessas tentativas que se dedicará o tópico a seguir.

## II — Relações internas

### 1. Institucionalismo "vs." Contratualismo

Em face dos insucessos pretéritos, ambos os sistemas, tanto o institucionalista quanto o contratualista saem, em sua evolução dogmática do século XX, em busca de novos consensos.<sup>16</sup>

#### a) Institucionalismo

No institucionalismo essa busca leva a resultados muito satisfatórios do ponto de

16. O termo é usado por F. Galgano (*Storia del Diritto Commerciale*, cit., p. 135) para descrever a evolução do institucionalismo alemão. Como se verá, entretanto, essa mesma descrição é aplicável, em certa medida e por outras razões, ao contratualismo.

vista social e societário, ainda que deixe várias questões a serem resolvidas.

O exemplo é ainda aqui a Alemanha, berço e escola do modelo institucional. No imediato pós-guerra, a idéia, influente também para o direito societário, é a de desconstrução dos centros de poder. Um deles — talvez o mais forte — é exatamente o poder empresarial.

Fazê-lo implicava repensar o modelo empresarial alemão, fortemente baseado em estruturas de poder concentrado. Isso se fez através de modelo muito interessante de ser observado, sobretudo da perspectiva brasileira, a participação operária nos Conselhos de Supervisão (*Aufsichtsrat*) das empresas alemãs. Esse modelo, mais do que forma de alterar a estrutura empresarial, serviu como potente incentivador de um pacto capital-trabalho e do desenvolvimento industrial alemão na segunda metade do século XX. Iniciou-se com a lei *MontanMitbestG* de 1951, atingindo seu ponto avançado com a lei *Mitbestimmungsgesetz* de 1976.

Hoje, o modelo de participação operária, ainda que criticado nos círculos neoliberais mais tradicionais,<sup>17</sup> tem seus

17. No plano das conseqüências econômico-jurídicas, a co-participação germânica tem sido criticada por literatura de forte viés neoclássico. Estudos de *corporate governance* enumeram quatro características negativas dos órgãos de representação: grande tamanho (enquanto seriam desejáveis órgãos compostos de número reduzido de representantes, com subcomitês especializados); encontros pouco freqüentes; pequeno fluxo de informações e altos índices de conflitos de interesses. As principais conseqüências desse conjunto de fatores seriam a vagarosidade e burocratização das decisões e aumento de custos para a empresa. Aliada à tradição concentracionista das empresas alemãs, o sistema de co-gestão administrativa seria também causa da fragilidade do mercado acionário alemão (para maior detalhamento, v. M. J. Roe, "German co-determination and german securities markets", in *Columbia Journal of European Law* 5/199-202 e 209-211, 1999). Esse tipo de crítica, de forte viés neoclássico, claramente subestima o valor da cooperação capital — trabalho na eficiência empresarial, e na criação de uma estrutura administrativa profissional em uma realidade econômica concentrada (onde o controlador tem poder incontestável), como é o caso da realidade alemã e brasileira.



méritos mais do que comprovados.<sup>18</sup> Do ponto de vista societário operou uma importante transformação da concepção institucional. Da visão clássica, genérica e pouco aplicativa, passou-se a um institucionalismo integracionista, cujos objetivos societários supraindividuais se revelam na integração concreta (e não em princípios mal definidos) dos interesses dos trabalhadores na estrutura de poder societário.

Mas é exatamente essa integração concreta que coloca uma questão séria e importante, a exigir reflexão doutrinária mais profunda: por que só os interesses dos trabalhadores merecem essa atenção? Uma visão que se pretenda não individualista da realidade societária deve, necessariamente, ter em conta os vários interesses envolvidos pelas estruturas empresariais de porte: interesses de consumidores, concorrentes, comunidade afetada por consequências ambientais da atividade empresarial etc. Quais os critérios para identificar quais podem ser tutelados internamente e quais devem permanecer externos à sociedade, com disciplina própria.

À resposta a essas perguntas, dedicar-se-ão os esforços da teoria organizativa, verdadeiro complemento e ampliação das idéias do institucionalismo integracionista. A ela será dedicado o item 3 abaixo.

