



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Teresa Cristina Gonçalves Pantoja

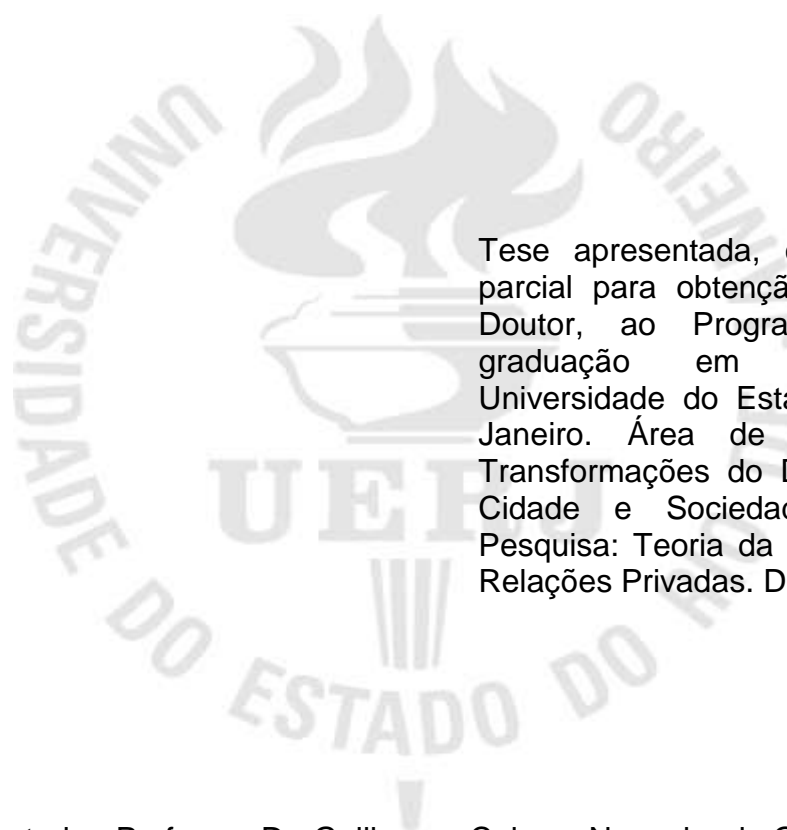
**A função social da empresa na leitura civil-constitucional: um
paradigma emergente**

Rio de Janeiro

2013

Teresa Cristina Gonçalves Pantoja

**A função social da empresa na leitura civil-constitucional: um
paradigma emergente**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de Pesquisa: Teoria da Interpretação e Relações Privadas. Direito Civil.

Orientador: Professor Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P198 Pantoja, Teresa Cristina Gonçalves.

A função social da empresa na leitura civil- constitucional: um paradigma emergente / Teresa Cristina Gonçalves. Pantoja. – 2013.
291 f.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama.
Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito empresarial – Teses. 2. Governança corporativa - Teses. 3. Direito civil - Teses. I. Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.72

Bibliotecária Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Teresa Cristina G. Pantoja

A Função Social da Empresa na Leitura Civil-Constitucional: um Paradigma Emergente

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de Pesquisa: Direito Civil.

Aprovada em 08 de janeiro de 2013.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Ricardo Cesar Pereira Lira
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. André Jean Arnaud
Centre de Théorie du Droit da Université de Paris X

Prof. Dr. Theophilo de Azeredo Santos
ICC Brasil – Câmara do Comércio Internacional

Rio de Janeiro
2013

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha constelação predileta: Teresa Maurea, Maria Cristina e Mauricio – e às estrelas que virão.

AGRADECIMENTOS

Sou profundamente grata a meu orientador, Prof. Doutor Guilherme Calmon Nogueira da Gama, por sua paciência e gentileza – que, somadas a uma sensibilidade jurídica invulgar, fazem-no um mestre culto, atento e cordial.

Sou também grata à Universidade do Estado do Rio de Janeiro - com sua plêiade de talentos.

Agradeço, enfim, a meus queridos alunos da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – com os quais, com alegria, muito aprendi ao longo de quase três décadas.

RESUMO

PANTOJA, Teresa Cristina G. *A Função Social da Empresa na Leitura Civil-Constitucional: um Paradigma Emergente*. 2013. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Estudando a *função social da empresa*, categoria estabelecida pela Constituição Federal de 1946 com relação ao direito de propriedade em geral e reiterada de maneira mais específica na Constituição de 1988, e adotando um método interpretativo de índole civil-constitucional, a autora examina as diversas funcionalidades do Capital Social das grandes sociedades empresárias e, passando pelos princípios de governança corporativa e pelas certificações internacionais, conclui pela existência de um novo paradigma de eficácia da funcionalização social das estruturas empresárias: o da convergência dos sistemas do Direito Civil e da *Common Law*. A pesquisa apresenta três casos-referência, a partir dos quais se verifica que o próprio mercado, os consumidores e os detentores de legítimo interesse vêm contribuindo para o desenho dessa funcionalidade, sob a forma de padrões de procedimento, exigíveis dos controladores e dos administradores de grandes sociedades empresárias.

Palavras-chave: Função social da empresa. Governança corporativa. Certificações internacionais. Direito anglo-saxônico. Direito civil. Convergência dos sistemas jurídicos. Direito empresarial.

ABSTRACT

PANTOJA, Teresa Cristina G. *Functional perspectives of an incorporated business venture vis-à-vis the social context: an emerging paradigm*. 2013. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2013.

Many contemporary authors have studied one or other legal creation, aiming at understanding their relevant function, from a social standpoint. This has also been the case with the so-called enterprise, i.e., *the incorporated business venture*. Brazilian Law, however, does not comprise a uniform legal standard for the definition of such an entity. There are indeed many legal ways in which to envision an incorporated business venture. Contemporary research methods combining Civil and Constitutional criteria point at some recent developments of the functional perspectives of an incorporated business venture vis-à-vis the social context. Such recent developments involve a noticeable convergence of the civil legal system towards common law, and vice-versa. Managerial mechanisms of a legal nature brought forth by principles of corporate governance were also taken into consideration in this study, and three reference cases were selected and studied to witness such a migration of these two prevailing legal systems towards one another, as well as to witness an emerging paradigm of effectiveness of the social functionalities of the incorporated business entity – as dictated by the Brazilian Constitution dated 1946 in relation to property rights in general, and as more clearly emphasized by the Federal Constitution dated 1988.

Keywords: Corporate governance. Incorporated business ventures. International certifications. Corporate management. Common law. Civil law. Business law.

RÉSUMÉ

PANTOJA, Teresa Cristina G. *La fonction sociale de l'entreprise: un nouveau paradigme*. 2013. 291 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

En étudiant la fonction sociale des entreprises, catégorie établie par la Constitution Fédérale du Brésil dans l'an 1946 par rapport aux droits de la propriété et en suite renouvelée et renforcée par la Constitution la plus récente, celle de l'an 1988 – et en essayant de l'encadrer dans une ligne d'interprétation plus conforme à la méthode connue comme civile-constitutionnelle (c'est-à-dire, à une façon de construire le Droit Civil sous l'égide des principes strictement dérivés des règles constitutionnelles), ce travail-ci présente le nouveau paradigme de la convergence – ou migration réciproque – des systèmes juridiques de la *common law* et du Droit civil. La recherche faite s'est développée surtout à l'égard des différents rôles du Capital Social dans le règlement général des entreprises au Brésil et a compris aussi une évaluation des principes de la gouvernance des entreprises, auxquels les entrepreneurs brésiliens volontairement se soumettent. Trois exemples pratiques ont été offerts et discutés. En guise de conclusion, l'auteur propose que la fonction sociale des entreprises soit comprise aujourd'hui plutôt comme une obligation de procédée bornée par les marchés, les consommateurs et les autres catégories des légitimés en général – mais qui cependant oblige les actionnaires contrôleurs des entreprises et leurs administrateurs.

Mots-clés: Gouvernance des sociétés. Fonction sociale des entreprises. Certification internationale. Convergence des systèmes juridiques. Droit anglo-américain. Droit civil. Droit du commerce.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	CONTEXTUALIZANDO FUNÇÃO SOCIAL E EMPRESA	16
1.1	Pré-compreensão	16
1.2	A Mais Complexa das Estruturas Empresariais: a Sociedade por Ações	30
1.3	A Evolução da Tutela ao Crédito	50
1.4	Peculiaridades do Sistema Brasileiro	56
2	DIVERSOS DIÁLOGOS SOBRE A FUNÇÃO DO CAPITAL SOCIAL	66
2.1	Capital Social e Responsabilidade dos Sócios	66
2.2	Convergências e Assimetrias entre Sistemas	79
2.3	Capital Social como Garantia de Credores	86
2.4	A Grande Sociedade Empresária como Agente Disseminador do Crédito	93
3	VISIBILIDADES DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	105
3.1	A Governança Corporativa potencializando a Função Social da Empresa	105
3.2	Governança Corporativa como Pacificação Social	111
3.3	Governança Corporativa como Sistema de Gestão	120
3.4	Governança Corporativa – Critérios da Internacional OCDE, da Norteamericana NACD e Observações da Doutrina Brasileira	124
3.5	Governança Corporativa: As Limitadas	129
3.6	Governança Corporativa : Aplicação e Função	146
3.7	Governança Corporativa, Certificação Internacional e Autorregulação	153
4	TRÊS CASOS-REFERÊNCIA ACERCA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	162
4.1	O Caso da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN	162
4.2	O Caso da VALE S.A.	164
4.3	O Caso do Banco Itaú S.A.	168
5	CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS : UM PARADIGMA EMERGENTE	173
5.1	Perspectivas da Estrutura Contratual – a <i>Common Law</i>	173
5.2	Perspectivas da Estrutura Institucional : o Direito Codificado	180

5.3	O Paradigma Emergente: Construindo a Função Social	188
	CONCLUSÕES	193
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	199
	ANEXOS	232

INTRODUÇÃO

Diversos autores, com maior ou menor proficiência, têm-se ocupado recentemente da análise de alguns institutos jurídicos sob o prisma de sua *funcionalização social*. Portanto, há pertinência na proposta da pesquisa sobre a função social desse fenômeno denominado *empresa*.

Contudo, dada a complexidade e o aspecto multifacetado do assunto - que no Direito brasileiro não conta com um tratamento legislativo uniforme – considera-se que o tema requer, antes de cogitar-se de sua funcionalização, o estudo da origem do termo *empresa* e o direcionamento que vem sendo imposto ao respectivo significado, nos tempos atuais.

Este trabalho parte do pressuposto de que, na literatura especializada contemporânea, inexistente interpretação sobre instituto do Direito Civil, ou do Empresarial, que deixe de ter como fundamento a Constituição Federal, ou que não seja com ela inteiramente compatível. No dizer de Perlingieri,¹ os juristas devem:

“levar em consideração a prioridade hierárquica das normas constitucionais, sempre que se deva resolver um problema concreto. (...) A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam.”

Há muito se vem afirmando - no Brasil e no exterior² - que a perspectiva clássica pela qual se analisa o Direito como um objeto de estudo de natureza eminentemente científica - e suscetível de exame apenas mediante rígidos critérios de lógica formal e absoluta neutralidade do intérprete - deve ser substituída por uma ótica crítica, em que não se despreze a subjetividade de quem avalia o fenômeno,

¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito civil-constitucional*. Trad. Cicco, Maria Cristina. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p.5

² Vejam-se, no exterior, por todos: BOBBIO, Norberto, in *O Positivismo Jurídico*, São Paulo: Ícone Ed., 1995, *passim*; GALGANO, Francesco, in: *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna: Nicola Zanichelli S.p.A., 1979, 1.ª ed., 173 p., *passim*. E no Brasil: BARROSO, Luiz Roberto, org., in *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 3.ª ed. revista, 2008, p. 25/32; BONAVIDES, Paulo, in *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2000, *passim*; GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 1996, *passim*.

nem se ignorem as ideologias³ subjacentes a um grupamento normativo que abriga e perpetua, inexoravelmente, um sistema de poder político.

Considerando-se o Direito um sistema aberto de valores, tem-se que a Constituição é o conjunto de regras e princípios pelos quais se normatiza esse sistema. De sorte que os princípios constitucionais devem nortear a análise das diversas normas⁴, pois são eles que determinam a compatibilidade entre uma e outra norma. Para que as leis não sejam dissociadas da ordem constitucional, deve ser promovida uma espécie de *filtragem* constitucional.⁵

Essa filtragem é que irá permitir a conciliação de tutelas constitucionais *aparentemente antagônicas*: por exemplo, a proteção ao trabalho e simultaneamente o incentivo à livre iniciativa; ou, ainda, a proteção dessa liberdade de iniciativa e a tutela do consumidor. O aparente antagonismo também se poderá resolver com a *ponderação* dos princípios constitucionais pertinentes.

Em especial, tratando-se de estudo sobre temas tradicionalmente ligados ao Direito Comercial, é preciso que não se ignorem as conhecidas distinções entre os métodos interpretativos adotados por esse ramo do Direito e aqueles outros utilizados pelo Direito Civil. Tradicionalmente, para diversos autores, enquanto os primeiros têm natureza indutiva, e se compõem de normas dinâmicas, de índole inovadora,⁶ o segundo costuma ter índole conservadora, e possui normas estáticas, utilizando o método dedutivo.⁷ Não há dúvidas de que, na ordem jurídica brasileira, o Direito Civil recuperou sua centralidade; contudo, como decorrência de sua prolongada tramitação legislativa, o Código Civil de 2002 já desde sua promulgação apresentava marcadas dissonâncias com os chamados microssistemas do mesmo ramo – como, por exemplo, o do consumidor e o da criança e do adolescente.

³ O termo *ideologia* é aqui utilizado em sua conotação de mecanismo pelo qual o real pode ser substituído pelo imaginário, como leciona COELHO, Luiz Fernando, in *Teoria crítica do Direito*, Belo Horizonte : Ed. Del Rey, 2003, 3.^a ed., rev., atual. e ampl., 2003, 626 p., p. 398.

⁴ Como ensina PERLINGIERI, Pietro, in *Perfis do Direito Civil*, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 6: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicística, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.

⁵ SCHIER, Paulo Ricardo, in *Filtragem constitucional*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1999, *passim*.

⁶ VIVANTE, Cesare, Os Comerciantes, in *Tratatto di diritto commerciale*. 5.^aed., rev. e ampliada, 3.^a impres., Milano : Ed. Vallardi, revista por COMPARATO, Fabio Konder, *Revista de Direito Mercantil* 102:134-8, abr./jun.1996

⁷ BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 5.^a ed., 1991, *passim*.

Neste estudo, todavia, adota-se a visão contemporânea, pela qual o conteúdo do Direito Comercial já não se circunscreve apenas aos *atos de comércio* - subjetiva ou objetivamente considerados⁸ - mas abrange também o fenômeno da *empresa*, vista como a *atividade* desenvolvida por alguns. E considera-se que, com a unificação obrigacional introduzida pelo Código Civil de 2002 no sistema brasileiro, os principais institutos do Direito Empresarial, estando sob a égide geral do Direito Privado, sujeitam-se ao mesmo feixe de regras interpretativas pelas quais se estudam os institutos de Direito Civil.

Se por um lado é a ótica da *atividade empresarial* que será apreciada – a despeito das dificuldades surgidas quando se tenta localizar um *centro de imputação jurídica* para o fenômeno da empresa – é, por outro lado, também nessa mesma perspectiva de *atividade*, que se buscará estabelecer sua *funcionalização social*.

A metodologia de pesquisa adotada na elaboração deste trabalho, assim, além de considerar as novas perspectivas de uma leitura filtrada das normas, consiste também no chamado *diálogo das fontes* – expressão cunhada por Erik Jayme⁹ e difundida pioneiramente no Brasil por Claudia Lima Marques.¹⁰

O estudo inclui tanto a pesquisa da evolução ancestral de determinados institutos - em destaque o *direito de propriedade* e a *empresa* – como a análise dos tratamentos comparativos que a tais institutos vêm sendo atribuídos por normas de hierarquias e proveniências distintas.

Quando se faz referência a “institutos“, pensa-se na categorização dada ao termo por Chauí¹¹ que, analisando a ética capitalista, equiparou certos conceitos de administração pública a regras teológicas, tamanho seria o poder de alcance dessas normas; e lembrou que os imperativos racionais da máquina estatal tornam a administração pública cada vez mais autossuficiente e poderosa. Não há como

⁸ Valendo notar que, no Regulamento n.º 737, de 25.11.1850, o art. 19 continha o elenco taxativo de atividades reputadas subjetivamente “de mercancia”; e seu art. 20 continha os atos que, *ex vi lege*, eram objetivamente considerados também “de mercancia”, porém pelo prisma objetivo. Há ainda uma terceira categoria (para MENDONÇA, J. X. Carvalho de, in *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Rio de Janeiro : Ed. Freitas Bastos, 6.ª ed., 1963, que abrangeria os atos que fossem mercantis *por dependência ou conexão*.

⁹ JAYME, Eryk. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado, in *Revista dos Tribunais* : n.º 759, p.25 : São Paulo.

¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes : o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese* : n.º 07, p. 15-5 : Sergipe, 2004.

¹¹ CHAUI, Marilena, in *Cultura e Democracia*. São Paulo : Ed. Cortez, 1997, *passim*.

negar-se, de um lado, que o sistema econômico brasileiro atende aos pressupostos do modo de produção capitalista; e, de outro lado, que as necessidades decorrentes do atual estágio de desenvolvimento econômico do Brasil têm acarretado, cada vez mais, uma ingerência aguda do Estado sobre as relações econômicas.

Disso decorre a necessidade de resgate da evolução histórica dos institutos do Direito Empresarial, de modo que, sendo - como de fato são - criações tradicionais do ser humano, tenham sua relevância valorizada. Não se trata, portanto, de estabelecer-se um grupo de normas burocráticas, para além das regras legais, históricas e mercadológicas.

Trata-se, sim, de resgatar a importância do ser humano, e de respeitar as respectivas necessidades ou reivindicações, qualquer que seja seu *status* frente ao instituto jurídico de que se trate. Mas respeitá-las num contexto de alteridade e de consideração por todos os participantes, mais próximos ou mais distantes, das relações jurídicas envolvidas. Isso é o que se procurará demonstrar ao longo do trabalho.