18. É interessante observar a avaliação fortemente positiva feita por Comissão de Professores que realizam a avaliação dos efeitos da *Mitbestimmung* para o governo alemão. Entre as principais vantagens mencionadas destacam-se: os efeitos positivos para a eficiência das empresas decorrentes da cooperação capital trabalho (*Produktivität der Kooperation*) e a introdução de formas de gestão não-hierárquicas e baseadas em constante fluxos de informação. A conclusão é que, "Die zukünftige Entwicklung der Mitbestimmung muß dem Leitbild einer kooperativen, dezentralisierten, beteiligungsorientierten und informationsintensiven Unternehmenskultur verpflichtet sein" (v. "Bericht der Kommission Mitbestimmung", Bonn, entregue em 19.5.1998, realizada por um grupo de Professores coordenado por W. Streeck, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung).

## b) Contratualismo

Como dito acima, o contratualismo também sofre profunda revisão crítica. Só que, aqui, os resultados são bem mais parcos e indesejáveis, talvez porque a revisão tenha seguido orientação filosófica oposta à do institucionalismo.

Esse último busca escapar de qualquer predefinição do interesse social, procurando integrar interesses que possam levar a uma definição mais ampla e compreensiva do interesse social. Já o primeiro tenta, como se verá, uma definição absoluta e definitiva do interesse social.

As correntes contratualistas modernas criticam a liberdade atribuída pelos contratualistas clássicos aos acionistas para definição do interesse social. Afirma-se que essa liberdade não é compatível com a existência do mercado de capitais, que pressupõe a existência de acionista futuro e incerto.

É com esse acionista que se busca novo consenso, procurando-se agora não apenas predefinir as regras de organização interna da sociedade, como tinha sido feito na segunda metade do século XIX mas, sim, predefinir, e se possível positivar, o próprio conceito de interesse social.

Para tanto, lança-se mão do conceito de maximização do valor das ações. Tal idéia, cara aos neoclássicos americanos,<sup>19</sup> seduz também os contratualistas clássicos.<sup>20</sup> Essa passa a ser a definição última do conceito de interesse social, além do qual não haveria desenvolvimento possível para o direito societário.

Dessa última afirmação advém a primeira fraqueza, óbvia, dessa concepção.

19. H. Hansmann e R. Kraakman, "The end of history of corporate law", in *Georgetown Law Journal* 89/439 e ss., 2001.

20. V., sobre a concepção de interesse social na teoria contratualista, P. G. Jaeger, *L'Interesse Sociale*, Milão, Giuffrè, 1964, bem como sua revisão pelo mesmo autor em "L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)", in *Giurisprudenza Commerciale*, Parte I, pp. 795 e ss., 2000.



Como toda tentativa de predefinição, engessa e limita o desenvolvimento científico. O próprio título do artigo de H. Hansmann e R. Kraakman, ao mesmo tempo pretensioso e talvez por isso mesmo pueril, é boa demonstração desse risco.

Mas não é só. Tal definição do interesse social — exatamente por permanecer autocentrada — acaba por favorecer um único tipo de comportamento, a especulação. Não é de se esquecer que a definição de interesse social é parâmetro para a atuação de acionistas e administradores. Afirmar que o interesse social reduz-se ao interesse à maximização do valor das ações implica justificar atuação de administradores e acionistas que visem exclusivamente esse objetivo, inclusive àqueles que impliquem manobras especulativas.

Em presença de tal justificativa, não são de espantar os recentes escândalos societários no mercado de capitais. Esses escândalos societários — de resto não são novos — repetem-se ciclicamente desde o *South Sea Bubble* de 1720 na Inglaterra<sup>21</sup> e revelam a absoluta incapacidade da legislação de mercado de capitais de prevenir grandes prejuízos aos investidores. Essa incapacidade não deriva de insuficiências próprias, mas da incoerência da concepção societária contratualista, que continua a estimular especulação e não a permanência na empresa.

Foi o que ocorreu nos recentes grandes escândalos especulativos norte-americanos (Enron e outros). Ali, a extremada concepção contratualista, além de influenciar a definição do interesse social, ajuda a determinar a própria remuneração dos administradores, consistente basicamente em opções de compra de ações. Isso significa que tanto maior será o ganho do administrador quanto maior for o valor — real ou artificial — das ações. Toda a filosofia e organização societária gira, portanto, em

torno da idéia, especulativa, de maximização do valor das ações. O estímulo à criação artificial de valor decorre diretamente dessas características societárias e não de falhas na legislação de mercado de capitais.

## 2. A situação no Brasil

Toda essa discussão — e também disfunção societária — faz-se sentir na realidade brasileira.

Pode-se dizer, sem medo de errar, que a sociedade anônima brasileira vive entre o institucionalismo e o contratualismo — um institucionalismo de princípios e um contratualismo de fato.

O institucionalismo principiológico está consagrado no art. 116, parágrafo único, da lei societária, na famosa enumeração de deveres do controlador perante os trabalhadores, a comunidade em que atua e os acionistas minoritários. À primeira vista, parece ser uma definição em linha com as idéias organizativas e do institucionalismo integracionista mais moderno.

Um olhar mais atento revela, no entanto, vários problemas. Em primeiro lugar e estranhamente, os deveres são atribuídos ao controlador e, não como seria de esperar, à pessoa jurídica, a quem incumbem os deveres institucionais. Essa característica já é uma importante revelação do poder atribuído ao controlador e cria um problema prático sério: que princípios estariam então a orientar o comportamento dos administradores e demais acionistas.

Ora, é exatamente a regra de orientação do comportamento dos administradores que aumenta o grau de confusão e incerteza, pois o art. 154 ao se referir aos deveres dos administradores faz alusão à persecução do bem público. Retornando à dicotomia exposta na introdução, enquanto o art. 116 parece se referir a interesses de grupos sociais específicos envolvidos pela sociedade, o art. 154 dá a idéia que o objetivo é o interesse de todos, i.e., o interesse público.

21. V., sobre o caso, A. Berle e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, The Macmillan Company, 1940, p. 131.

Essas incertezas interpretativas dão grande margem de manobra ao controlador e, ao invés de limitar, bem à imagem da lei alemã de 1937, só fazem por aumentar seu poder.

De outro lado, a grande maioria das regras operativas da lei societária brasileira denota um forte contratualismo de fato. De um lado, há regras que reforçam grandemente o poder do controlador. No tratamento do controlador a lei societária procurou ser realista e não idealista. Assim, reconheceu a realidade de poder e até a reforçou. É o que ocorre com o reconhecimento do acordo de acionistas e de sua eficácia, quase real, perante terceiros.<sup>22</sup> A recente mudança societária só fez reforçar essa característica, emoldurando ainda mais a realidade parassocietária do acordo de acionistas<sup>23</sup> e do poder de controle.

Aqui, portanto, o velho contratualismo clássico que reconhece e reforça o poder organizativo do acionista controlador parece estar de volta, a ponto de permitir a organização da sociedade em instâncias extra-societárias.

De outro lado, quando se trata dos demais acionistas minoritários, a lei parece se preocupar apenas com o seu momento de saída. Daí porque já se lhes ter dado a alcunha de minoritários externos. Todas as regras, bem em linha com a visão moderna do contratualismo, protegem o valor das ações no momento da saída. Desde a edição da Lei, em 1976, o vai-e-vêm nas regras de proteção aos minoritários nunca passou das garantias de informação e de proteção do valor das ações na saída. Vejam-se as tão debatidas e recentemente reforçadas regras sobre fechamento de capi-

tal (arts. 4º e 4º-A), oferta pública de aquisição de controle (art. 254-A) e direito de retirada (art. 137). Em todos esses casos, optou-se por, ao invés de aumentar a influência política do minoritário, proteger-lhe o valor das ações na saída.

Não é de espantar, portanto, que o perfil típico do minoritário brasileiro seja o do especulador, que entra na sociedade já com a perspectiva e a expectativa da saída. Não apenas ao minoritário não é dado qualquer direito a participar da sociedade, como é forte o estímulo para que saia. Como nenhum mercado de capitais pode se desenvolver à base de especuladores, não parece haver esperança de salvação para o mercado de capitais brasileiro sem uma profunda revisão de nossa concepção societária.

É o que procuram fazer, por exemplo, ainda que incipientemente, as regras do Novo Mercado da Bovespa. Através da criação de um tipo único de acionista com poder político, permitir a volta da confiança societária ao nosso mercado. Mas para isso, do ponto de vista dogmático não basta resolver a situação interna da sociedade. É preciso ainda tentar dar um passo adiante. É o que se fará a seguir.

### 3. A teoria organizativa

Todas as insuficiências até aqui detectadas sugerem a necessidade de uma visão mais abrangente, capaz de captar os vários interesses envolvidos na sociedade anônima sem pré-definições que impeçam a evolução do sistema.

Para tanto, duas noções, ambas bem conhecidas, são úteis para encaminhar a análise.