Neste trabalho é também utilizada a metodologia de casos-referência, para ilustrar procedimentos diferenciados adotados na ordem jurídica brasileira, tudo convergindo para a análise civil-constitucional dos institutos envolvidos na funcionalização da empresa.

Para muitos autores, essa *funcionalização social da empresa*¹² decorreria de sua alegada perenidade. Porém, em escritos relativamente recentes, há quem discorde dessa visão,¹³ levantando uma série de objeções às concepções tradicionalmente adotadas pela doutrina, com relação à suposta permanência ou continuidade da sociedade empresária.¹⁴

¹² Buscar-se-á utilizar, neste trabalho, o termo “empresa” em seu sentido hoje mais comum, que é o da atividade empresarial. Vulgarmente, todavia, a palavra “empresa” é frequentemente utilizada para designar tanto a *sociedade empresária personificada propriamente dita*, quanto *qualquer outro ente da ordem jurídica que exerça sua atividade-fim de modo empresarial*, inclusive o chamado Empresário Individual; sobre esse aspecto, melhor se esclarecerá no capítulo I, adiante.

¹³ PEREZ, Viviane. Dissertação de mestrado na UERJ: *Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito*. Orientador: TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro, 2006.

¹⁴ TOURINHO, Marcelo Abreu dos Santos, in *A Função Social e seus reflexos sobre a empresa*, monografia de conclusão de bacharelado na PUC-Rio, orientador CHEDIAK, Julian Fonseca Peña. Rio de Janeiro, 2008.

De sorte que a preocupação em conceituar-se adequadamente essa funcionalização é exigência contemporânea da abordagem do tema¹⁵ e se desdobra pelos mais diversos ramos do estudo do Direito.¹⁶ A jurisprudência mais recente corrobora essa preocupação, como o fazem, também, diversos autores estrangeiros.

Compreender o fenômeno da *empresa* na sociedade contemporânea requer sua contextualização no tempo, pois as diferenças na intensidade de uso dos *fatores econômicos de produção* é que teriam provocado a crescente distinção entre uma simples atividade artesanal e aquela desenvolvida pelos grandes empreendimentos.¹⁷

Destarte, o primeiro capítulo deste trabalho parte de considerações propedêuticas a respeito da pessoa jurídica que exerce a atividade empresarial e induz a uma pré-compreensão do texto, buscando estabelecer algumas incidências de funcionalização da empresa, presentes em diversos textos legais e em manifestações doutrinárias.

Num segundo momento, discutindo o contexto brasileiro, localizar-se-á, dentre os elementos constitutivos da atividade empresária, aquele que parece estar historicamente mais vinculado à respectiva função: o Capital Social. O segundo capítulo, assim, contém uma apreciação sobre as características dialogais do Capital Social, discorrendo-se sobre suas funções na ordem jurídica.

O capítulo subsequente - o terceiro - trata de um relativamente recente mecanismo de potencialização - ou exponencialização - de visibilidades externas da função social da atividade empresarial: a chamada *governança corporativa*.

A *governança corporativa* teria, assim, um caráter mais endógeno; ao passo que a *função social da empresa* se configuraria de forma mais exógena. Num esforço de definição dogmática, poder-se-ia interpretar que a *governança corporativa* nada mais é do que *um método para buscar a excelência administrativa*, estreitamente ligado ao fenômeno da empresa – considerada esta, entre outras

¹⁵ DAVIES, Christian Galvão e SCALZO, Juliana Canarim. Função Social da Empresa e do Contrato. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, n.º 14, jan./fev./mar. 2006, p.14, Porto Alegre.

¹⁶ NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo : Ed. LTr, 2002, p.213.

¹⁷ LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo* n.º 190, Rio de Janeiro, out./dez. 1992, p. 55

definições, como “*organização econômica que, sob a direção de um empresário, aloca recursos mediante um sistema de relações.*”¹⁸

Neste trabalho, então, depois de conceituar-se a *empresa*, tal como é contemporaneamente vista, desenvolver-se-á de início um conceito de *função social*, para em seguida aparelhá-lo civil-constitucionalmente em termos da estrutura empresarial personificada, de grande ou médio porte; tentar-se-á, mais adiante, apontar para a dinâmica dos mercados e os *instrumentos de mensuração do atendimento à função social*, surgidos no seio do próprio mercado, tais como as regras sobre governança corporativa, as certificações internacionais do tipo “selo verde” e congêneres, passando pela preocupação que suscitou a criação do chamado “Balanço Social”.

Uma vez tendo sido apresentadas as diversas visibilidades da função social da atividade empresarial, o estudo propõe, após anotados - no quarto capítulo - alguns casos-referência e estudadas - no quinto capítulo - as convergências entre os sistemas jurídicos da *common law* e do direito codificado, algumas conclusões evidenciando um paradigma emergente de efetividade da função social da sociedade empresária enquanto ente apto ao exercício da atividade empresarial.

¹⁸ SANTOS, Aline de Menezes. *A governança corporativa das empresas no Brasil ; uma abordagem jurídica inspirada na nova economia institucional e na teoria organizativa*.2004, 278 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p.69-70

1. CONTEXTUALIZANDO FUNÇÃO SOCIAL E EMPRESA

1.1. Pré-compreensão

Estudando o novo padrão da autonomia privada, Pietro Perlingieri¹⁹ observa que, embora definida como livre, a *iniciativa econômica privada* é submetida a controles, programas, intervenções - tanto por parte do legislador como de outros agentes. Tais mecanismos de controle ou restrição é que, em consequência de sua adoção, acabam por funcionalizá-la.

Mas o fazem, entretanto, não porque a subordinem a um regime autárquico, inspirado por um princípio corporativista, mas sim porque induzem-na a realizar um sistema diverso, que erige em ápice da hierarquia dos valores o respeito ao ser humano e a realização da igualdade substancial.

É essa igualdade substancial que, tornada possível pela busca da solidariedade social, vem modular as diversas funções sociais de determinados institutos jurídicos, visando ao estabelecimento de uma idêntica *dignidade social*²⁰ para todos os componentes de qualquer grupamento.

Vale dizer, assim, que de fato *a funcionalização dos institutos jurídicos demonstra ser um novo atributo dos mesmos*, na medida em que permite que a manifestação de vontade de um indivíduo seja forçosamente não apenas a expressão de sua individualidade e dignidade, mas também a consolidação dos interesses gerais da sociedade, numa espécie de solidariedade social.²¹

De resto, Gustavo Tepedino²² há tempos vem reiterando, no Brasil, que a pessoa humana, “*qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de*

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli : Ed. Scientifiche Italiane, 1984, p.142-143

²⁰ FERREIRA, Carlos Alberto Goulart, Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.) *Direito Civil-Constitucional – Cadernos I*. São Paulo : Max Limonad, 1999.p. 57-148

²¹ AMARAL, Francisco, O Contrato e sua função institucional. *Studia Juridica – Colloquia. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra : Coimbra Ed., v.48, n.º 6, 1999/2000, Separata de Conferências.

²² TEPEDINO, Gustavo José Mendes, Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro : Padma, vol.2, 2000, p.vi

acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta,” é a categoria central do Direito privado.²³

Ora, se a pessoa é a categoria central da ordem jurídica e se o ambiente social é, por definição, composto de pessoas que se relacionam, urge compreender qual será a *função social* de determinadas estruturas jurídicas.

Uma estrutura cuja *função social* constitui algo ainda a ser sistematizado em nosso Direito é a pessoa jurídica revestida das características de *empresa*. Como o tema de sua definição guarda alguma complexidade, será preciso, para desvendá-lo, que se distinga entre uma e outra *modalidades de exercício da atividade empresarial*.

Há três figuras às quais se possibilita o exercício da atividade empresarial no ordenamento jurídico brasileiro: há a *sociedade personificada* que exerce uma atividade de natureza empresarial, de um lado; há, por outro lado, a *pessoa natural que atua empresarialmente* – obtendo, para qualificar-se a tal exercício, uma inscrição perante as Juntas Comerciais, órgãos estaduais encarregados de promover o registro público de empresas; e há, finalmente, um tipo novo, híbrido, denominado de *empresa individual de responsabilidade limitada*, e sobre o qual se discorrerá mais adiante.

A primeira delas – a *sociedade personificada* que exerce uma atividade empresarial - pode adotar algum dos tipos societários em vigor: pode ser uma sociedade por ações, uma sociedade limitada, uma sociedade em nome coletivo, ou ainda uma sociedade em comandita, simples ou por ações. A *sociedade por ações* e aquela *em comandita por ações* se encontram regidas pela Lei n.º 6.404/76. As demais, pelo Código Civil de 2002.

Com relação ao *empresário individual*, todavia, algumas distinções merecem ser feitas. Trata-se da antiga figura do *comerciante individual* que, uma vez obtendo sua matrícula ou inscrição nas juntas comerciais com jurisdição administrativa sobre a localidade de seu estabelecimento, passa a poder explorar alguma atividade de natureza empresarial, tal como definida pelo art. 966 do Código Civil de 2002.

²³ Ao que se poderia acrescentar: o ser humano deve ser a *categoria central de qualquer ordenamento*, seja ele de índole privada ou pública.

Explora-a, todavia, em seu nome pessoal, e sob sua própria responsabilidade patrimonial.

Embora seja certo que a Receita Federal do Brasil, por questão de simplificação, lhe concede um número de inscrição, enquanto contribuinte, equivalente ao das pessoas jurídicas – isto é, um CNPJ²⁴ – todavia o *empresário individual* não tem personalidade distinta da pessoa que explora essa atividade. Isso se dá porque não incumbe à Receita Federal do Brasil atribuir ou não personalidade jurídica a algum ente por meio de seus regulamentos, sendo tal tarefa uma prerrogativa das leis civis e comerciais.

Portanto, como o Código Civil não concede personificação à *firma individual* – como de resto o Código Comercial revogado jamais o fez - esta não tem personalidade jurídica, a despeito de contar com um número de CNPJ. Ocorre fenômeno semelhante com o *condomínio edilício*, que igualmente recebe um número de CNPJ, sem que seja legalmente qualificado como *pessoa*. Tanto num como noutro caso, trata-se de escolha do legislador, sobre a qual não há o que se comentar.

A exploração da atividade empresarial pelo empresário individual lhe acarreta, portanto, responsabilidade ampla, uma vez que não há segregação patrimonial entre os bens afetos à sua atividade e aqueles que não se refiram à mesma.

Já o terceiro tipo de exploração da atividade empresarial se dá por meio da chamada “EIRELI”, ou *empresa individual de responsabilidade limitada*.²⁵ Esta, sim, por ser uma *pessoa jurídica*, é uma modalidade de exercício individual da atividade

²⁴ Ou seja, um número identificador de sua inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas.

²⁵ Cf. Lei n.º 12.441, que alterou o art. 980 do CC/2002, a saber: “Art. 980- A- A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) § 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011). § 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011). 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011). § 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011). § 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011). § 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) .

empresarial que se assemelha em muito ao exercício por meio de uma sociedade. Porém, se fosse sociedade, seria uma de tipo unipessoal. Há muitos doutrinadores que assim entendem, tendo em vista que o legislador, ao inseri-la no ordenamento, optou por fazê-lo no capítulo das sociedades.

Outros, entretanto, divergem desse entendimento,²⁶ achando que se trata de atividade individual, pautada pela formação de um Capital - que não se pode dizer Social, pois sociedade não há – empresarial mínimo. A lei exige que esse Capital seja totalmente integralizado *ab initio* pelo titular da empresa, sendo essa justamente a condição para a respectiva limitação de responsabilidade do titular.²⁷ Todavia, a lei não exige que somente a integralização do Capital inicial seja imediata; todo e qualquer valor destinado ao Capital da EIRELI deve ser sempre integralizado à vista,

²⁶ Na I Jornada de Direito Comercial, realizada entre 22 e 24.10.2012 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação geral do Min. Ruy Rosado, foram editados 57 Enunciados. O Enunciado n.º 3 esclarece que: “A *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI* não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.” Sítio de internet acessado em 20.11.2012. Disponível na rede mundial de computadores, no endereço: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107584

²⁷ Isto porque não é tradição, na ordem jurídica brasileira, estabelecer-se *capital mínimo*. A toda evidência, tal exigência se relaciona com a conveniência de delimitar-se a responsabilidade do empresário que habilitar ao exercício empresarial sob essa forma jurídica. Por um lapso infeliz, como aludido acima, a determinação legislativa generaliza a obrigatoriedade de integralização imediata do Capital empresarial, sem ressaltar expressamente que se trata apenas da *obrigação de integralizar o capital mínimo*, que seria a consequência lógica do sistema de responsabilização patrimonial vigente no Brasil. Assim, como o legislador não especifica que é apenas o valor do *capital mínimo* que deverá ser integralizado no ato de subscrição, mas, ao contrário, exige expressamente que o Capital Social esteja sempre integralizado, todos os intérpretes acabam não se sentindo confortáveis para manifestar-se no sentido de permitir que um capital eventualmente mais alto que o patamar mínimo possa ser realizado em parcelas e somente integralizado futuramente. Assim, atendendo aliás à expressa letra da lei, a corrente doutrinária mais caudalosa entende que o capital da EIRELI, *qualquer que seja seu valor* - sendo que o mínimo legal é sempre o montante equivalente a cem salários-mínimos nacionais – deve sempre ser integralizado no ato de subscrição. Veja-se o texto do art. 980-A do Código Civil: “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) § 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “**EIRELI**” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) § 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) § 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) § 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) § 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) § 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011)”

descabendo, nessa forma de exercício empresarial, a fixação de prazo para a integralização do Capital.

De sorte que o universo empresarial que autoriza a limitação de responsabilidade do titular ou do sócio abrange três modalidades distintas de exercício da atividade: a sociedade limitada, a sociedade por ações e a EIRELI. As duas primeiras, a despeito de se tratarem de institutos ancestrais, vêm sendo reiteradamente adotadas por todos os ordenamentos jurídicos das economias industrializadas e desenvolvidas. A terceira delas, embora mais recentemente introduzida no ordenamento brasileiro – e já prejudicada pelo veto presidencial, na parte que dispunha sobre a limitação de responsabilidade de seu instituidor, tanto assim que há pouco surgiu outro projeto de lei, criando as sociedades anônimas simplificadas²⁸ - já se encontra regulada em diversos países.

No exercício da atividade empresarial, alguns desses entes se apropriam legitimamente de bens das mais diversas origens e relevâncias econômicas, os quais passam a integrar seus patrimônios, sendo utilizados de modo a gerar lucro para os respectivos titulares ou instituidores.

É justamente essa *forma especializada de exploração de determinados bens* que hoje se dá compulsoriamente sob uma nova ótica, distinta da medieval: a da *solidariedade*. Essa percepção, todavia, não é gerada por uma ou outra norma jurídica, mas pelo conjunto delas, e se pauta não apenas pela ordem constitucional, como pelo retorno à consciência de que *a medida do sistema jurídico é a do ser humano*.²⁹

Disso decorre a constatação de que, na Idade Média – sustenta Gilberto Carvalho,³⁰ louvando-se em Paolo Grossi³¹ - o regime jurídico do direito de

²⁸ Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.303/12, do deputado Laercio Oliveira (PR-SE), que cria o regime especial de Sociedade Anônima Simplificada (SAS) para empresas com patrimônio líquido abaixo de R\$ 48 milhões. A proposta altera a Lei das S/A (n.º 6.404/76).

²⁹ A noção não é nova; vem dos antigos gregos, que esculpiram no frontispício do templo de Apolo a frase grega “*gnosis auton*” - isto é, “conhece-te a ti mesmo”; e que adotavam como critério de aferição dos efeitos das normas, o chamado “*métron*”, ou seja, a *medida do ser humano*. Consulte-se, sobre o tema, BRANDÃO, Junito de Souza, in *Mitologia grega*, v. I, II e III. Ed. Vozes : Petrópolis, 20.ª edição, *passim*. Veja-se em especial, a respeito, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2010, prefácio.

³⁰ CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. Op.cit., p.55

³¹ GROSSI, Paolo. *La Propiedad y las Propiedades – Un análisis histórico*. Madrid : Ed. Civitas, 1992

propriedade consistia no chamado *estatuto da coisa*. Hoje, entretanto, a disciplina jurídica desse direito se caracteriza por sua *abstração*.³²

Tem-se discutido com alguma freqüência, nos últimos anos, sobre a função social de diversos institutos jurídicos. Estudando os doutrinadores italianos que escreveram sobre o *codice civile* – e especialmente quando se ocupou de traduzir Alberto Asquini³³ – Fabio Konder Comparato se preocupou em enfatizar, por meio da inserção de diversas anotações, a grande importância da *função exercida pela empresa corporativa* - que, numa economia liberal, perderia seu vezo especulativo. Perdendo-o, tenderia a assumir, como pontuaram diversos autores, uma função não apenas econômica, como também política e ética³⁴.

Sabe-se, não obstante, que nem sempre foi assim. A propriedade nasceu como *instituição social*, e não como *direito subjetivo*,³⁵ fato que por sua vez acabou proporcionando um reconhecimento dos méritos da existência do direito de propriedade como garantia da sobrevivência dos seres humanos,³⁶ no sentido de que, tanto para a ocupação de terras virgens como para a colonização das mesmas - se porventura já habitadas por autóctones - era preciso que essa ação se desse por meio de grupos, e não por atuações individuais. Entretanto, a adoção de uma visão funcional para examinar certos institutos jurídicos e delimitar suas respectivas abrangências é procedimento relativamente recente.

Harold Berman,³⁷ estudando a evolução do *direito de propriedade* na era moderna, apontou para a contribuição dos autores escolásticos na formação do pensamento de vários juristas do período tardio do século XVI na Europa. Para Berman, as modificações introduzidas pelos costumes (*jus commune*) sobre as leis territoriais acabaram por demonstrar que o *direito de propriedade* sofreu grandes mudanças nesse período. Os juristas mais eruditos daquela época – fins do século

³² PANTOJA, Teresa Cristina G. Os conceitos norte-americanos de *creditworthiness* e *equityworthiness* como reflexos da mudança de paradigma. *Rev. Direito, Estado e Sociedade*. v.9.n.º19, p.157 a 177, ago/dez 2001. Rio de Janeiro : Ed. PUC-Rio.