A primeira, a famosa idéia coasiana<sup>24</sup> da empresa como feixe de relações jurídicas ou um feixe de interesses.

22. Ver a crítica dessa característica em G. Oppo, "Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società", in *O Novo delle Società — Scritti Giuridici*, II, Pádua, Cedam, 1992, p. 180.

23. V. para uma avaliação mais detalhada dessas regras e seus efeitos "Acordo de acionistas como instância da estrutura societária", in *O Novo Direito Societário*, 2ª ed., Malheiros Editores, 2002, pp. 106 e ss.

24. R. H. Coase, "The nature of the firm", in *The Firm, the Market and the Law*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1988.

A segunda, a também conhecida e resiliente construção do contrato de sociedade como um contrato-organização,<sup>25</sup> que visa não a dar guarida a diferentes interesses ordenados a um fim, mas sim organizar tais relações em prol de um interesse societário destacável do individual.

Ora, não é difícil daí derivar uma noção procedimental da sociedade e do interesse social. O objetivo maior de qualquer estrutura societária parece ser, então, reconhecer e internalizar interesses envolvidos pela sociedade e assegurar regras que permitam a composição de conflitos entre esses vários interesses. Em presença de uma tal definição procedimental não é difícil que a discussão se desloque da definição do interesse social (entre público e privado) para outras, mais aplicativas e prementes, como a distinção dos interesses interiorizáveis dos não interiorizáveis e a identificação da disciplina a aplicar a estes e àqueles.

#### a) Interesses interiorizáveis

A primeira grande questão a ser resolvida pela proposta societária organizativa está exatamente na determinação dos interesses que podem ou não ser interiorizados.

A lei não contém critérios teóricos gerais definitivos que possam responder essa questão. A análise empírica de cada interesse específico envolvido e de sua relação momentânea com os interesses societários é fundamental. Bom exemplo disso é a própria lei de participação operária alemã, que surgiu em um momento histórico de grande interdependência entre empresas e trabalhadores. Foi essa interdependência, mais do que qualquer preocupação teórica, que determinou a introdução do sistema de participação operária, apesar das resistências ideológicas existentes.

É possível, no entanto, tentar identificar critérios gerais, indicativos de maior ou menor probabilidade de obtenção de bons resultados com a internalização, critérios

que podem servir para iluminar a análise empírica de cada relação específica de interesses.

Para tanto, os critérios gerais a serem utilizados são aqueles sugeridos pela teoria da cooperação. A razão é simples. Exatamente por partir do pressuposto de que o objetivo das estruturas societárias é organizar interesses, eliminando os conflitos existentes, fundamental é ao menos a possibilidade de cooperação entre os interesses envolvidos. A moderna teoria da cooperação sugere três critérios bem simples e até intuitivos, ainda que bastante genéricos, para determinar essa possibilidade: continuidade da relação, pequenos números e boa quantidade de informação.<sup>26</sup> Essas três características, tomadas em seu conjunto, são capazes de garantir a interdependência e a confiança recíproca necessárias para a cooperação.

Não é de espantar, portanto, que a conjugação e cooperação de vários interesses internos à sociedade tenham ocorrido voluntariamente exatamente nas hipóteses em que a cooperação era possível.

Tome-se, por exemplo, o caso das cooperativas de produtores agrícolas nos EUA que acabaram por dominar parte substancial do mercado de insumos agrícolas (27%). Essa aquisição voluntária deveu-se à grande dependência e necessidade da constante relação econômica entre produtores de insumos e seus consumidores (produtores agrícolas) fazendo com que os últimos finalmente optassem pela aquisição. Assim, interesses de consumidores acabaram por adentrar a sociedade via aquisição acionária.

Outro exemplo, da experiência brasileira, bem demonstra a relação entre os requisitos para a cooperação e a internalização de interesses externos à sociedade. Trata-se de notícia publicada no jornal *Valor Econômico*, de 21.5.2002, dando conta

25. P. Ferro-Luzzi, *I Contratti Organizzativi*, Milão, Giuffrè, 1976.

26. R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, Nova Iorque, Basic Books, 1984, pp. 129 e ss.

da aquisição por empregados de empresas em estado pré-falimentar, como forma de salvação (o caso mais conhecido citado é o da indústria de lavadoras "Enxuta"). Em situações de crise, só aqueles interesses mais dependentes e constantemente relacionados com a sociedade se dispõem a salvá-la, internalizando-se.

Todos esses exemplos demonstram a possibilidade de cooperação dos respectivos grupos de interesses com os interesses típicos de grupos internos à sociedade, como os acionistas, exatamente pela existência de dependência recíproca.

Dadas essas premissas, que sugerem fortemente o reconhecimento interno de interesses tão interdependentes com os societários, como o dos trabalhadores e consumidores, um dos novos grandes campos da investigação societária se torna a determinação das condições concretas para essa internalização e o estudo dos demais interesses, verificando se é mais conveniente sua internalização.

É sempre bom lembrar, de outra parte, que qualquer teoria organizativa coerente tem de ver na disciplina externa do interesse uma forma complementar de eliminação de conflitos. Assim, a regulação aparece na teoria organizativa como uma forma importante de promoção de cooperação com os interesses não interiorizáveis. A esse aspecto se retornará mais adiante, no item III.

#### b) Disciplina aplicável

Outro aspecto fundamental do estudo dentro de uma perspectiva organizativa deve ser com a disciplina. Sem ela é impossível até mesmo aprofundar qualquer discussão sobre o tópico anterior, i.e., interesses a serem internalizados.

Dentre os vários possíveis aspectos da disciplina, mencionam-se aqui dois.

Em primeiro lugar, a questão do conflito de interesses. Na perspectiva organizativa este assume uma função completamente nova e bem mais importante. Trata-se do instrumento mais importante de de-

puração dos interesses individuais dos sócios, permitindo a convivência e a cooperação societária.

Para tanto, ao contrário do que vem sendo a interpretação do art. 115, § 1º, da Lei das Sociedades Anônimas, é preciso reforçar a idéia de conflito de interesses formal. Em presença de uma definição procedimental do conflito de interesses como é a organizativa torna-se inútil qualquer definição que exija a pré-definição do interesse social. É claramente o que ocorre com a concepção material, que só pode ser aplicada comparando em cada caso o interesse do sócio com o interesse da sociedade.

Ora, a interpretação organizativa, além da conveniência teórica, implica nada mais que dar valor à letra do art. 115, § 1º, da lei societária, expresso ao afirmar que não pode participar da deliberação acionista com qualquer interesse especial no negócio de deliberação. Trata-se, portanto, de proibição de participação a não participação controlada pela regra de conflito de interesses material. Mas não só gramatical é a interpretação. Também teleológica. Basta observar a já mencionada dicção claramente organizativa do art. 116 da mesma lei.

Segundo aspecto relevante está nas próprias regras de participação interna. Aqui, ao contrário do sistema de conflito de interesses, a lei não parece oferecer material suficiente para uma interpretação dogmática construtiva. Mesmo as inovações trazidas pela recente mudança legislativa (Lei 10.303/2001) nada trazem de significativo. A nova regra de participação dos minoritários no Conselho de Administração (art. 141) sistematicamente deve ser considerada como mero direito de informação do minoritário, já que não lhe permite qualquer interferência real no processo de decisão societária.

#### 4. Conclusão parcial

A conclusão parcial a ser retirada da análise das relações internas para o tema do interesse social é clara.



De um lado, evidencia-se a falência dos modelos pré-definicionistas, tanto contratualista quanto institucionalista, que estancaram a evolução e ajudaram a disparar crises nos sistemas empresariais em que conviviam.

De outro, destaca-se a visão procedimental, preocupada com os interesses afetados pela sociedade e com a forma mais eficaz de integrá-los.

Daí parece resultar a crítica à dicotomia proposta entre interesse público e privado. Nenhum deles parece bem traduzir a realidade societária, que exige compreensão e consideração de interesses individuais e coletivos afetados pela sociedade anônima.

### III — *Relações externas*

Na discussão dos interesses envolvidos pela sociedade anônima, tão importante quanto as relações internas são as relações externas.

Até porque, como visto há pouco, a regulamentação externa, na perspectiva organizativa, nada mais é que a outra face ou o complemento da disciplina interna.

#### 1. *Momento de reconhecimento de relevância externa da sociedade*

Para entendermos bem a extensão e efeitos da disciplina das relações externas é preciso destacar momentos diversos do reconhecimento da relevância externa e seus relacionamentos com as respectivas concepções dos interesses societários.