³³ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, v.41, I; esse artigo foi traduzido, anotado e comentado por COMPARATO, Fabio Konder, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 104, outubro-dezembro 1996, p. 109-126

³⁴ PAPI, in *Lezioni di economia politica e corporativa*, 1940, p. 99, apud ASQUINI, op.cit.

³⁵ Como demonstra CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré, in *A Propriedade Empresarial – um estudo transdisciplinar*, São Paulo : Ed. Quartier Latin, 2008, 1.ª ed., p. 28

³⁶ WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. México : Ed. Fondo de Cultura Económica, 1992, p.44

³⁷ BERMAN, Harold J. *Law and Revolution – II - The Impact of the protestant reformation on the western legal tradition*. Cambridge, MA : Belknap Press, Harvard University Press, 2003, p.170

XVI – começaram a aplicar, para solucionar conflitos envolvendo terras, por exemplo, as regras ancestrais do Direito Canônico e do Direito Romano. Entretanto, foi preciso alterar algumas das normas tradicionalmente utilizadas na interpretação das leis e dos sistemas, na medida em que o direito local demandava que se integrassem ao sistema romano-canônico vários institutos que esse sistema desconhecia.

O desconhecimento decorria do fato de que, para o Direito Romano do período clássico, algumas esferas de atuação seriam indignas do *paterfamilias*. Por exemplo, o exercício de qualquer atividade comercial era considerado quase uma *capitis deminutio*, ou seja, equivaleria à perda do *status civitatis*, por ter Roma uma cultura eminentemente agrária e não-afeita à atividade mercantil.

Não obstante, para a consolidação da expansão do Império Romano, tornou-se necessário regular de algum modo os conflitos surgidos no seio das províncias conquistadas por Roma. Algumas dessas províncias se localizavam em áreas inóspitas, em que conseqüentemente viviam, ao contrário de populações sedentárias, os povos nômades - que tiravam seu sustento do comércio e cuja riqueza consistia não na detenção de faixas de terra agriculturável, mas sim no gado que levavam de um território a outro, em busca de pastagens, ou nos fardos de lã ou de linho que conseguissem carregar sobre o dorso de um camelo ou de um jumento.

Isso fez com que os magistrados itinerantes – *pretos peregrinos* – enviados pela capital do Império Romano às províncias conquistadas as visitassem e ali tentassem, por meio da judicatura, conciliar as fórmulas solenes do Direito Romano com as regras culturalmente aceitáveis por aqueles povos dominados.

Daí decorre, então, a formação de um *jus commune* – uma *common law* - ou um *jus gentium*, que promove a adaptação que na época se impunha entre o Direito Romano clássico e os direitos emergentes das populações conquistadas, que por vezes eram nômades e pouco habituadas a valorizar a propriedade da terra, pois não tinham residência fixa, por provirem de locais inóspitos.

Assim - e só para melhor entendimento - pode-se recordar, por exemplo, como faz Berman,³⁸ que no Direito Saxão a abrangência do termo *lease (locatio)* era circunscrita, pelo *jus commune*, ao que o dono da terra permitisse; entretanto, no

³⁸ BERMAN, op.cit.,*passim*.

direito territorial saxão, num movimento originário da própria população, em dado momento começaram a ser feitos contratos de *censum*³⁹, mediante os quais o arrendatário perpetuava o arrendamento, independentemente da anuência do senhor feudal titular da terra arrendada. É verdade que essa segunda modalidade contratual era mais comum em áreas urbanas e foi somente a partir de determinada época que se começou a desrespeitar ou ignorar não só a hierarquia como os vínculos feudais.

Mas o fato é que, um pouco mais adiante, o *censum* começou a ser promovido mediante o pagamento de uma parcela inicial, denominada de *Capital*, seguida do compromisso de contribuir anualmente com rendas ou produtos, tais como vinho ou cabeças de gado. Por sua vez, o proprietário original da terra tinha o direito de retomá-la, se o arrendatário não contribuísse com o pagamento anual, conforme convencionado.

Foi justamente contra esse direito unilateral e um tanto arbitrário que tinha o proprietário - de retomar as terras a qualquer tempo - que Martinho Lutero se insurgiu. Decorre daí a valorização que a religião protestante dá ao trabalho – principalmente, na época, ao trabalho da terra. Após a Reforma, os contratos de arrendamento de terras adquiriram certos aperfeiçoamentos, na medida em que, para se tornarem cogentes, passaram a carecer de um registro, feito nos assentamentos dos tribunais (*Gerichtsbuch*), ou nos cartórios (*Grundbuch*).

O crescente poderio dos governantes, nos países onde ocorreu a Reforma, se ligou ao declínio da Igreja Católica Romana. Isso, por sua vez, se deu porque, depois da Reforma, a relevância dos preceitos da Igreja Católica para a interpretação das obrigações - e para a definição dos limites dos direitos - ficou substancialmente reduzida.

Ganhou importância, contudo, a própria Igreja Protestante, na medida em que permitia o acesso de todos à salvação espiritual, e na proporção em que exortava o pobre a enriquecer pelo próprio esforço, incentivando a comunidade a contribuir para isso.⁴⁰

³⁹ Corruptela do alemão *Zinskauf*, aquisição mediante o compromisso de pagar uma anuidade. Essa foi, segundo Berman (op.cit., p. 173), uma das primeiras formas de estabelecer-se uma obrigação para quem adquiria um pedaço de terra.

⁴⁰ BERMAN, op.cit., p. 205

O Direito Germânico, então, muito influenciado pelos ensinamentos religiosos reformistas, foi o primeiro sistema jurídico em que se relativizou na prática o direito de propriedade, sustenta Berman.⁴¹

Com efeito, San Tiago Dantas,⁴² traçando uma linha evolutiva histórica relativa às limitações inerentes ao direito de propriedade, alude à teoria da emulação (*aemulatio*), adotada pelos romanos como mecanismo que vedava o exercício de qualquer direito, em especial os de propriedade e de vizinhança, se eles fossem exercitados de modo a causar dano a outrem e, portanto, violando a finalidade própria de qualquer direito assegurado a alguém, em determinada ordem jurídica.

Não sem razão, os romanos conheceram as servidões, como a *servitus stillicidii et fluminis* – permissão ao imóvel vizinho para gotejamento aéreo ou despejo terrestre de água de chuva⁴³ – etc. Isso porque, para os romanos, o direito de propriedade era bastante amplo: *cujus est solum, eius est usque ad caelum*.⁴⁴ Todavia, a despeito de sua amplitude, esse direito já então continha um substrato peculiar - quase obrigacional, se se utilizar nessa definição a visão mais contemporânea de obrigação - na medida em que, até para os romanos, a detenção privada do bem imóvel acarretava ao titular desse direito, o dever de impedir que seu imóvel causasse danos a vizinhos, ou a terceiros.

Os chamados *atos emulativos* foram os antecessores da doutrina do abuso do direito e teriam, na realidade, surgido de modo ainda confuso e empírico na Idade Média, para Menezes Cordeiro.⁴⁵ Há sentido na afirmação, pois foi na Idade Média que começaram a tomar forma os grandes aglomerados urbanos.

Se por um lado as restrições ao direito de propriedade eram, ao tempo dos romanos, casuísticas e sempre originadas em decisões pretorianas,⁴⁶ por outro lado evidenciavam, como admite Caio Mário da Silva Pereira,⁴⁷ uma vedação genérica ao exercício abusivo dos direitos, a qual demonstrava que mesmo no Direito

⁴¹ BERMAN, op.cit., passim.

⁴² DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Vol. I, 3.^aed., revista e atualizada por TEPEDINO, Gustavo et alii. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2001, p. 316

⁴³ *Institutas*, 3,2,1. e *Digesto*, 8,2,2.

⁴⁴ Trad. livre: O solo pertence a seu dono até o céu.

⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra : Ed. Almedina, 1997,p. 675.

⁴⁶ CARDOSO, Vladimir Mucury. *O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional*. Coord. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2006, 592 p.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol.I, 19^a ed: Riode Janeiro : Ed. Forense, 1998, p. 429

Romano – no qual não se chegou propriamente a conhecer o *abuso do direito*⁴⁸ - já se cogitava de condicionar o exercício dos direitos ao respeito a uma norma genérica de convivência social.

Essas vagas restrições dos romanos ao exercício dos direitos, determinadas pela necessidade de tutela do interesse de terceiros, tinham características ainda um tanto rudimentares e só vieram a ensejar a formulação de uma tese científica do *abuso do direito* bem mais tarde,⁴⁹ a partir do momento em que a doutrina francesa pôde vislumbrar e começar a construir uma teoria para os direitos subjetivos.

Com efeito, analisando a evolução histórica do conceito, Perlingieri⁵⁰ ensina que existem duas definições contrapostas de direito subjetivo: há quem veja o direito subjetivo como *poder da vontade*, e há quem o veja como *interesse tutelado*. A distinção vigorou assim dicotômica durante décadas, até que se concluiu que o direito subjetivo pode ser visto como o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito, para a realização de um interesse próprio do sujeito.⁵¹

Esse interesse tutelado pelo ordenamento não constituiria um fim em si mesmo, mas, ao contrário, é frequente que se exija do sujeito de direitos que adote *uma forma* determinada de exercê-los. Com esse movimento em busca de uma forma adequada para o exercício do direito, com vistas à aceitação social de determinado direito, se dá o primeiro passo em direção à *funcionalização social* desse mesmo direito. Surgem, portanto, diversas restrições.

A mais significativa delas seria aquela em que se exigisse do titular do direito a obrigação de *não exercê-lo senão de modo harmônico*, em atendimento ao princípio da solidariedade política, econômica e social. De sorte que as cláusulas gerais que hoje se conhecem - boa-fé, ordem pública, lealdade, diligência, etc. – permitem que o direito subjetivo seja exercido, sim, mas somente se o for em estrita obediência a tais condições⁵²; caso contrário, o direito subjetivo não será nem reconhecido, nem tutelado.

⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes. Op.cit., p. 677.

⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes. Op.cit., p. 676

⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. por Maria Cristina De Cicco. Riode Janeiro : Ed. Renovar, 1999, 1.ªed., revista e ampliada, p. 121 e segs.

⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. Op.cit., p. 120

⁵² PERLINGIERI, Pietro. Op.cit., *passim*.

Igualmente estudando a evolução conceitual dos direitos, Caio Mário⁵³ explica que o individualismo do século XIX não comportava restrições ao livre exercício dos direitos subjetivos, de sorte que, ressalvadas algumas inovadoras decisões de tribunais franceses de fins do século,⁵⁴ como regra geral os direitos subjetivos de um proprietário eram delimitados pelos direitos subjetivos de outro proprietário.

Foi Josserand⁵⁵ quem, em fins do século XIX, provocou com Saleilles⁵⁶ a noção de *relatividade dos direitos*, rompendo com a concepção formalista dos romanos e admitindo a existência dos *interesses* juridicamente tutelados.

Porém, é sabido que Josserand tinha uma visão *finalística* do direito e defendia a irrelevância da motivação do agente, na ordem jurídica. Decorre então dessas duas circunstâncias, sua proposta de ruptura do paradigma romano clássico.

Já Ripert,⁵⁷ como Caio Mário, entende que para a caracterização do abuso do direito, necessário seria que houvesse de fato, por parte do agente, uma intenção, um dolo específico de causar prejuízo a outrem.

Em meio à elaboração da teoria sobre o abuso do direito, na Alemanha, Larenz⁵⁸ formula seu ideário sobre a *jurisprudência dos interesses*, desenvolvida com base em Jhering,⁵⁹ reputando a ordem jurídica como um sistema em que coexistem interesses a serem tutelados e que, portanto, devem ser valorados. Como depõe Perlingieri,⁶⁰ o *interesse juridicamente tutelado* faz surgir uma gama de situações subjetivas complexas, compostas tanto de poderes como de deveres ou obrigações. Decorre daí que falar-se atualmente em função social com relação ao direito de propriedade, ou de *utilidade social em relação à iniciativa econômica*

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit., *passim*.

⁵⁴ Tais como os exemplos citados por Menezes Cordeiro, op.cit., p. 671, envolvendo decisão do Tribunal de Cassação condenando o proprietário de um terreno que mandou construir em seu imóvel um artefato cheio de agulhas e pontas afiadas, apenas para causar dano ao seu vizinho, que explorava o transporte em dirigíveis.

⁵⁵ JOSSERAND, Louis. *Relatividad y abuso de los derechos. Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Santa Fé de Bogotá : Temis, 1999, p. 1-3.

⁵⁶ SALEILLES, apud MARTINS, Pedro Baptista, in *O abuso do direito e o ato ilícito*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 3.^a ed., 1997, p.15

⁵⁷ RIPERT, Georges..*La Règle Morale dans les Obligations Civiles*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 4.^a ed., 1949.

⁵⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa : Ed. Calouste Gulbenkian, 1997, 3.^a ed., p.63-64

⁵⁹ JHERING, Rudolf von. *Der Geist des Rechts - Eine Auswahl aus seinen Schriften*. Bremen: Buchwald, Fritz, 1965.

⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de M.C.De Cicco, Riode Janeiro : Ed. Renovar , 1999, p. 120.

exercida por particulares significa, para Perlingieri,⁶¹ não apenas trazer limites para o gozo do direito de propriedade, mas também - e principalmente - um exame do conteúdo global da relação de propriedade.

Dessa forma, a *função social* passaria a ser também um *critério interpretativo* sobre toda a disciplina da propriedade, tanto para um juiz como para leigos, de sorte que, ainda segundo Perlingieri,⁶² o “*juízo de conformidade da lei ordinária à função social*” permitiria a realização do controle de sua legitimidade constitucional.

Isso porque os princípios constitucionais informadores da ordem econômica e social nem sempre vêm aparelhados com sanções. São verdadeiramente princípios genéricos, informadores da ordem constitucional. Segundo Comparato,⁶³ que nesse ponto acompanha Radbruch,⁶⁴ a idéia de *função social da propriedade* teria sido positivada inicialmente na Constituição de Weimar, em 1919.⁶⁵

Léon Duguit,⁶⁶ a seu turno, estabeleceu que nenhum proprietário pode pretender exonerar-se do dever que lhe é imanente por força de sua própria qualidade de proprietário. Assim, dando uma função social ao bem de que dispõe, o *dominus* se assegura do adequado emprego das riquezas de que é titular. Para que os demais membros de determinada sociedade respeitem o direito do *dominus*, seria necessário, ademais, que em seu exercício percebessem algum tipo de *utilidade social*.

Rodotà,⁶⁷ com seu grande poder de síntese, alude à circunstância de que o século XIX teria sido aquele da liberdade econômica; o século XX seria o da liberdade política; já os anos atuais seriam os da livre determinação sobre a própria vida, num exercício de liberdade que não é prisioneiro do egoísmo, mas que promoveria a *solidariedade social*.

⁶¹ PERLINGIERI, Pietro., *Perfis*, cit., p. 227

⁶² PERLINGIERI, Pietro., *Perfis*, cit., p.227

⁶³COMPARATO, Fabio Konder, *op.cit.*, *passim*

⁶⁴ RADBRUCH, Gustave, *Du Droit Individualiste au Droit Social. Archives de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique*, Paris : Sirey, n.3-4, 1931, p.390

⁶⁵ Depois repetida na Constituição da República Federal da Alemanha, em 1949: Art. 14, 2ª alínea – “*A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade.*”

⁶⁶ DUGUIT, Léon, *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. POSADA, Adolfo G.; JAEN, Ramon; e POSADA, Carlos G. Buenos Aires : Heliasta, 1975. p. 179

⁶⁷ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano : Ed. Feltrinelli, 2006, terza edizione, p. 72.

Com efeito, também Natalino Irti⁶⁸ alude à chamada *certeza constitucional* – de que decorre o parâmetro de legitimidade da norma ordinária - de molde a fazer com que a certeza de ontem fosse fundada sobre o conteúdo da norma; e a certeza de hoje seja baseada no que a norma não pode conter, ou tem de conter necessariamente.⁶⁹

Contudo, há uma substancial diferença entre o exercício de um direito de propriedade sobre bens que podem – ou não – ser utilizados de modo dinâmico, e o exercício do direito de propriedade sobre estruturas eminentemente dinâmicas.

Vale dizer: as regras existentes em nosso sistema jurídico sobre o tema do direito de propriedade tendem a ser simples reiteraões de antigos pressupostos patrimonialistas do Direito Romano, no sentido de que levam à proteção da *fruição exclusiva*, por parte do *dominus*.⁷⁰

As exceções são, também, já tradicionais: vejam-se os artigos 1.228, §§ 1.º e 2.º do Código Civil, que vedam expressamente o abuso do direito.⁷¹

Já a *titularidade empresarial* de bens de produção exclui a simples fruição, e assume relevância maior, na medida em que faz uso também do trabalho prestado pelos seres humanos. E é nessa medida, ou seja, enquanto usuária da capacidade laboral humana e, portanto, enquanto sujeito de direito, que a atividade empresarial deve ser vista, de molde a eliminar-se qualquer possibilidade de abuso do direito.

A sociedade empresária constitui uma modalidade de exercício do direito de propriedade e, nessa condição, não apenas possui uma funcionalização social, mas *é uma função social*.⁷²

⁶⁸ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano : Giuffrè, terza edizione, 1979, p. 97

⁶⁹ IRTI, Natalino, op.cit. : “ *La certezza di ieri era fondata su ciò che la norma diceva; la certezza di oggi, su ciò che la norma ordinaria non può dire (per il controllo di legittimità costituzionale) o deve dire (in adempimento di obblighi imposti dalle norme costituzionali agli organi legislativi)*. (Trad. livre: A certeza de ontem se fundava sobre o que a norma dizia; a certeza de hoje se funda sobre o que a norma ordinária não pode dizer (por causa do controle de legitimidade constitucional) ou deve dizer (em adimplemento às obrigações impostas pelas regras constitucionais aos órgãos legislativos).

⁷⁰ COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro : Forense, 1983, 3.ªed., p. 99

⁷¹ Lei n.º 10.406/2002: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. (...).”.

Essa afirmação é reiterada e explicada por Comparato em trabalhos posteriores⁷³. Paradoxalmente, todavia, é o próprio Comparato quem reduz a essa funcionalização social da empresa ao atendimento de *deveres negativos*, por parte do empresário. Para aquele autor, a perseguição e a obtenção do lucro já constituiriam, *per se*, uma funcionalização social da atividade empresária; de modo que o conceito de função social da empresa estaria esvaziado em si mesmo⁷⁴. Sem prejuízo desse esvaziamento, contudo, Comparato⁷⁵ insiste na relevância de se atentar para os deveres negativos, ou seja, o empresário deve ser capaz de exercer suas atividades atendo-se ao princípio do *neminem laedere*.

O campo sobre o qual o presente trabalho se estende, portanto, é o das relações empresariais. Para conhecê-las, é preciso avançar-se em direção às diversas definições de empresa, palavra plurívoca. Assim como a palavra “direito”, o termo empresa encerra uma pluralidade de significados – alguns de acepção mais vulgar, outros de mais complexa interpretação.

Todavia, para sistematizar-se adequadamente a abrangência jurídica do termo *empresa*, nada melhor do que estudar-se o instituto em sua manifestação mais longamente evoluída e sofisticada: *a sociedade por ações*.

A sociedade por ações é um mecanismo tão complexo, que dois de seus mais famosos estudiosos⁷⁶ assim definiram: “*a separação entre gerenciamento e poder de controle foi o que fez com que as sociedades por ações tivessem tanta liquidez.*” E para que determinado investimento seja efetivamente dotado de liquidez financeira, é preciso que o direito de propriedade sobre o mesmo seja não só

⁷² Cf. CHAMPAUD, Claude. *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*. Paris : LGDJ, 1962, passim. Cf, também: PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla Problematica della Proprietà*. Camerino : 1971, p. 17 e segs., apud COMPARATO, op.cit.

⁷³ COMPARATO, Fabio Konder. *Estado, empresa e função social*. Revista dos Tribunais : São Paulo, n.º 732, p.41, out. de 1996: “ *Se analisarmos de perto esse conceito abstrato de função, em suas múltiplas espécies, veremos que o escopo perseguido pelo agente é sempre o interesse alheio, e não o próprio do titular do poder. O desenvolvimento da atividade é, portanto, um dever, mais exatamente, um poder-dever; e isto, não no sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas na acepção positiva, de algo que deve ser feito ou cumprido.*”

⁷⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.) et alii, in: BARTHOLO, Bruno Paiva e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. Ed. Atlas : São Paulo, 2008, 2.ªed., p.41

⁷⁵ Em linha com GALGANO, Francesco, citado por GHERSI, Carlos A., in *Funciones y responsabilidad de la empresa en el Mercosur*. Revista dos Tribunais : São Paulo, n.º723, p. 50, jan.1996.

⁷⁶ BERLE Jr, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. *The Modern Corporation and Private Property*. Reprint edition, Hein & Co., Buffalo : New Youork, 1982., p. 284

divisível, móvel e impessoal, mas também que algo (externo ao respectivo titular) lhe atribua um valor determinado.

Dessa forma, o fato de que é o mercado aberto que atribui valor aos títulos emitidos pelas sociedades por ações – inclusive as respectivas ações – acaba por acarretar uma consequência específica às ações emitidas pelas companhias abertas: elas costumam ter uma valoração que muitas vezes independe dos ativos que lhe são subjacentes. Por outro lado, a cotação feita pelo mercado acaba “descontando” do valor do título a expectativa que tem seu detentor, de receber dividendos e juros sobre o capital próprio.⁷⁷

Aí reside a enorme sofisticação das sociedades por ações, na medida em que a *realidade econômica* da titularidade do capital dessas companhias pode ser distinta da correlativa realidade jurídica.⁷⁸

1.2. A Mais Complexa das Estruturas Empresariais: a Sociedade por Ações

As *sociedades por ações* – ou sociedades anônimas - são a epítome do sistema econômico capitalista. Para compreender-se sua funcionalização social, torna-se conveniente uma digressão histórica que, embora intencionalmente breve, poderá esclarecer o sentido de alguns dos elementos constitutivos desse tipo societário.

A sociedade anônima veio a lume no Direito brasileiro por meio do Decreto n.º 575, de 10 de janeiro de 1849⁷⁹.

⁷⁷ BERLE e MEANS, cit., p. 287.

⁷⁸ Id., ibidem., p. 268

⁷⁹ Decreto nº 575, de 10 de Janeiro de 1849: “*Estabelece regras para a incorporação de quaesquer Sociedades anonyms. - Hei por bem Ordenar o seguinte: Art. 1º Nenhuma Sociedade anonyma poderá ser incorporada sem autorização do Governo, e sem que seja por elle approvedo o Contracto, que a constituir. Art. 2º As pessoas que quizerem fundar huma Sociedade anonyma dirigirão sua petição, na Côrte ao Ministro competente, e nas Provincias aos respectivos Presidentes. Esta petição será assignada por todos os interessados, salvo o caso em que o Contracto constitutivo da Sociedade dê para esse fim poderes a hum ou mais d'entre elles. Art. 3º Para ser admittida deverá a petição ser acompanhada dos Estatutos e Contracto constitutivo da Sociedade, em que se expresse clara e positivamente a obrigação, que contrahir cada hum dos socios, de realisar suas entradas nas epocas, que forem determinadas, sem a existencia de clausulas, que por qualquer modo a possão tornar illusoria. Art. 4º Nesses documentos deve declarar-se: 1º, o negocio ou negocios que a Sociedade se propõe emprehender: 2º, o domicilio da Sociedade: 3º, o tempo que deve durar: 4º, a importancia do fundo social: 5º, a maneira por que ha de ser formado: 6º, os prazos em que deve ser*

Com a superveniência do Código Comercial de 1850 – Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850 – foi tal tipo societário alterado pelo respectivo art. 287, que dispunha ser da essência das sociedades mercantis que seus sócios contribuísem para a formação de seu Capital Social.

Em seguida, sobreveio a Lei n.º 1.083, de 22 de agosto de 1860 - que foi, na verdade, a primeira lei brasileira das sociedades por ações; em seu artigo 2.º, está expressa a exigência, para essa forma societária, de um Capital Social.⁸⁰ Esse princípio foi subsequentemente mantido pelo art. 3.º da Lei n.º 3.150, de novembro

realizado; e 7º finalmente, o modo de administração da Sociedade. Art. 5º Os Presidentes de Provincia transmittirão as petições, que lhes forem entregues, com os documentos precedentemente indicados, ao Ministro competente, ajuntando-lhes informações circunstanciadas sobre os seguintes pontos: 1º, se a empresa apresenta alguma cousa que pareça contraria ás Leis, á boa fé do Commercio, ou aos itemesses da iudustria em geral: 2º, se tem probabilidade de ser bem succedida: 3º, se as qualidades e moralidade dos subscriptores dão sufficientes garantias, e se tem elles meios de realisar suas entradas nas epocas que forem determinadas. Art. 6º O Governo decidirá, á vista dos documentos e informações, de que tratão os Artigos antecedentes, se deve ou não conceder autorisação e approvação para incorporar a Sociedade, a que se referirem, excepto todavia se lhe forem requeridos privilegios, ou faculdades, cuja concessão seja da competencia do Corpo Legislativo, porque em tal caso ser-lhe-hão remettidos os referidos documentos e informações. Art. 7º Depois de obtida a approvação do Governo, nenhuma mudança poderá fazer-se, quer nos Estatutos, quer no Contracto constitutivo da Sociedade, nem estenderem-se suas operações á objectos que não estejam nelles comprehendidos, sem previa autorisação do mesmo Governo. Art. 8º Os Administradores ou Directores das Sociedades anonymas responderão pessoal e solidariamente a terceiros, que com ellas contractarem antes de ser autorisadas pelo Governo, e publicada essa autorisação pelos Jornaes, ou por Editaes no respectivo domicilio. Art. 9º A installação da Sociedade anonyma que tiver por fim fazer operações bancaes, só poderá ser autorisada quando se tenha realisado a quarta parte das acções; mas se não for completado o numero total dellas no prazo marcado no Contracto constitutivo, será a Sociedade dissolvida, salvo se obtiver do Governo autorização para fazer suas operações com numero menor de Accionistas, do que o marcado no mesmo Contracto. Art. 10. O Governo nomeará, todas as vezes que entenda conveniente, hum ou mais Agentes para fiscalisarem as operações das Sociedades, de que trata o Artigo antecedente; e poderá declara-las dissolvidas, quando se verificar que não cumprem as condições, a que se sujeitárão. Art. 11. Pelo Ministerio dos Negocios da Fazenda se expedirão todas as providencias relativas ás Sociedades, de que trata o Artigo nono.- Joaquim José Rodrigues Torres, do Meu Conselho, Senador do Imperio, Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Fazenda, e Presidente do Tribunal do Thesouro Publico Nacional, assim o tenha entendido, e faça executar.-Palacio do Rio de Janeiro em dez de Janeiro de mil oitocentos quarenta e nove, vigesimo oitavo da Independencia e do Imperio. - Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador. Joaquim José Rodrigues Torres” Coleção de Leis do Império do Brasil - 1849, Página 10 Vol. pt II

⁸⁰ Lei n.º 1.083 : “Art. 2.º- *Na organização e regimen das Companhias e Sociedades Anonymas, assim civis como mercantis, observar-se-hão as seguintes disposições: § 1º As Companhias ou Sociedades Anonymas, Nacionaes ou Estrangeiras, suas Caixas Filiaes ou Agencias, que se incorporarem ou funcționarem sem autorisação concedida por Lei ou por Decreto do Poder Executivo, e approvação de seus estatutos ou escripturas de associação, além de incorrerem na pena do art. 10 do Decreto n. 575 de 10 de Janeiro de 1849, pagarão as que tiverem capital social a multa de 1 a 5% do mesmo capital, e as que o não tiverem a de 1:000\$ a 5:000\$000, pelas quaes multas, assim como por todos os actos das referidas Sociedades, ficão solidariamente responsaveis os socios que as organisarem ou tomarem parte em suas deliberações, direcção ou gerencia, e as pessoas que directa ou indirectamente as promoverem.(...) (negritos aditados)*

de 1882,⁸¹ assim como pelo art. 65 do posterior Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891⁸², pelo art. 1.º do Decreto n.º 850, de 13 de outubro de 1890,⁸³ pelo Decreto-lei n.º 1.362, de 1891, e pelo Decreto-lei n.º 2.627, de 1940.

Autor do anteprojeto de lei do diploma regente desse tipo societário no Brasil, anteriormente à atual legislação - o Decreto-lei n.º 2.627, de 1940 - Trajano de Miranda Valverde foi um comercialista brasileiro muito respeitado em seu tempo, pela grande contribuição dada à ordem jurídica, tendo também elaborado o anteprojeto do Decreto-lei n.º 7.661/1945 - a antiga Lei de Falências - hoje parcialmente substituída pela Lei de Recuperação de Empresas – Lei n.º 11.101/2005.

Em seus estudos sobre os primórdios da sociedade por ações, Miranda Valverde⁸⁴ admite que as investigações históricas não teriam conseguido, de modo efetivo, localizar a respectiva origem; entretanto, concorda com a procedência da opinião geral no sentido de ter sido o Banco de São Jorge, constituído em Gênova em 1407, a organização que pela primeira vez teria corporificado os elementos principais desse instituto jurídico.

Isso teria ocorrido porque os credores particulares da República de Gênova, reunidos numa casa denominada de São Jorge, teriam decidido executar a devedora impontual, pelo principal e juros devidos em razão da subscrição de títulos de renda emitidos pela República de Gênova ao ensejo das guerras contra Veneza.

Tais títulos vinham garantidos pela futura arrecadação tributária e eram transferíveis como empréstimos de renda vitalícia;⁸⁵ assim, impossibilitada de quitar

⁸¹ Lei n.º 3.150: “Art. 3.º- As sociedades anonyms não se podem definitivamente constituir **senão depois de subscripto o capital social todo**, e depois de effectivamente depositado em algum Banco ou em mão de pessoa abonada, à escolha da maioria dos subscriptores, a decima parte em dinheiro do valor de cada acção.(...)” (negritos aditados)

⁸² Decreto n.º 434: “Art. 65. As sociedades anonyms não se podem definitivamente constituir, **sinão depois de subscripto o capital social todo e effectivamente depositada em um banco de emissão**, ou em outro sujeito à fiscalização do Governo, ou que para esse fim se sujeitar a ella, à escolha da maioria dos subscriptores, a decima parte, em dinheiro, do capital subscripto. (Lei n. 3150 de 1882, art. 3º; Decr. n. 8821 do mesmo anno art. 24; Decr. n. 164 de 17 de janeiro de 1890, art. 8º; Decr. n. 850 de 13 de outubro do mesmo anno, art. 5º; Decr. n. 1369 de 14 de fevereiro de 1891, art. 10)” (negritos aditados).

⁸³ Decreto n.º 850: “Art. 1.º - Decreto-lei n.º 1.362, de fevereiro de 1891, e Decreto-lei n.º 2.627, de 1940.

⁸⁴ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 3.ª ed., 1959, v.I, p.10.

⁸⁵ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Sociedade anônima e mercado de capitais*.v.I. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1973, p. 10/13

o débito, a República de Gênova teria oferecido a seus credores, em pagamento, o direito de exação dos tributos⁸⁶.

Os credores, então, teriam criado um banco ao qual transferiram os títulos em seu poder – incumbindo a esse banco encarregar-se da cobrança dos tributos. De sorte que esse banco foi, na verdade, constituído mediante o aporte dos títulos que expressavam a dívida da República (*loca montium*). Seu capital era repartido em ações, cotadas no mercado de então e livremente alienáveis.⁸⁷

O nome de ações, todavia, é originário do idioma holandês,⁸⁸ e foi documentadamente utilizado nos Países-Baixos em torno de 1600, quando operavam grande sociedades dessa modalidade, dotadas de personalidade jurídica e de índole semipública, constituídas mediante concessão governamental e sujeitas a uma intensa fiscalização do Estado.

A modalidade societária das sociedades por ações, portanto, teve sua evolução muito influenciada pelas grandes companhias coloniais dos séculos XVII e XVIII, encarregadas das arriscadas expedições de navegação com as quais foi encerrada a alta Idade Média e teve início a Idade Moderna. Em 1602 formou-se, nos Países Baixos, a primeira Companhia das Índias Orientais.⁸⁹ A *Verenigde Oostindische Compagnie* adotou a sigla VOC⁹⁰ e resultou da fusão de empreendimentos marítimos menores, capitaneados por investidores das Câmaras de Comércio de Delft, Roterdã, Middleburg, Hoorn e Enkhuizen. Tal fusão não se deu voluntariamente, tendo sido provocada, incentivada e até certo ponto forçada, por determinação real.

E em 1621, também na Holanda, formou-se a Companhia das Índias Ocidentais. Como mencionado, tanto uma como outra resultaram da fusão de

⁸⁶ Daí haverem-se referido alguns autores à antiga *societas vectigalia*, ou *societas publicanorum*, para definir os primórdios da sociedade por ações. Pela expressão *societas vectigalia* deve-se compreender a sociedade à qual incumbe a exação tributária (*vectigalia* são os impostos) e que era composta dos *publicanos*, cidadãos aos quais havia sido adjudicada a coletoria de impostos.

⁸⁷ Contudo, há quem entenda (como MARTINS, Fran, in *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2002, p.231) que a precursora da sociedade por ações foi a *colonna*, associação naval organizada no Mediterrâneo sob contrato, e cuja existência vinha já relatada na *Tábua Amalfitana*, datada de 1.131. Também BORGES, João Eunápio, in *Curso de Direito Comercial Terrestre*.v.II Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1959, p. 187.

⁸⁸ A afirmação é de BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., *passim*.

⁸⁹ Aliás, formaram-se pelo menos sete Companhias das Índias Orientais e pelo menos quatro Companhias das Índias Ocidentais, como esclarece HUBERMAN, Leo, in *História da Riqueza do Homem*. Rio de Janeiro : LTC, 1986, p.90.

⁹⁰ BROOK, Timothy. *O Chapéu de Vermeer – O século XVII e o começo do mundo globalizado*. Rio de Janeiro : Ed Record, 2012, p. 27.

sociedades menores, ligadas às *guildas*⁹¹ dos comerciantes e encarregadas do comércio marítimo.

Assim, as primeiras grandes *sociedades por ações*, ou *companhias*, surgiram de associações entre o Estado e os grandes comerciantes, que já haviam amealhado muitas riquezas em decorrência de suas explorações mercantis. Com base no relato histórico que faz Miranda Valverde,⁹² pode-se inferir que muitas das regras com as quais hoje se qualifica a chamada *função social da empresa* já vinham estatuídas nos primórdios da regulação legal desse tipo societário, no Brasil.

Uma dessas antigas regras consistia na vedação aos administradores, de alienar direta ou indiretamente seus bens particulares à sociedade – e, entre outras exigências, eram ainda os administradores reputados pessoalmente responsáveis pelos guarda-livros ou contadores que houvessem nomeado para a sociedade.

Assim também é o relato feito pelo italiano Ferrara⁹³, tendo tal fenômeno ocorrido não apenas com relação aos Países Baixos - cuja Companhia das Índias Orientais, como mencionado, foi um paradigma nesse sentido – mas ainda na Península Ibérica, em que o comércio externo era monopólio do Estado.

A evolução conceitual da independência patrimonial típica das sociedades por ações, por sua vez, se deu por intermédio da crescente autonomia dos conventos e ordens religiosas, as famosas *corporações de mão-morta* mencionadas no antigo Código Comercial Brasileiro.⁹⁴ A busca da personificação parece ter inicialmente decorrido da necessidade de administrar os bens que eram obtidos pelas ordens

⁹¹ Corporações de ofício, ou associações.