Não há dúvidas que a primeira manifestação do reconhecimento externo da personalidade jurídica está no reconhecimento da personalidade jurídica. Desde as origens ligada ao reconhecimento de uma função pública à sociedade anônima<sup>27</sup> a questão da personalidade jurídica só se entrela-

ça com o interesse social na pandectística. As duas teorias que surgem para justificar o reconhecimento de personalidade jurídica a entes artificiais fazem uso das teorias sobre interesse social. De um lado, a teoria ficcionista de Savigny sobre a compreensão positivista da realidade jurídica, aceitando a explicação contratualista para a sociedade. De outro, a teoria realista de Gierke é precursora evidente da explicação institucionalista do interesse social, na medida em que entrevê na sociedade uma realidade, destacado dos interesses de seus membros. Não é no reconhecimento da personalidade jurídica, portanto, que se pode encontrar qualquer indício para a resolução do problema do interesse social. Ambas teorias sobre interesse social podem ser, e efetivamente foram, utilizadas para embasar o reconhecimento da personalidade jurídica.

Tampouco aquilo que se pode caracterizar como segundo momento relevante de reconhecimento da relevância externa da sociedade, i.e., sua inserção em um mercado de capitais, possibilita bem distinguir os interesses. E note-se que isso seria de se esperar. Ao se falar em mercado de capitais, o interesse afetado não é mais apenas do comerciante, que tem interesse no regime de direitos e deveres daquele com quem contrata, i.e., lhe é relevante a personalidade jurídica. O interesse afetado é agora o de milhares de investidores e da própria poupança popular. Seria de se esperar uma clara definição do interesse social. Não é o que ocorre, no entanto. Tanto a explicação privatista quanto a publicista foram efetivamente adaptadas para atender o mesmo objetivo: justificar a proteção dos interesses dos investidores. Na concepção privatista o interesse social é identificado ao interesse à maximização dos lucros. Na publicista, a abrangência do termo *interesse público* permite facilmente incluir a proteção do investidor.

Isso não significa que a existência e reconhecimento societário do mercado de capitais não tenha levado a conquistas importantes. Uma delas é o reconhecimento

27. R. Orestano, *I Problema delle Persone Giuridiche in Diritto Romano*, Turim, cit., pp. 79 e ss.



da necessidade de existência de controle social sobre as sociedades anônimas.<sup>28</sup> Através de regras que lhes exigem regras crescentes de transparência e cumprimento de regras éticas de mercado. Essa admissão necessária do controle social abre as portas para o reconhecimento de uma terceira e mais penetrante forma de relevância externa da sociedade, que permite uma compreensão bem mais precisa dos interesses envolvidos pela sociedade anônima.

## 2. Função social da empresa

A função social da empresa, terceiro degrau de seu reconhecimento externo, tem origens históricas muito interessantes.

A menção mais influente à expressão *função social* refere-se originalmente à propriedade. Trata-se da famosa fórmula do art. 153 da Constituição de Weimar, *Eigentum verpflichtet* (a propriedade obriga).

Cedo fica evidente, na própria teoria constitucional, que a abrangência do termo tinha de ser ampliada. No campo empresarial, em virtude da influência e relevância para a vida social, essa ampliação é fundamental. É interessante notar que na teoria constitucional a função social passa então a justificar a própria atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas. Assim é que no direito alemão o reconhecimento e atribuição da liberdade de associação à pessoa jurídica (como forma de proteção contra a dissolução imotivada) tem historicamente como contrapartida o reconhecimento de sua função social.<sup>29</sup> O ponto alto e

efeito mais significativo dessa evolução está, sem dúvida, no famoso *Mitbestimmungsurteil*, em que o Tribunal Constitucional alemão reconheceu a constitucionalidade das leis de participação operária nas grandes empresas alemãs.<sup>30</sup>

No Brasil, a idéia da função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, III). Estendida à empresa<sup>31</sup> a idéia de função social da empresa é uma das noções de talvez mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da “regulamentação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental.

Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais.

Os exemplos se multiplicam. Não é este o local adequado para descrevê-los em detalhes, mas apenas na medida suficiente para demonstrar a ligação com a idéia central da função social. Assim é que no direito antitruste a idéia de repressão ao abuso de preços (art. 21 da Lei 8.884/1994) transformou-se em verdadeira obrigação positiva do monopolista de praticar preços competitivos.<sup>32</sup> No direito do consumidor a ver-

28. V. L. G. P. B. Leães, sobre a originalidade da introdução do método do *disclosure* na legislação norte-americana nos anos de 1933 e 1934 e, mais tarde no Brasil, em 1964, como instrumento de controle social consistente na “revelação completa e honesta de informações (*full and fair disclosure*)”. O *disclosure*, segundo o autor, é conceito nuclear em torno do qual gravita “toda a legislação reguladora do mercado primário e secundário de valores” ( *Mercado de Capitais & “Insider Trading”*, São Paulo, Ed. RT, 1982, pp. 16 e 18).