⁹² VALVERDE, Trajano de Miranda. Op.cit., p.13: “Fixado o prazo de duração da Companhia em 24 anos, determinou-se que durante ele ninguém poderia retirar o capital ou o dinheiro com que entrara. Organizou-se a administração da Companhia, assentando-se que os primeiros diretores deviam servir por seis anos, dando-se a substituição deles por meio de sorteio, findo aquele prazo, de dois em dois anos, uma terça parte de cada vez. Dispôs-se sobre as condições para a realização das assembleias gerais, às quais se atribuiu competência para tratar e resolver todas as questões relativas à Companhia. Foram os diretores proibidos de fornecer ou vender à Companhia navios, mercadorias ou fazendas, que lhes pertencessem no todo ou em parte, direta ou indiretamente, e, provado que tivessem violado a proibição, perderiam suas gratificações de um ano em benefício dos pobres e seriam demitidos de seus cargos. Os diretores eram responsáveis pelos caixeiros e guarda-livros que nomeassem. De seis em seis anos, devia fazer-se o balanço geral dos negócios, para se apurarem os lucros ou as perdas, partilhados os primeiros sempre que atingissem 10%. Os diretores que não procedessem ao balanço no prazo teriam suas gratificações confiscadas.”

⁹³ FERRARA, Francesco. *Teoría de las personas jurídicas*. Madrid : Editorial REUS, 1929, p.531 e segs.

⁹⁴ Decreto n.º 556, de 1850, “Art.2.º - São proibidos de comerciar: (...) 3 - as corporações de mão-morta, os clérigos e os regulares.”

religiosas, por força dos votos de pobreza dos indivíduos que nelas ingressavam,⁹⁵ assim como em decorrência de contribuições feitas pelas respectivas famílias aos conventos e mosteiros.

Léon Duguit⁹⁶ escreveu que uma sociedade personificada seria formada por um *ato coletivo*; nesse sentido, asseverou que os atos componentes desse momento inicial, ou melhor, os atos em que esse primeiro ato se decompõe, seriam suscetíveis de serem vistos como se *um só ato* fossem, pois seriam dotados da capacidade de se *fundirem num só ato*, eliminando-se as vontades subjetivas pessoais dos fundadores e surgindo uma vontade unitária; essa é, com pequenas alterações, a tese também adotada por Gierke.⁹⁷

Daí decorreria a natureza *institucional* da sociedade por ações, distinta da natureza *contratual* que caracteriza as demais sociedades mercantis. Alguns, influenciados pela *common law*, em que quase todas as criações jurídicas do ser humano possuem natureza contratual - o que as dotaria de coercibilidade ou força vinculativa - estabelecem que a sociedade por ações seria *pluricontratual*, mas como se viu, é mais razoável considerá-la institucional.

Durante muito tempo, contudo, entendeu-se que um grupo de indivíduos reunidos em sociedade só atribuiria personalidade à sociedade se *ao menos um deles fosse comerciante*, devidamente matriculado como tal no Registro de Comércio. Essa realidade persistiu até bem recentemente, no Brasil, pois bastaria que um comerciante se associasse a outrem - que poderia ser um não-comerciante - e um deles fornecesse os fundos necessários, assumindo o primeiro a responsabilidade integral pelas atividades comerciais, e o provedor de fundos permanecendo responsável apenas pelos recursos aportados, para que se reputasse constituída uma sociedade personificada *em comandita*, pelo vetusto Código Comercial.⁹⁸

⁹⁵ Resultando daí a antiga expressão “corporações de mão-morta”, uma vez que, tendo ingressado na ordem religiosa, o indivíduo perdia a *administração dos próprios bens*, por conta do voto de pobreza.

⁹⁶ DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones generales del derecho privado*, Madrid : Casa Editorial, 1912, p. 213.

⁹⁷ GIERKE, Julius von. *Derecho comercial y de la navegación*. Buenos Aires : Tip. Editora Argentina, 1957, p. 428.

⁹⁸ Código Comercial (Decreto 556/1850): “Art. 311 – Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se associam para fim comercial, obrigando-se uns como sócios solidariamente responsáveis, e sendo outros simples prestadores de capitais, com a condição de não

Uma outra tipicidade curiosa do antigo Código Comercial brasileiro é o fato de que só seria comerciante quem obtivesse *matrícula* como tal; e mais: desde que a mercancia fosse sua atividade básica.⁹⁹ Havia, portanto, dois requisitos básicos: obter a matrícula e viver da mercancia.

Ainda hoje, na Colômbia - que segue o sistema ibérico, semelhante ao nosso; e no Reino Unido – que segue a *common law*, há a necessidade de *renovar-se anualmente a matrícula* dos comerciantes ou empresários, assim como dos demais entes empresariais. Contrariamente ao que muitos pensam, todavia, não se trata de *simples recadastramento*, mas sim de *ato formal de renovação da autorização estatal para o exercício da atividade empresarial*. Sem a matrícula – ou sem sua renovação a cada ano – quem eventualmente exercer essa atividade o fará de modo irregular.

Na Colômbia, um *empresário irregular* não logra obter financiamento em instituições públicas e não tem direito de contar com os benefícios da recuperação judicial, nem seus credores têm direito ao concurso falimentar. Entretanto, a falta de renovação da matrícula não o sujeita, naquele país, a penalidades maiores, senão a uma multa que vai a 17 salários-mínimos mensais a cada período de 30 dias em que se prolongue sua condição de infrator.¹⁰⁰

No Reino Unido, todavia, a falta de renovação da matrícula expõe o empresário ou a sociedade empresária à penalidade extrema da *cessação impositiva de suas atividades*, determinada pelo órgão de registro empresarial.

Ao tempo da vigência do antigo Código Comercial, no Brasil, não poderia haver quem exercesse a mercancia sem estar registrado como comerciante, embora pudesse haver alguém que a exercesse de modo autônomo, antes mesmo de obter o competente registro. Aqui nunca se exigiu, todavia, que a inscrição ou matrícula fosse reiterada anualmente.

serem obrigados além dos fundos que forem declarados no contrato, esta associação tem a natureza de sociedade em comandita. Se houver mais de um sócio solidariamente responsável, ou sejam muitos encarregados da gerência ou um só, a sociedade será ao mesmo tempo em nome coletivo para estes, e em comandita para os sócios prestadores de capitais.”

⁹⁹ Código Comercial (Decreto 556/1850): “Art. 4- Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (artigo n.º 9).”

¹⁰⁰ ECHEVERRI, Jorge Hernán Gil. *Tratado de Registro Mercantil*. Bogotá: Darbel, 2013, p.120

Curiosamente, a própria legislação do Império continha certa distinção entre os *menores em geral* – que podiam alcançar a maior idade mediante emancipação ou a aquisição de uma independência financeira, pela via da atividade comercial rotineira, que os autorizasse a prover o próprio sustento e nessa condição permitia que requeressem suas matrículas no antigo Tribunal do Comércio. E, de outra parte, os chamados *filhos-famílias*, que trabalhassem em associação a seus pais.¹⁰¹

Por outro lado, um grupo de pessoas, comerciantes ou não, que exercessem atividades comerciais, sem todavia haverem tido o cuidado de formalizar uma sociedade devidamente matriculada e portanto dotada de personalidade jurídica - o que corresponderia à chamada *sociedade em comum* – teria o ônus da solidariedade entre seus membros¹⁰².

A *sociedade em comum*, portanto, era como que uma penalidade imposta pelas leis a quem deixasse de se registrar *antes* de exercer alguma modalidade de atividade comercial, como comandava o ordenamento de então.

Na Itália, como relatado por Scalfi,¹⁰³ por longos anos não se viu uma sociedade de pessoas como algo personificável, ou suscetível de ser convolado em

¹⁰¹ Veja-se o art. 1.º do Código Comercial de 1850: “Art. 1 - Podem comerciar no Brasil: 1 - Todas as pessoas que, na conformidade das leis deste Império, se acharem na livre administração de suas pessoas e bens, e não forem expressamente proibida neste Código. 2 - Os menores legitimamente emancipados. 3 - Os filhos-famílias que tiverem mais de 18 (dezoito) anos de idade, com autorização dos pais, provada por escritura pública. O filho maior de 21 (vinte e um) anos, que for associado ao comércio do pai, e o que com sua aprovação, provada por escrito, levantar algum estabelecimento comercial, será reputado emancipado e maior para todos os efeitos legais nas negociações mercantis. 4 - As mulheres casadas maiores de 18 (dezoito) anos, com autorização de seus maridos para poderem comerciar em seu próprio nome, provada por escritura pública. As que se acharem separadas da coabitação dos maridos por sentença de divórcio perpétuo, não precisam da sua autorização. Os menores, os filhos-famílias e as mulheres casadas devem inscrever os títulos da sua habilitação civil, antes de principiarem a comerciar, no Registro do Comércio do respectivo distrito. (...) Art. 4 - Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (artigo nº 9).”

¹⁰² Código Comercial (Decreto 556/1850): “Art. 305 – Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social. Desta natureza são especialmente: 1-Negociação promiscua e comum. 2- Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum. 3-Se um dos associados se confessa sócio, e os outros não o contradizem por uma forma pública. 4-Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum. 5-A dissolução da associação como sociedade. 6-O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais. 7-O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social. 8- O uso de marca comum nas fazendas ou volumes. 9- O uso de nome com a adição – e companhia. A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos (art. 316).”

¹⁰³ SCALFI, Gianguido. *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*. Milano : Giuffrè, 1968.

peessoa jurídica. Scalfi analisou com acuidade esse fenômeno, tendo estudado¹⁰⁴ Kelsen, Ascarelli e Hart, e tendo concluído que tanto a corrente da linguagem, cujo expoente era Hart, quanto a corrente do pensamento, cujo prócer era Kelsen, tiveram o condão de *dissolver a noção de pessoa jurídica*, na medida em que *sujeitos de relações jurídicas seriam seus organizadores ou instituidores*, e não a própria pessoa por eles criada.

Opondo-se contudo a tal interpretação, Scalfi pondera que reduzirem-se os direitos da pessoa jurídica aos direitos de seus componentes eliminaria *a valoração normativa decorrente do próprio conceito de pessoa jurídica*, além de deixar inexplicadas as pessoas jurídicas de Direito Público, por exemplo.

Por outro lado, como esclarece Oliveira,¹⁰⁵ Scalfi rejeita a proposta de Ascarelli no sentido de se considerarem unitariamente, ou de forma igual, todas as figuras sobre as quais se colocaria a questão da personalidade, distinguindo-as apenas com relação à própria norma que as tenha autorizado a operar no sistema jurídico. Para Ascarelli,¹⁰⁶ só é pessoa quem a lei determina que o seja, mediante critérios de conveniência legislativa, sendo certa a existência de grupos de interesse aos quais a lei não atribui personalidade, dotando-os todavia de representatividade processual, como por exemplo os *condomínios*.

Rejeitando a visão unitária de Ascarelli, mas perplexo entretanto com o que apelida de *dualismo*, Scalfi busca justificar sua tese apelando para considerações ligadas à *limitação de responsabilidade*. Nesse ponto Scalfi se aproxima de Galgano,¹⁰⁷ na medida em que este último define *a subjetividade* como o direito comum, enquanto que *a personalidade* seria derogatória do direito comum, uma vez que caracterizaria *a limitação de responsabilidade dos seus instituidores*.

Scalfi, todavia, rejeita também a conclusão de Galgano, lecionando que somente costuma ser reconhecida pela ordem jurídica como *pessoa jurídica*, a formação que se apresenta como *potência superindividual*.

¹⁰⁴ SCALFI, op.cit., p 14 e seguintes.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo : Ed. Saraiva, 1979, p.197 e seguintes

¹⁰⁶ ASCARELLI, Tullio. Responsabilidade dos diretores para com os terceiros. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo : Saraiva, 1969.

¹⁰⁷ GALGANO, Francesco . Rapport général sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil.In: *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*. Travaux de l'Association Henri Capitant. Paris : Dalloz, 1974.

Ferrer Correia¹⁰⁸ acrescenta que as vontades dos sócios fundadores de uma sociedade personificada têm conteúdo homogêneo, embora não sejam umas dirigidas às outras, mas sim se destinem todas à viabilização do *mesmo objetivo*, a criação do ente personificado, que é o interesse comum a todos. Desse conteúdo homogêneo nasceria, então, o ato complexo, que originaria a sociedade empresária personificada.

Entretanto, para Ferrer Correia, a própria teoria do *ato complexo* acaba sem explicar a circunstância do surgimento de relações jurídicas entre os sócios da pessoa recém-constituída. Segundo esse autor, é então evidente que as várias declarações de vontade emitidas pelos sócios se entrecruzam,¹⁰⁹ como de resto acaba ocorrendo nos contratos plurilaterais.

A questão da formação da pessoa jurídica, como se vê, é bastante complexa. Gierke insiste¹¹⁰ em que as diferentes declarações de vontade dos sócios da pessoa jurídica em fase de constituição *não possuem existência nem valor jurídico próprios*; apenas formam uma declaração de vontade una, que vem a ser o *ato corporativo*, constituindo elementos desse ato.

Como esclarece Silva,¹¹¹ os adeptos da teoria do ato corporativo entendem que o contrato social não engendraria, *per se*, um novo ser. O novo ser decorreria *exclusivamente da letra da lei*, independentemente de existir o contrato de constituição da sociedade.

No Brasil, Requião rejeita essas premissas, e pondera¹¹² que, como a personalidade jurídica é reconhecida por lei, ela decorre não de *qualquer contrato*, mas simplesmente *da lei*; todavia, é preciso que exista algum ente, distinto das pessoas dos sócios, para que então a lei possa atribuir-lhe personalidade. A sociedade personificada seria, por conseguinte, uma conseqüência mediata da lei e imediata da vontade de seus potenciais sócios.

¹⁰⁸ CORREIA, António Ferrer. *Sociedades comerciais: doutrina geral*. Coimbra : Ed. Universidade de Coimbra, 1956, p. 76.

¹⁰⁹ Como esclarece SILVA, Américo Luís Martins da. *Sociedades empresariais*, Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2006, vol.I, p.61

¹¹⁰ GIERKE, Julius von. Op.cit., p. 79.

¹¹¹ SILVA, Américo Luís Martins da. Op.cit., p. 61

¹¹² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo : Ed. Saraiva, 14.^a ed., 1984, 1.^o vol., p.261-262.

Essa foi, na realidade, a tendência da doutrina francesa, na medida em que Hauriou,¹¹³ autor da *teoria da instituição*, explicou a criação das sociedades anônimas com base nos institutos de Direito Público, suscitando a distinção existente entre as sociedades mercantis de índole contratual, que decorrem da manifestação de vontade dos seus sócios, e aquelas de tipo institucional, em que as vontades dos sócios pouco contribuem para seu desenvolvimento, uma vez que já tenham sido instituídas.

A distinção é de difícil entendimento, mas fica mais clara quando se reverte diretamente à lição de Hauriou,¹¹⁴ que ensina: as sociedades mercantis ou empresariais tradicionais *são aquelas em que as vontades dos sócios são instrumentais para sua vida*; assim, elas possuem natureza contratual,¹¹⁵ pois as pessoas dos sócios são relevantes.¹¹⁶

Já com relação às sociedades por ações, ou anônimas, *as pessoas dos sócios são irrelevantes*,¹¹⁷ valendo sua manifestação de vontade apenas como pressuposto de surgimento do *ato institucional* que determina a criação da sociedade anônima. É como se, ao invés de sócios, existissem bolsas de dinheiro (*pecunia*) dotadas de vontade.

É justamente a consideração desse *ato institucional* inicial, desempenhado em conformidade com as prescrições legais, que é responsável, juntamente com a concessão do competente registro, *pela atribuição de personalidade jurídica* à sociedade assim criada. A doutrina brasileira conta entre as sociedades de tipo institucional:¹¹⁸ a sociedade anônima; a sociedade do tipo subsidiária integral, e a sociedade em comandita por ações, esta última um tipo societário já em certo desuso.

¹¹³ HAURIU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Trad. por Carlos Ruiz del Castillo. Madrid : Instituto Editorial REUS 1923, p. 321.

¹¹⁴ HAURIU, Maurice. Op.cit.

¹¹⁵ É a conclusão que se extrai do art. 981 do CC/2002: “Art. 981 – *Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. (...)*”

¹¹⁶ Não sem razão, a doutrina majoritária considera que tais sociedades são formadas *intuitu personae*, ou seja, em função das características recíprocas de seus sócios.

¹¹⁷ Daí dizer-se que elas são constituídas *intuitu pecuniae*, isto é, tendo em vista não as pessoas dos sócios, mas os dinheiros que se associarão no empreendimento.

¹¹⁸ SILVA, Américo Luís Martins da. Op.cit, p.63

Analisando o fenômeno da personificação, Saleilles¹¹⁹, com a concordância de Escarra,¹²⁰ pondera que, sendo o ser humano *sujeito de direito* – o que ocorre por ser ele justamente *um ser humano*, e não porque tenha uma vontade, ou a razão, ou seja um centro de interesse, ou tenha um fim social e uma vontade para realizá-lo¹²¹ - a vontade social, no caso das pessoas jurídicas institucionais, consiste inicialmente não no fato de serem sujeito de direito, por mais complicada que essa noção possa parecer, mas sim *numa administração voltada para um fim*.

A *pessoa jurídica institucional* de Saleilles seria, na realidade, a tradução jurídica de uma realidade empírica, e a forma pela qual se lhe atribui personalidade resulta da necessidade social – reconhecida pelo legislador – de se lhe reconhecer *um poder ideal, para a proteção de interesses sociais*.¹²²

Planiol,¹²³ ao mesmo tempo em que nega sua adesão à ideia do *patrimônio sem sujeito*, considera que a pessoa jurídica assim criada é uma *massa de bens*, uma propriedade coletiva: e insiste em que sob o nome de pessoas coletivas, ou de sociedades institucionais, seria preciso entender a existência de bens coletivos; assim, as pretendidas pessoas jurídicas institucionais, na realidade, caracterizariam *copropriedades indivisas*, que por esse meio substituiriam os *patrimônios com destinação*, que constituíam a teoria de Brinz.¹²⁴

Quase todos os estudiosos do fenômeno da personificação, todavia, são unânimes em assentar que *é o direito positivo quem cria a pessoa jurídica*, e o faz para harmonizar *a titularidade do direito com a atuação do direito*, e a capacidade de direito com a capacidade de fato. Essa é uma primeira observação, que adquirirá realce na medida em que se estude a funcionalização da pessoa jurídica que mais tipicamente exerce a atividade empresarial: a sociedade por ações.

Vale notar que, ao longo deste trabalho, a expressão *empresa* estará sendo utilizada em seu sentido originário, conforme vertida do idioma italiano para o vernáculo. Em italiano, *empresa* significa *empreendimento*. No correr destes

¹¹⁹ SALEILLES, Raymond. *De la personnalité juridique*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1929, p.63

¹²⁰ ESCARRA, Jean. *Manuel de Droit Commercial*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1947, p.179

¹²¹ CARTAXO, Ernani Garcia. *As Pessoas Jurídicas em suas origens romanas*. Curitiba : Ed. Guaíra, 1943, p.174.

¹²² CARTAXO, op.cit., p.176

¹²³ PLANIOL, op.cit., n.º 3017.

¹²⁴ BRINZ, Alois von. *Lehrbuch der Pandekten*. Erlangen,: G. Verlag, 1876.

escritos, então, a utilização do termo *empresa* corresponderá à atividade propriamente dita, enquanto que qualquer entidade que estiver exercendo suas atividades *de modo empresarial* - ou seja, mediante uso intensivo dos meios de produção definidos pela teoria econômica: capital, trabalho, insumos e tecnologia, organizados economicamente e voltados para a geração de lucros – será tratada seja como *sociedade empresária personificada*, seja como *empresário individual*, ou ainda como *pessoa jurídica empresária*.

Nesse diapasão, e a exemplo do que ocorre com a legislação específica sobre o tema, no Brasil, não serão aqui tratadas como *empresas* a sociedade por ações aberta (mas sim como *sociedade empresária personificada, aberta*), nem o empresário individual, nem outras formas personificadas de exercício empresarial, de médio ou de pequeno porte.

No ramo de pesquisa jurídico-econômica denominado *Law & Economics* – também cognominado de Escola Econômica do Direito, da qual foi prócer Coase¹²⁵ - uma empresa seria representada pela tecnologia que utilizasse para transformar capital, trabalho e insumos.

Para conciliar a titularidade do direito com a atuação do direito, como exposto anteriormente, os diversos sistemas jurídicos fazem uso de alguns recursos lógicos,¹²⁶ pelos quais conseguem definir que tudo o que funciona tendo em vista uma realização social é uma realidade jurídica.

Na Itália, por exemplo, suscitou-se em certo momento o problema de que determinadas sociedades de pessoas, embora respeitadas, não eram capituladas como pessoas jurídicas. Tendo exposto esse aspecto a um intenso questionamento, Scalfi¹²⁷ concluiu, ao final, que *nem sempre a limitação de responsabilidade é corolário da atribuição de personalidade por parte do sistema jurídico*.

Adotando no início de sua exposição a linha de pensamento de Galgano, Scalfi depois se insurgiu contra o mesmo, ao recordar que tanto o agir em nome da sociedade, quanto a impossibilidade de o sócio compensar o próprio débito com o

¹²⁵ COASE, Ronald, in *The firm, the market and the law*, Chicago : Chicago University Press, 1988-coletânea em que o autor reproduz seu clássico artigo de 1937, sob o título *The nature of the firm*.

¹²⁶ GALGANO, Francesco. Rapport général sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil. In: *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*. Travaux de l'Association Henri Capitant. Paris : Dalloz, 1974.

¹²⁷ SCALFI, Gianguido. *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*. Milano : Giuffrè, 1968.

crédito em favor da sociedade seriam formas de, mantendo intacto e protegido o instituto do Capital Social, atribuir-se personalidade àqueles entes.

Scalfi insiste, portanto, em que é a *organização interna* do ente que justifica que o mesmo receba o tratamento legal de pessoa jurídica. E essa organização pressuporia a *intangibilidade do Capital Social*. Todavia, embora se admita ainda hoje que a intangibilidade é característica essencial do Capital Social, o remanescente da doutrina de Scalfi não mais prevalece.

A visão mais contemporânea determina que, tanto no caso das sociedades anônimas - institucionais - como no caso das sociedades limitadas empresárias que, repita-se, têm uma natureza preponderantemente contratual,¹²⁸ um recurso essencial à respectiva limitação de responsabilidade é, de fato, a existência e a intangibilidade do respectivo Capital Social. Esse pressuposto subjaz a vários ditames legais, em diversos países.

No Brasil, a vinculação do Capital Social à limitação de responsabilidade dos sócios ou titulares da estrutura empresarial personificada constitui a razão de ser da fixação de um Capital *mínimo* para a modalidade de exploração empresarial conhecida como “Eireli”.¹²⁹

¹²⁸ Mas que no Brasil são responsáveis por cerca de 98% das empresas ativas na ordem jurídica, conforme levantamento feito pelo antigo Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, anteriormente acessível no sítio: www.dnrc.gov.br e atualmente acessível no sítio www.drei.gov.br, tendo em vista a transferência de suas atribuições para o Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI da Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República.

¹²⁹ Essa modalidade empresarial, como já aludido, surgiu no ordenamento brasileiro com a promulgação da Lei n.º 12.441, de 11.07.2011, que introduziu substancial alteração ao art. 980 do CC/2002, a saber: “Art. 1º Esta Lei acrescenta inciso VI ao art. 44, acrescenta art. 980-A ao Livro II da Parte Especial e altera o parágrafo único do art. 1.033, todos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), de modo a instituir a empresa individual de responsabilidade limitada, nas condições que especifica.

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 44. (...) As empresas individuais de responsabilidade limitada.(...)

LIVRO II(...) TÍTULO I-A DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO).

Esse aspecto será novamente abordado mais adiante, no capítulo relativo ao Capital Social.

Autor clássico do direito societário norteamericano, Ballantine¹³⁰ esclarece que um ponto que foi longamente debatido, na Câmara dos Lordes, na Grã-Bretanha, quando em 1899 ocorreu o julgamento do famoso caso *Salomon versus A. Salomon Co., Ltd.*,¹³¹ foi a questão da *subcapitalização*. Um comerciante em nome individual, Salomon, decidiu utilizar seu fundo de comércio assim estabelecido, para contribuir com o mesmo, vertendo-o a uma companhia em formação, de cujo Capital Social então ele passou a ser o titular majoritário, sendo que seus familiares receberam algumas modestas participações societárias.

A companhia assim constituída, todavia, veio a tornar-se insolvente, o que fez com que um Juízo de primeira instância reputasse fraudulenta a contribuição que Salomon houvera feito à formação do respectivo Capital Social – por ter sido baseada num valor calculado a maior do que a realidade pelo próprio Salomon - e, em conseqüência, anulasse a constituição da companhia. O tribunal, entretanto, revendo a decisão da primeira instância, reputou a companhia assim já constituída insuscetível de ter sua formação anulada pelo Juízo, pois fora criada em conformidade com a lei então vigente.

Para Ballantine, a tentativa de realizar negócios por intermédio de uma pessoa jurídica *sem suficiente provisão de capital* pode fazer com que a sociedade assim constituída se veja despida de meios para quitar seus débitos. De sorte que a decisão judicial britânica inaugural, relativa à *desconsideração da personalidade*

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.(...)”Art. 1.033. (...)”Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.”

¹³⁰ BALLANTINE, Henry Winthrop. *Ballantine on corporations*. Chicago : Callaghan and Company, 1946, revised edition, p.301.

¹³¹ Este caso foi muito estudado por diversos autores, acreditando-se que, embora não tendo sido autorizada judicialmente a desconsideração da personalidade jurídica de determinada sociedade para responsabilizar os sócios respectivos, foi o primeiro em que didaticamente se tratou da personalidade da companhia.

jurídica de uma sociedade empresária, acabou sendo uma decisão que não a desconsiderou; apenas a mencionou, para em seguida mantê-la hígida.

Alguns autores aludem também a uma decisão ocorrida mais cedo, em 1809, nos Estados Unidos, no litígio entre *Bank of United States v. Deveaux*, relativa ao cabimento da jurisdição federal, ao invés da jurisdição estadual, para dirimir litígios entre sócios de um banco. O então presidente da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, desconsiderou a natureza jurídica de uma sociedade bancária para fixar seu entendimento de que um grupo de sócios de um banco poderia processar os demais sócios do mesmo banco, residentes em outro Estado da Federação, por meio de acesso à Justiça Federal daquele país.¹³²

¹³² Assim foi resumido o caso pelo próprio Marshall: “A corporation aggregate composed of citizens of one state may sue a citizen of another state in the circuit court of the United States. Where the jurisdiction of the courts of the United States depends not on the character of the parties, but upon the nature of the case, the circuit courts derive no jurisdiction from the Judiciary Act except in case of a controversy between citizens of the same state claiming lands under grants from different states. No right is conferred on the bank by its act of incorporation to sue in the federal courts. A corporation aggregate cannot, in its corporate capacity, be a citizen. The duties of this Court to exercise jurisdiction where it is conferred and not to usurp it where it is not conferred are of equal obligation. The Constitution therefore and the law are to be expounded without a leaning the one way or the other, according to those general principles which usually govern in the construction of fundamental or other laws. A constitution, from its nature, deals in generals, not in detail. Its framers cannot perceive minute distinctions which arise in the progress of the nation, and therefore confine it to the establishment of broad and general principles. The Judicial Department was introduced into the American Constitution under impressions and with views which are too apparent not to be perceived by all. However true the fact may be that the tribunals of the states will administer justice as impartially as those of the nation to parties of every description, it is not less true that the Constitution itself either entertains apprehensions on this subject or views with such indulgence the possible fears and apprehensions of suitors that it has established national tribunals for the decision of controversies between aliens and a citizen or between citizens of different states.” (Trad. livre: “Um grupamento de sócios de uma sociedade por ações composto de cidadãos de um determinado Estado pode processar um cidadão de outro Estado no circuito da Justiça federal dos Estados Unidos. Se por um lado é certo que a jurisdição das cortes federais não depende da natureza das partes em litígio, mas do tipo de litígio, também é certo, por outro lado, que a competência das cortes federais não decorre da Lei do Poder Judiciário, senão quando houver controvérsia entre cidadãos de um determinado Estado, relativa a terras em outro Estado. A constituição do banco como sociedade por ações não lhe assegura o direito de utilizar-se da jurisdição federal. Uma pessoa jurídica não equivale processualmente a um cidadão. São igualmente deveres desta Corte, o de exercer jurisdição onde ela lhe é conferida, e o de não usurpá-la onde ela não lhe é conferida. Tanto a lei ordinária como a Constituição devem ser igualmente respeitadas, sem que uma pressione a outra e em obediência aos princípios gerais que ditam a interpretação das leis, sejam elas fundamentais ou não. A Constituição, dada sua natureza, lida com regras gerais, e não com detalhes. Seus autores não poderiam aperceber-se de mínimas distinções que surgem ao longo do desenvolvimento da Nação; por tal razão, curcunscreveram-se ao estabelecimento de normas amplas e princípios gerais. O Poder Judiciário foi introduzido na Constituição dos Estados Unidos sob impressões e objetivando resultados que são perceptíveis a quem quer que seja. Se por um lado é verdade que os tribunais estaduais administram justiça com a mesma imparcialidade dos tribunais federais, por outro lado a própria Constituição suscitou a possibilidade de uma certa apreensão das partes litigantes, de sorte que indulgentemente autorizou a que as controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados, ou entre cidadãos norteamericanos e estrangeiros, fossem resolvidos pela Justiça Federal..”

A circunstância da fraude – tentada ou concretizada - contra terceiros, mediante o abuso da personalidade jurídica, por sua vez, ocasionará no Brasil a *desconsideração da personalidade jurídica da sociedade* - de que decorrerá uma inevitável confusão patrimonial entre esta e seus instituidores – tudo de molde a que os credores da sociedade, insatisfeitos, possam atingir os patrimônios pessoais dos respectivos sócios ou instituidores.

À primeira leitura, ao aludir à *undercapitalization*, a antiga decisão inglesa parece confundir as noções de Capital Social com patrimônio social. Sabe-se que quem responde pelas dívidas da sociedade cujos sócios contam com a limitação das respectivas responsabilidades é seu *patrimônio social, não diretamente seu Capital Social*. Todavia, se sobrevier a dissolução e a liquidação da sociedade - e o respectivo patrimônio for insuficiente para quitar os débitos sociais em face de credores e terceiros de boa-fé - não será restituído aos sócios, em liquidação, o percentual do Capital que os mesmos houverem subscrito e integralizado, mas serão esses mesmos recursos utilizados para pagamento de credores, ainda que se tratem de credores quirografários, cujos créditos são considerados subordinados, apenas preferindo aos próprios sócios.¹³³

De sorte que, numa certa proporção, o Capital Social responde, sim, pelos débitos da sociedade, na medida em que, em situações extremas de liquidação da pessoa jurídica, os respectivos sócios poderão ser privados do direito ao reembolso do Capital.

Todavia, numa nova leitura, percebe-se que na realidade o sentido da expressão inglesa é outro, pois em *undercapitalization*, o termo *capital* não se refere propriamente ao Capital Social, mas sim aos recursos patrimoniais. Capital Social, no idioma inglês, corresponde à expressão *equity capital*. Assim, quando a doutrina e a jurisprudência norteamericana, ou inglesa, cuidam de *undercapitalization*, estão tratando da insuficiência de fundos para a operação da sociedade; trata-se, portanto, de uma insuficiência do *capital circulante*.¹³⁴

¹³³ Nos Estados Unidos usa-se a expressão *subordinated debt*, também utilizada no Brasil para caracterizar um tipo de financiamento em que os direitos dos credores é não-garantido, e fica subordinado a todos os demais credores, devendo tais credores subordinados ser pagos logo antes da restituição do Capital Social aos Acionistas.

¹³⁴BALLANTINE, op.cit, p. 303: “*It is coming to be recognized as the policy of the law that shareholders should in good faith put at the risk of the business unencumbered capital reasonably adequate for its prospective liabilities. If the capital is illusory or trifling compared with the business to*

Na verdade, é preciso ressaltar que a primeira lei tratando de sociedades empresárias personificadas, a trazer para o ordenamento jurídico os *princípios de proteção aos interesses dignos de tutela* foi a lei alemã de sociedades por ações promulgada em 1937, na qual se baseou, em parte, o autor do projeto¹³⁵ do Decreto-lei n.º 2.627/1940 - a anterior lei brasileira de sociedades por ações.

Contudo, em decorrência da época mesma em que fora editada a lei acionária alemã - 1937 - esta veio redigida de modo autoritário, e acabava por, num primeiro momento, reconhecer os direitos dos minoritários mas, num segundo momento, em limitá-los, dando livre curso às iniciativas dos majoritários, por supor que o *interesse social* seria subjacente aos interesses destes, ao invés de aos interesses daqueles (minoritários).

Assim, foi somente em 1965, com a nova lei societária alemã, que se logrou efetivamente consolidar naquele país um sistema de *co-gestão*, atribuindo idêntica relevância ao capital e ao trabalho, e determinando que se um empregado for eleito para compor um órgão da administração, deve fazê-lo sentindo-se livre para representar os interesses dos empregados, podendo desvincular-se dos interesses da sociedade empresária, dos controladores e dos demais detentores de interesses.

Vale dizer que, embora a lei acionária alemã de 1937 houvesse pioneiramente estabelecido uma *cláusula social*,¹³⁶ ordenando - em feição compatível com a *solidariedade social* trazida em 1919 pela Constituição de Weimar - que se promovessem os interesses sociais dignos de proteção, dentre os quais a *função social e o bem comum* - em seu §101,3 - na realidade a tutela legal mais adequada somente foi alcançada a partir de 1965.

Pois foi também somente em 1965 que, já se tendo antes percebido com clareza a existência da chamada *beherrschender Einfluss* - influência dominante - dos acionistas controladores, conseguiu-se estabelecer a real proteção dos

be done and the risks of loss, this is a ground for denying the separate entity privilege.”(Trad. livre: “Está-se hoje começando a considerar que a intenção do legislador é que os acionistas devam em boa-fé colocar à disposição da empresa uma quantidade suficiente de capital, adequada a cobrir suas obrigações prospectivas. **Se o montante de recursos for ilusório, ou irrisório, em comparação com o que deve ser feito empresarialmente e com os riscos de perda, haverá fundamento para negar a personalidade autônoma da sociedade.**”(negritos aditados).

¹³⁵ Trajano de Miranda Valverde.

¹³⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello e STAJN, Rachel, in Recuperação e Função Social da Empresa : reavaliando antigos temas, *Revista dos Tribunais*, RT 913, novembro de 2011, São Paulo, p. 180.

minoritários e dos empregados, sem que o interesse contraposto ao dos controladores fosse necessariamente a *defesa nacional*.

De sorte que, numa primeira abordagem, a lei acionária alemã de 1937 tutelava a *função social da empresa*, mas fazia-o com base em *noções de defesa ou segurança nacional* – noções exógenas à ideia do empreendimento, porém compatíveis com aquele momento histórico e com o regime político então instaurado.

Vale dizer, portanto, que a primeira feição da chamada *função social da empresa foi registrada na Alemanha*, em meados do século XX, e se ligava mais à dimensão *nacionalista* do pensamento da época. Assim, embora - como se viu - já desde 1937 se houvesse formulado a doutrina institucional do *empreendimento* – em alemão, *Unternehmen an sich* – que, com base em estudos econômicos,¹³⁷ assegurava à administração (*Verwaltung*) prevalência sobre a assembleia de acionistas (*Hauptversammlung*), na expectativa de, assim forçando as sociedades por ações a atender aos interesses econômicos nacionais, conseguir afinal reconstruir a Alemanha do pós-guerra,¹³⁸ foi somente a partir de 1965, com a implantação da real proteção aos interesses do *empreendimento* em conjunto com o *interesse dos demais participantes do universo empresarial*, que na Alemanha se logrou estabelecer uma verdadeira tutela sobre os direitos dos minoritários.