29. H. Wiedmann, *Gesellschaftsrecht*, Munique, Beck, 1980, p. 666.

30. “Mitbestimmungsurteil”, in *BVerfGE* 50, p. 290 (354).

31. Cf. F. K. Comparato, “Função social da propriedade dos bens de produção”, in *RDM* 63/71 e ss., 1983.

32. C. Salomão Filho, “Tratamento jurídico dos monopólios em setores regulados e não regulados”, in *Regulação e Concorrência — Estudos e Pareceres*, São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

dadeira revolução causada pela nova disciplina de responsabilidade pelos vícios do produto (art. 18 da Lei 8.078/1990) significa nada mais nada menos que estabelecer garantia legal adicional à garantia contratual em benefício do consumidor.

Finalmente, no direito ambiental, a idéia capelettiana de recuperação dos prejuízos causados ainda que não haja dano sofrido (art. 225, § 2<sup>a</sup> da Constituição Federal) é corolário da concepção da função social como deveres positivos e não mera obrigação de abstenção. Na prática, levou ao estabelecimento de diversas obrigações pontuais para as empresas, como obrigação de tratamento de resíduos sólidos, reciclagem de pilhas e pneumáticos etc. (Resoluções CONAMA 283, 257, e 258).

### 3. Conclusão parcial

Também a análise das relações externas leva a ter dúvidas sobre a precisão da dicotomia interesse público e privado. Como foi visto, a afirmação da função social da empresa não levou à substituição do Estado pela empresa privada, ente não apto a assumir funções públicas, e nem pode ser causa ou estímulo para retração do Estado, como em certo momento chegou a temer a doutrina.<sup>33</sup> Leva isso sim ao estabelecimento de uma série de deveres positivos desta em relação aos grupos sociais de interesses por ela afetados.

Interesses afetados, individuais, coletivos e grupais parecem, portanto, estar a limitar objetivos individualistas dos sócios.

## IV — Conclusão

Em todas as perspectivas acima estudadas, a questão dos interesses em jogo na sociedade anônima parece ter revelado importantes insuficiências na redução de seu conceito à identificação ao interesse público ou privado.

33. F. K. Comparato, "Estado, empresa e função social", in *RT* 732/38 e ss., 1996.

Os problemas específicos de cada uma das hipóteses de definição do interesse social parece ter demonstrado que é necessário rever essa dicotomia. Presente e atuante em um ambiente econômico em que desempenha crescente influência, é premente estudar como a sociedade anônima interage com os interesses que a circundam. Daí ser preciso abrir nova e instigante linha de pesquisa, direcionada a identificar que interesses podem ser interiorizados e quais devem ser os interesses a permanecer externos, protegidos por regulamentação específica.

Essa nova dicotomia tem fundamento econômico e jurídico. O econômico é bem destacado pela crítica histórica. A necessária marcha do sistema econômico em busca de novos consensos sociais que incluam (ao invés de excluir) todos os agentes sociais é e continuará a ser um grande desafio econômico e social. O direito societário não deve permanecer a ele alheio.

Do ponto de vista jurídico, a concepção da sociedade como forma de organização de interesses em jogo também sugere a discussão da possibilidade ou não de sua integração interna.

É preciso reconhecer que essas idéias não são prevalentes no direito societário brasileiro. Por outro lado, é de se esperar que cresça a aceitação, teórica e prática dessas idéias. Essa tarefa, ao mesmo tempo introspectiva e prospectiva é, de resto, o objetivo mais importante da doutrina jurídica, ciência do passado e do futuro, não necessariamente do presente.<sup>34</sup>

34. Essas famosas palavras, utilizadas por F. Wieacker, para descrever os juristas alemães do século passado, bem servem como idéia geral sobre os deveres do jurista (cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 456, adaptando as palavras de F. Nietzsche, "sie sind von Vorgestern und von Übermorgen — sie haben noch kein Heute", *Jenseits von Gut und Böse — Vorspiel einer Philosophie der Zukunft*, Munique, Deustcher Taschenbuch Verlag, 1988, p. 180).