Instaurou-se então naquele país o movimento que diversos autores depois denominaram de *integracionismo* ou *institucionalismo organizativo*.¹³⁹ Sua grande preocupação passou a ser com os interesses pertinentes a outros grupos que não o grupo dos acionistas controladores. De sorte que, como oportunamente definiu Calixto Salomão,¹⁴⁰ houve uma substituição do *interesse público* até então vigente, pelo interesse da permanência ou *continuidade* da empresa. Este último era um interesse comum não apenas aos controladores e ao Estado, como ainda aos próprios trabalhadores e aos minoritários.

¹³⁷ Expressão adotada por RATHENAU, Walter, in *La realtà della società per azioni – riflessioni suggeriti dall'esperienza degli affari*, passim.

¹³⁸ Como leciona SALOMÃO, Calixto, in Introdução, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005, artigo por artigo*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2.^aed., 2007, p. 43 e segs.

¹³⁹ SALOMÃO, Calixto, op. cit., p.49.

¹⁴⁰ SALOMÃO, Calixto, op.cit., p.54

Para os alemães, tanto as sociedades por ações quanto as limitadas deveriam inserir-se nas regras de *funcionalização social*, tais como estatuídas pelas leis que regulam a participação dos empregados nos órgãos diretivos das grandes sociedades empresárias (*Mitbestimmungsgesetze*);¹⁴¹ apenas, os *Unternehmensinteressen*¹⁴² passaram a ser aqueles dos trabalhadores e dos diversos tipos de sócios, tanto na modalidade da sociedade por ações (AG)¹⁴³ como na forma jurídica da sociedade limitada (GmbH)¹⁴⁴.

Mas, como situa Salomão,¹⁴⁵ a preocupação com a *representação interna dos interesses envolvidos* é fundamental – disso decorrendo a presença de empregados na composição dos órgãos de administração. Não obstante, se essa representação interna estiver separada do interesse pela *preservação da atividade empresarial* – ou se a esse interesse se opuser - não será merecedora da mesma tutela.

Por outro lado, a inexistência de fundos suficientes, na pessoa jurídica, para quitar as obrigações sociais, ou sua insuficiência, até momentânea, para permitir que se cubram os riscos da atividade desenvolvida pela sociedade empresária constituem - e de há muito já assim o é - fatos desautorizados, em razão da circunstância de que violam a tradicional e histórica *proteção ao crédito*.

E qual a razão dessa tutela jurídica do *crédito*? Muitos diriam que se trata de um aspecto patrimonialista da evolução histórica de nosso Direito. Entretanto, se se tem em mente o sentido primordial do termo *crédito* – significando *confiança* – pode-se perceber que só há crédito (sob o prisma econômico) onde inicialmente há confiança (sob o prisma emocional ou psicológico). Como o crédito é reputado elemento essencial para permitir a circulação das riquezas na economia, é fácil perceber-se que, numa economia de mercado, alguém só permanece ativo economicamente se for *merecedor de crédito*.

¹⁴¹ A palavra alemã *Mitbestimmungsgesetze* traduz-se livremente como o conjunto de normas relativas à co-gestão de sociedades empresárias, isto é, à gestão compartilhada entre empregados e administradores profissionais.

¹⁴² O termo alemão *Unternehmensinteressen* significa (trad. livre) *os interesses empresariais, ou os interesses do empreendimento*. Trata-se, aqui, do empreendimento personificado.

¹⁴³ AG é abreviatura de *Aktiengesellschaft*, ou sociedade por ações.

¹⁴⁴ GmbH é a abreviatura de *Gesellschaft* ou *Gemeinschaft mit bechränkter Haftung*, ou sociedade de responsabilidade limitada.

¹⁴⁵ SALOMÃO, Calixto.op.cit., p.49

Daí a relevância de princípios como o antigo *concurso de credores* - sintetizado na tradicional expressão latina *par conditio creditoris* - e institutos como a bancarrota ou falência.

Vale dizer: se um indivíduo, para conviver em sociedade, precisa, com raríssimas exceções, cumprir suas obrigações e nessa esteira pagar o que deve a seu credor, prestigiando o princípio da *proteção ao crédito*,¹⁴⁶ com maior razão um ente artificialmente dotado de personalidade – ou seja, que sequer é de fato uma pessoa viva - deverá fazê-lo.

1.3. A Evolução da Tutela ao Crédito

Com o desenvolvimento histórico das relações comerciais – da Idade Média à atualidade - foram surgindo e passaram a ser crescentemente adotadas certas modalidades contratuais que denotavam uma cada vez maior importância do fenômeno do *crédito*.

Esse instituto do crédito - que inicialmente, como já aludido, implicava um ato de fé, ou de confiança, por parte do credor - foi aperfeiçoado justamente para propiciar uma rápida circulação aos capitais acumulados.¹⁴⁷ No Direito Romano, não se cogitava propriamente de crédito, pois *a obligatio* era assumida pelos patrícios solenemente, configurando *um elo pessoal* entre credor e devedor da mesma.

Decorria dessa vinculação *a formalidade* imposta a qualquer *cessão* do crédito obrigacional, naquele sistema romano. Como a *obligatio* era solenemente assumida, qualquer situação ligada a ela tinha de se revestir das mesmas características solenes. Essa, a situação do Direito Romano no período clássico.

¹⁴⁶ Atualmente já se vislumbra uma exceção, consistindo no tratamento especial, que deve ser concedido ao chamado *super-endividado*. Entretanto, essa exceção vem confirmar a regra de que o crédito é peça relevante na evolução e no desenvolvimento econômico de determinada sociedade; se assim não fosse, não se teria de suscitar excusas especialíssimas - e todavia bastante justificáveis - para quem inadimplisse suas obrigações. Sobre o tema, vale consultar MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 310-344.

¹⁴⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 2.º v. São Paulo : Ed. Saraiva, 29ª ed. revista, p. 457

Todavia, ao avizinhar-se a Idade Média, começaram a ser utilizados pela classe dos *comerciantes* - então em franca ascensão social - certos documentos que corporificavam *per se* uma obrigação assumida por alguém em face de outrem. Tais documentos atendiam às necessidades de celeridade da vida dos mercadores, bem como tinham uma forma relativamente padronizada, para que pudessem ser compreendidos, qualquer que fosse o idioma em que houvessem sido redigidos. Assim, permitiam não apenas uma certa celeridade, como também tinham um caráter até certo ponto *internacional*.

O primeiro desses documentos – que eram na verdade *títulos de crédito*, ou meios criados para permitir a circulação do capital - foi a *letra de câmbio*.

Trabalhando com um conceito inicialmente formulado pelo jurista germânico Brunner,¹⁴⁸ Vivante¹⁴⁹ foi quem veio a definir o *título de crédito*, em síntese até hoje¹⁵⁰ válida: *título de crédito é um documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado*. Para que o título de crédito possa atribuir ampla circulação aos valores nele expressos, é preciso que o faça de modo impessoal, ou seja, sem que um antecessor na cadeia de titularidade possa opor ao terceiro adquirente qualquer questão fundada *em direito pessoal*.

Isso se dá porque um dos princípios mais caros ao Direito Comercial sempre foi o da *proteção a credores e aos terceiros de boa-fé*.¹⁵¹ A razão disso é de fácil compreensão: num mundo de recursos econômicos limitados – como hoje todos

¹⁴⁸ BRUNNER, H. *Zur Rechtsgechichte der römischen und germanischen Urkunde*. Berlin : Nomos Verlag, 1872, reimpresso em 1961

¹⁴⁹ VIVANTE, Cesare, *in Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid : Ed. REUS, 1932, v. I., passim.

¹⁵⁰ Código Civil/2002: “Art. 887- O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.”

¹⁵¹ Vale lembrar-se que, muito antes do Código Civil de 2002, o Código Comercial de 1850 determinava aos comerciantes: “Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, **que for mais conforme à boa fé**, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.”(negritos adotados)

sabemos ser o nosso, e como desde a Antiguidade sabiamente o reputaram os comerciantes – há de se atribuir valor a quem, confiante em determinada pessoa, estende-lhe crédito.

O crédito – que, como mencionado, em seu sentido vulgar significa meramente confiança - corresponde, sob a ótica econômica, a uma operação mediante a qual os recursos, embora parcos, crescem e se exponencializam.

O exemplo é prosaico, mas elucidativo: “A” tem a ideia de vender determinado produto, cuja carência pode perceber em determinadas pessoas, ou em determinada situação; porém, não possui recursos financeiros para adquiri-lo; todavia, “B” lhe empresta, pois confia em “A” como bom pagador; de posse dos recursos financeiros emprestados por “B”, “A” sai em campo e adquire os produtos que em sua visão satisfarão as necessidades das pessoas, ou seja, o mercado; e, depois de ter conseguido, com sua atuação, fazer algum lucro, “A” repaga a “B” pelo empréstimo.

Nada disso teria sido possível se “B” não houvesse confiado em “A” e não lhe houvesse emprestado recursos.

Embora haja quem pense que o crédito juridicamente tutelado em vários diplomas legais é apenas aquele crédito devido pelo credor conforme expresso nos títulos de crédito – numa redutividade sem sentido - não há dúvidas quanto ao fato de que é o *crédito*, de modo geral, que faz a economia girar, possibilitando que pessoas dotadas de visão empresarial efetivamente consigam levar a cabo suas ideias. Como o crédito tem essa função primordial na economia de mercado, recebe tutela especial.

É evidente que o fato de alguém ser possuidor de recursos acumulados e outrem nada ter, já evidencia o desequilíbrio inaugural da situação social em exame. Contudo, essa foi a evolução histórica do sistema jurídico brasileiro, e a economia de mercado é o sistema econômico prevalente em todo o mundo. Assim, é realidade típica do modo de produção capitalista que alguns sejam detentores de maior quantidade de riquezas do que outros – o que torna a *efetividade da função social da empresa*, enquanto agente responsável pela criação e circulação da riqueza – algo de grande relevância.

Há de se considerar, todavia, que quando se fala em crédito, não se está a tratar apenas daquele empréstimo feito por um capitalista ao pequeno empresário –

como no singelo exemplo mencionado há pouco. Na verdade, o instituto jurídico-social-econômico do *crédito* tem mão e contramão.

Lorenzetti, em trabalho muito recente,¹⁵² situa a proteção ao crédito como um dos direitos fundamentais, uma vez que, para o bom funcionamento da cadeia econômica inerente aos mercados, exige-se que também seja levada em conta a *vulnerabilidade econômica do devedor*. É mais simples fazê-lo em momentos de tranqüilidade sócio-econômica; é muito difícil fazê-lo em épocas de crise e desvalorização dos meios de pagamento.

Historicamente, a *tutela do crédito* vinha sendo vista, ao longo dos séculos, como a *tutela do credor*. Hoje, entretanto, já se percebe que os sistemas jurídicos devem comportar uma flexão côncava e outra convexa: ou seja, a ordem jurídica não deveria proteger uma parte em determinada relação jurídica, mais do que protege a outra, a não ser em situações de flagrante fragilidade de determinada parte.

Vale dizer: se por um lado é verdade que a *concessão do crédito* permite a movimentação da economia, por outro lado é também verdade que a *demandada pelo crédito* é que gera essa movimentação.

Assim, não apenas a segurança do terceiro de boa fé é essencial para a negociação dos títulos de crédito, por exemplo – disso decorrendo a vedação, ao subscritor ou devedor do título, de opor exceção de defesa a quem lhe apresentar o título para pagamento – como também, e especialmente, são relevantes para o fenômeno do crédito a *tutela do credor*, que tem de poder receber o valor mutuado – e a sincrônica *tutela do devedor* – que não pode, por exemplo, se defrontar com uma maliciosa recusa do credor, em receber seu crédito. De sorte que a circulação do crédito é matéria essencial na economia de mercado, mas de alta complexidade, mormente se relativa aos chamados *títulos de crédito*.

É como se, circulando, o título se houvesse purificado de qualquer contaminação anterior – em matéria de títulos de crédito, trata-se do princípio da

¹⁵² LORENZETTI, Ricardo. *Prologue*, in *The Global Financial Crisis and the Need for Consumer Regulation: New Developments on International Protection of Consumers*, ed. por Claudia Lima Maques, Diego Fernandez Arroyo, Iain Ramsay, Gail Pearson, Committee on International Protection of Consumers -ILA, obra coletiva, Porto Alegre : Orquestra Editora, 2012.

inoponibilidade das exceções. Escapam contudo a esse princípio os *vícios de forma*, como é evidente, por se tratarem de *cártulas autônomas*.

O que ocorre na ordem jurídica de diversos países - entre os quais o Brasil - com o fenômeno do *crédito* - de que são exemplos os cuidados existentes com a forma e a oponibilidade dos denominados *títulos de crédito* - se reproduz, no conjunto das normas legais, também com relação a outros princípios, que igualmente recebem tutela e proteção, por terem íntima associação com as regras regentes do sistema econômico capitalista.

Um deles é o princípio da *continuidade da empresa*. Esse princípio é responsável pelo antigo instituto da *concordata*, e mais contemporaneamente pela *recuperação judicial*. Esse ponto já foi referido antes e será mencionado novamente mais adiante.

Como já se viu, *somente se a sociedade for solvente* é que os recursos aportados pelos sócios na formação do Capital Social poderão ser-lhes restituídos, por ocasião da respectiva dissolução. Embora não se possa afirmar que a razão da permanência dos sócios como titulares de ações seja a perspectiva de um eventual reembolso do Capital Social originariamente investido - sendo certo, na realidade, o interesse determinante que os acionistas possuem em, ao longo da vida do empreendimento, participar da distribuição dos lucros auferidos pelas grandes sociedades por ações, *pro-rata* de suas participações no Capital Social - todavia impende observar que um direito ao reembolso desse Capital não é inteiramente desprezível, mormente se vier acompanhado de um prêmio.¹⁵³

Um ponto muito importante, na evolução histórica da forma societária conhecida como sociedade por ações, é a circunstância de que seu agigantamento leva a uma *despersonalização de seu comando*, sendo essa razão pela qual tantos estudaram, em diversos países, o fenômeno do *controle*.

Na Alemanha do entre-guerras, Rathenau escreveu de forma visionária sobre as grandes sociedades empresárias abertas, alertando para o fato de que ninguém é seu dono de modo permanente. A despersonalização da respectiva titularidade, por sua vez, implica a objetificação - ou coisificação - do conteúdo do direito, de

¹⁵³ Sendo frequente, de resto, a emissão de ações preferenciais com direito a prêmio por ocasião do eventual reembolso do capital, ou por ocasião da dissolução e liquidação da própria sociedade.

sorte que se destacam o bem e a respectiva propriedade, tudo adquirindo uma feição institucional que progrediria até o ponto de tornar a grande sociedade aberta tão impalpável e poderosa como o Estado.¹⁵⁴

Berle e Means,¹⁵⁵ nos Estados Unidos ainda traumatizados pela quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, ponderaram que a *feição institucional* da grande sociedade aberta deveria ser objeto de análise, não apenas por se tratar de uma forma específica de desenvolver relações no mercado, mas principalmente porque as grandes sociedades empresárias seriam entes tão poderosos quanto foram, na Idade Média, a Igreja e, num período mais recente, o Estado nacional.

Desenvolvendo essa análise, Berle e Means ensinam¹⁵⁶ que, no pós-guerra, os acionistas minoritários (*the passive owners*) cederam lugar aos controladores da sociedade (*the controlling groups*) - o que provocou a noção de que estes últimos nenhuma obrigação teriam *vis-à-vis* os minoritários.

Isso, a seu ver, contrariaria o princípio básico, ancestral, do direito de propriedade – o que teria dado origem a uma outra forma de *controle social*. Essa forma é mais exigente do que o simples conceito de que *ao direito de propriedade corresponde um dever de bem exercê-lo*, sem causar prejuízo a ninguém. Ela determina, ambiciosamente, que o grupo controlador de uma grande sociedade empresária atenda aos interesses de um universo bem mais amplo do que a dicotomia: controladores, de um lado, *versus* não-controladores, de outro lado.

A responsabilidade desse grupo controlador, então, passa a se defrontar com os interesses da comunidade, dos trabalhadores, dos consumidores e assim por diante. Torna-se conseqüentemente unânime a preocupação com o desenrolar do *poder* no âmbito da sociedade empresária aberta, vez que qualquer *exercício de poder* por parte de quem controla a pessoa jurídica grande empresária, aberta, deve estar sujeito às mesmas restrições que se impõem às manifestações de poder político no meio social.

Isto é: o advento da *grande sociedade empresária aberta* veio trazer não apenas uma forma de *organização social* nova, mas também *uma forma de*

¹⁵⁴ RATHENAU, Walter. *Von Kommenden Dingen*. Berlin : 1918. (A respectiva tradução inglesa, *Of things to come*, foi publicada por E.& C. Paul, London, 1921).

¹⁵⁵ BERLE JR., Adolph A. & MEANS, Gardiner C. *The Modern Corporation and Private Property*. New York : The Mac Millan Company, 1933. Reprinted by W.S. Buffalo, 1946.

¹⁵⁶ BERLE e MEANS, cit, p. 356.

*dominação econômica*¹⁵⁷ que, se não adequadamente estudada, contida e disciplinada, poderá acarretar grandes perdas para a civilização. Esse risco foi profetizado, no passado – e com acerto – por alguns estudiosos.¹⁵⁸

Essa percepção não é, em nossos dias, menos atual, como observam os autores especializados.¹⁵⁹ O risco de grandes perdas econômicas em decorrência das manobras especulativas praticadas por alguns grupos ainda é visto como potencialmente lesivo, até nos tempos atuais e em seguida a tantas outras crises que nas últimas décadas cocorreram.

1.4. Peculiaridades do Sistema Brasileiro

Pode-se considerar que o sistema de Direito Empresarial adotado no Brasil proveio das Ordenações Portuguesas, mas sofreu sucessivas influências das normativas francesa, alemã e italiana.

Não há dúvidas, no presente cenário brasileiro, de que os direitos subjetivos, em especial aqueles ligados ao de propriedade, se encontram sob o império da

¹⁵⁷ Valendo citar-se GALGANO, Francesco, in *Il diritto private fra codice e costituzione*, Bologna : Ed. Zanichelli, 1983, p. 127: “*La libertà di iniziativa economica o, per usare un’espressione più sintetica, la libertà economica non è però riducibile alla somma di altre libertà e di altri diritti riconosciuti al cittadino; non si esaurisce nell’esercizio del diritto di proprietà e della libertà contrattuale: è, rispetto a questi, un **quid pluris**, che è dato dalla utilizzazione congiunta di una somma di diritti e di libertà per l’esercizio di una attività organizzata al fine della produzione o dello scambio di bene o di servizi. È quel **quid pluris** che viene, tradizionalmente, espresso dal concetto di **intrapresa** o di **iniziativa economica**; che caratterizza l’imprenditore rispetto al mero proprietario degli strumenti di produzione, come colui che **combina** i fattori della produzione per la creazioni di nuova ricchezza, come l’organizzatore del processo produttivo, ... come l’attivatore del sistema economico, altrimenti inerte. Del resto, l’imprenditore può non essere il proprietario dei mezzi di produzione; può utilizzare , a proprio rischio, l’altrui ricchezza.” (Trad. livre: “A liberdade de iniciativa econômica, ou, para usar-se uma expressão mais sintética, a liberdade econômica, não é mais reduzível à soma de outras liberdades e de outros direitos reconhecidos ao cidadão; não se exaure no exercício do direito de propriedade, nem na liberdade contratual; é, com relação a estes, um *quid pluris*, algo a mais, que resulta da utilização conjunta de um somatório de direitos e de liberdades voltadas ao exercício de uma atividade organizada para determinado fim, o de produzir ou trocar bens ou serviços. E é esse algo a mais que vem tradicionalmente expresso no conceito de empresa, ou iniciativa econômica; o que caracteriza o empresário, com relação ao mero proprietário dos bens de produção; como aquele que combina os fatores de produção, para a criação de nova riqueza, como a organização do processo produtivo... como o ativador do sistema econômico, que de outra forma estaria inerte. Quanto ao resto, o empresário pode nem ser o dono dos bens de produção, ele pode estar utilizando, a seu próprio risco, a riqueza de outrem.”*

¹⁵⁸ BERLE & MEANS, op. cit., op. 357.

¹⁵⁹ SOROS, George. *The Crash of 2008 and what it means*. Op.cit., p. 227”*I can identify enormous inconsistencies in the prevailing arrangements. (...)*”(Trad. livre: Eu consigo identificar enormes inconsistências nas soluções hoje prevalentes...)

função social que deve pautar o exercício de quaisquer direitos. Ottmar Kuhn¹⁶⁰ é citado pelos melhores doutrinadores¹⁶¹ como o precursor do estudo da *função dos institutos* na ordem jurídica. Para aquele autor, *instituto jurídico* seria qualquer unidade de ordenação construída de forma a operar autonomamente, mediante a cristalização de diversos princípios jurídicos.

Nesse cenário, poderia ser considerada como *função do instituto da personificação* de alguns entes, propiciar a *limitação da responsabilidade* patrimonial dos respectivos sócios instituidores.

Oliveira, contudo, diverge frontalmente dos autores alemães,¹⁶² considerando maximalista o modelo germânico, por só admitir a formação da pessoa jurídica quando o instituto guardasse similitude máxima com a *própria pessoa*, ou ser humano; e minimalista o sistema brasileiro, na medida em que aqui se tolera a formação das pessoas jurídicas, desde que elas tenham existência distinta da de seus membros.¹⁶³

Estudando as formas obrigacionais vigentes no Direito italiano, Trabucchi¹⁶⁴ ensina que, nos tempos mais recentes, o universo jurídico vem reconhecendo um maior relevo aos *interesses coletivos*, de modo que há um crescente respeito pela

¹⁶⁰ KUHN, Ottmar. *Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften*. Tübingen : Mohr , 1964, p. 69.

¹⁶¹ Em especial OLIVEIRA, J.Lamartine Corrêa de. Op.cit., p.259 e seguintes.

¹⁶² OLIVEIRA, op.cit., p. 261, criticando DROBNIG, Ulrich, in: *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*. Berlin-Frankfurt : Mentzner, 1959, p. 20.

¹⁶³ Esse axioma era objeto do art. 20 do Código Civil de 1916, a saber: “**Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.** § 1º Não se poderão constituir, sem prévia autorização, as sociedades, as agências ou os estabelecimentos de seguros, montepio e caixas econômicas, salvo as cooperativas e os sindicatos profissionais e agrícolas, legalmente organizados. Se tiverem de funcionar no Distrito Federal, ou em mais de um Estado, ou em territórios não constituídos em Estados, a autorização será do Governo Federal; se em um só Estado, do governo deste. § 2º As sociedades enumeradas no art. 16, que, por falta de autorização ou de registro, se não reputarem pessoas jurídicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus atos. (negritos aditados) Embora a regra constante do caput desse artigo não se encontre reiterada na Lei n.º10.406/2002, que aprovou o Código Civil hoje em vigor, o princípio persiste em nosso Direito, na medida em que se veda a *confusão patrimonial* entre sócio e sociedade. Assim, por analogia a *contrario sensu*, a leitura do Código Civil de 2002 não se afastou tanto do parâmetro anteriormente vigente no que diz respeito à segregação patrimonial necessária entre sócios e sociedade personificada. Veja-se a atual redação: “**Art. 50 - Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.**”(negritos aditados)

¹⁶⁴ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Ventesima edizione. Padova : Cedam,1974, p. 9 e seguintes.

sociedade como um todo; com isso, o campo dos direitos acaba por se ampliar, pois obrigatoriamente se inserirá em meio a tais interesses.

Por sua vez, Teubner adota a noção de pluralismo no contexto da globalização,¹⁶⁵ enfatizando que, numa situação de pluralismo jurídico, os limites recíprocos do jurídico e do social se tornam bastante tênues.

De sorte que, como sustentou Perlingieri,¹⁶⁶ o campo em que se realiza a autonomia privada e a liberdade de iniciativa econômica está vinculado à respectiva *utilidade social*.

Gustavo Tepedino¹⁶⁷ afirma tal fato ao enfatizar que, se for utilizada para fins meramente especulativos, a propriedade - embora possa vir a produzir alguma riqueza - não atenderá sua função social. Ou seja: se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere, o exercício do direito de propriedade frustrará sua própria essência. Em tal caso, o direito de propriedade não será merecedor de tutela jurídica, devendo até seu objeto ser desapropriado pelo Estado - sendo essa, de resto, a forma clássica de sanção contra o abuso da propriedade particular.¹⁶⁸

Ora, historicamente as limitações constitucionais não se circunscreveram ao exercício do *direito de propriedade*, muito embora nesses lindes tenham sido deveras restritivas.

A história do Direito Moderno deságua na contemporaneidade com um movimento legislativo centrífugo¹⁶⁹ - não apenas na Itália, mas em toda a Europa -

¹⁶⁵ TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Trad. Brunela Vieira de Vincenzi et alii. Piracicaba : Unimep, 2005, p. 80/83

¹⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil –Introdução ao direito civil-constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 18 e seguintes: “os atos de autonomia têm , portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis.”

¹⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo José Mendes, *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*, em Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro : Renovar, passim; e o de LIRA, Ricardo César Pereira, que pioneiramente abordou o tema em seus trabalhos, em *Elementos de Direito Urbanístico*, Rio de Janeiro : Renovar, passim.

¹⁶⁸ COMPARATO, op.cit, p. 35

¹⁶⁹ IRTI, Natalino. Op.cit., p.32: “La storia del nostro secolo rivela, sotto il profilo delle vicende legislative, un radicale indirizzo centrifugo. Mentre il secolo decimonono converge nei codici civili, che perciò offrono, non semplici criteri normativi, ma complete immagini di una società laica e moderna; il secolo ventesimo sgretola, insieme con il potere statale, i suoi simboli più alti e suggestivi.” (Trad. livre: A história de nosso século revela, sob o perfil dos eventos legislativos, um movimento centrífugo radical. Enquanto que o século XIX converge para os códigos civis, que por isso oferecem, não

em que se busca uma alternativa normativa ao Código Civil: e tal opção é aquela pelos *microsistemas*.

Até cerca de 1914, a mera existência do Código Civil italiano de 1865 servia como garante da unidade do ordenamento.¹⁷⁰ No entanto, o período da I Grande Guerra - tanto quanto aquele período que se lhe sucedeu - viu nascerem muitas normas especiais, que gradativamente fizeram com que se perdesse a unicidade do ordenamento.

Tanto foi assim, que a *Carta del Lavoro*, editada na Itália em 1917 e cuja importância foi reiterada em 1941, com a lei de 30 de janeiro, acabou tendo sua relevância (enquanto norma orientadora da interpretação de textos legais), muito reduzida. De sorte que a partir de então, naquele país, todos os direitos subjetivos passaram a ter obrigatoriamente uma leitura constitucional. E, dentre esses direitos subjetivos, contava-se o da livre associação, para fins da formação de uma sociedade.

A lentíssima evolução histórica e conceitual que assegurou às sociedades mercantis o condão da *personalidade jurídica* já foi muito estudada,¹⁷¹ tanto no Brasil - por José Lamartine Corrêa de Oliveira¹⁷² e diversos outros autores¹⁷³ - como no exterior¹⁷⁴.

Da mesma forma, também já foi muito estudada a dupla proveniência das limitações ao direito de propriedade: pelo Direito Germânico, pondera Cordeiro,¹⁷⁵

simples critérios normativos, mas um retrato completo de uma sociedade laica e moderna; o século XX despedaça, com os poderes estatais, seus símbolos mais altos e sugestivos “

¹⁷⁰ E, da mesma forma como ocorreu com IRTI, essa noção também é sustentada por CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Roma : 1.ª ed., 1940, p. 150 Há sentido lógico na assertiva, na medida em que a unificação da Itália se havia dado em 1860.

¹⁷¹ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales de derecho civil*. Barcelona : Ed. Ariel Derecho, 1986.

¹⁷² Em sua obra *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo : Ed. Saraiva, 1979, 1.ª ed.,. 694 p.

¹⁷³ Como ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 1998. Veja-se, em especial, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Coord.e co-autor, com BARTHOLLO, Bruno Paiva, *Função Social da empresa*, p.92/123, in *Função Social no Direito Civil*. São Paulo : Ed Atlas, 2.ª ed., 2008. Veja-se, também, PEREIRA, Régis Velasco Fichtner, in *Origens e Evolução da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro : Renovar, n.º 5, 1997, p. 78-79. Seja-nos permitido, por último, citar ainda o artigo de PANTOJA, Teresa Cristina G., *Anotações sobre as pessoas jurídicas*, in *A Parte Geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*, coord. TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2.ª ed., 2003, p. 83-121

¹⁷⁴ Veja-se, em especial, FERRARA, Francesco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Madrid : Ed. Reus, 1929, p. 531.

¹⁷⁵ CORDEIRO, António Menezes. Op cit., p. 719

vieram-nos as restrições da *exceptio doli*, repartida em *exceptio doli praeteriti ou specialis*, e a *exceptio doli praesentis ou generalis*.

Ambas as vertentes se fundavam como que num comprometimento da cadeia de legitimidade do ato jurídico: havendo dolo inicial, todo o resto ficaria afetado.

Assim como a noção de abuso do direito se estruturou gradualmente, segundo Cordeiro,¹⁷⁶ em duas vertentes históricas, do período medieval aos nossos dias, também os limites que uma sociedade justa deve impor ao exercício do direito de propriedade, em especial no que toca ao direito de usar recursos econômicos pessoais para destiná-los à constituição de *pessoas jurídicas* - com toda a sua complexidade lógica - resultou de uma construção gradual, que se constelou ao longo de vários séculos.

Mais uma vez, também nesse particular o pensamento alemão é revelador - sustenta Oliveira¹⁷⁷ - da adequada compreensão de sua origem.

É ainda o mesmo Oliveira que,¹⁷⁸ analisando as origens das pessoas jurídicas, observa que a esse respeito haveria uma dicotomia básica no Direito Comparado, em decorrência da existência de sistemas mais e menos tolerantes no que se refere à exigência de analogias para justificar um ente criado pelo legislador. A funcionalização do instituto, portanto, vinha em auxílio de sua própria consolidação na ordem normativa.

Regulando o chamado Direito Empresarial na ordem jurídica brasileira, os autores da Lei n.º 10.406/2002 - o Código Civil - acabaram perdendo a oportunidade de dar uma definição clara para o fenômeno da *empresa*, que tanto avançou nos últimos anos. A prática jurídica está atualmente muito além da concepção normativa, demonstrando existir grande assimetria entre ambas.

De sorte que, regulamentando o instituto da *empresa*, o legislador brasileiro agiu de modo semelhante ao legislador italiano. A mesma crítica ora feita ao legislador brasileiro é formulada, com freqüência, aos autores do *Codice civile* italiano de 1942.¹⁷⁹ Segundo esses críticos, o conceito de empresa tem natureza

¹⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes. Op.cit., p. 749.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo : Ed. Saraiva, 1979.1.ª ed., p.57 e segs.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, op.cit., p. 36

¹⁷⁹ Não sem razão, ASQUINI, Alberto. Profili dell' impresa, *Riv. del diritto commerciale*, 1943,v.41.,l) faz essa crítica, em que é apoiado por vários outros doutrinadores italianos.

econômica e poliédrica, juntando-se nele vários elementos e comportando ele diversos perfis; as diferentes acepções do termo *empresa*, então, seriam instrumentais para a completa percepção desse fenômeno.

Em primeiro lugar, alguém deve buscar compreender a *definição econômica* de empresa. É empresa, no sentido econômico, toda organização de capital e trabalho que tenha por fim a produção de bens ou serviços para troca. Se alguém quer produzir para consumo próprio, não será empresário - para a doutrina mais tradicional italiana - muito embora possa ter feito uso dos *fatores econômicos de produção*, ou sejam: capital, trabalho, insumos e tecnologia.

De sorte que os riscos da empresa – tanto o técnico, inerente a cada tipo de processo produtivo, como o econômico, inerente à possibilidade de cobrir os riscos do trabalho (mão-de-obra) e do capital (dinheiro) aplicados – são imputáveis ao empresário, e fazem com que este acabe por se organizar para, mesmo enfrentando tais riscos, ainda conseguir lucrar.

Como se sabe, a teoria que fundamentava as leis mercantis no Brasil, ao tempo do Império, era a doutrina francesa dos *atos de comércio*. Na Itália, ao tempo da prevalência da teoria dos atos de comércio, a expressão “empresa” era usada com uma certa parcimônia, pois a lei italiana de seguros, por exemplo, só considerava *empresa* a organização que tivesse *mais de cinco operários*.

Havia, então, uma estreita vinculação conceitual da noção de *empresa* à ideia de entidade que contasse com muitos empregados – vale dizer: o uso intensivo da mão de obra acarretava a percepção de que se tratasse de uma *empresa*.

Ainda atualmente tal noção – embora simplista e pouco racional – persiste entre alguns autores. Não há razão, contudo, para tal apreciação redutiva, uma vez que a *teoria da empresa*, embora de substrato essencialmente econômico, vige plenamente no ordenamento brasileiro – em decorrência do Código Civil de 2002, que a abraçou.

É verdade, todavia, que por muitos anos, antes da edição do Código Civil pela Lei n.º 10.406/2002, a *teoria da empresa* veio convivendo, no sistema jurídico brasileiro, com a *doutrina dos atos de comércio* – sendo exemplos dessa convivência a antiga Lei de Falências (Decreto-lei 7.661, de 1945) e a própria Lei n.º 8.934, de 1994, do Registro Público de Empresas Mercantis.

E até hoje, a despeito do disposto no Código Civil, convivem ambas as teorias no ordenamento brasileiro, *não sendo hegemônica nem excludente de outras*, a forma interpretativa trazida pela *teoria da empresa*, para classificar fenômenos surgidos na ordem jurídica. Exemplo dessa afirmação está nos escritos de Maria Helena Diniz.¹⁸⁰

Para melhor compreensão da *teoria da empresa*, convém que se faça breve digressão histórica. O Decreto n.º 737, de 25 de novembro de 1850, que fixava a competência dos antigos Tribunais do Comércio, no tempo do Império - e que é mais conhecido como o *Regulamento n.º 737* - foi o que trouxe para a ordem jurídica brasileira os princípios franceses da *teoria dos atos de comércio*, ao regular a competência jurisdicional dessas antigas cortes comerciais e marítimas.

Discorrendo no Brasil sobre os diversos doutrinadores italianos que formularam a chamada *teoria da empresa*, os autores mais tradicionais¹⁸¹ mencionam que *o empresário, a empresa e o estabelecimento* são como que três aspectos reciprocamente complementares da *empresa propriamente dita*, sob o prisma econômico.

A *mútua dependência dos três fatores* é que acabaria, para muitos,¹⁸² estabelecendo como elemento principal, para a definição de empresa, a *atividade organizadora* do empresário, por ser esta que, mediante funcionalização do uso dos

¹⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 8, *Direito de Empresa*. São Paulo : Ed.Saraiva, 2008, p. 191: “A sociedade empresária é, como já dissemos, a pessoa jurídica que visa ao lucro ou ao resultado econômico ou social, mediante exercício habitual de atividade econômica organizada, como a exercida por empresário, sujeito a registro (CC, arts. 967 e 982), com o escopo de obter a produção ou circulação de bens ou serviços no mercado (CC, art.966). Tal sociedade reúne três fatores essenciais: **a habitualidade no exercício dos atos negociais que visem à produção ou circulação de bens ou serviços**; o escopo de lucro ou o resultado econômico ou social; a organização ou estrutura estável dessa atividade. Assume as formas: sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações, sociedade limitada e sociedade anônima (CC, arts. 1.088, 1.089 e 982, parágrafo único) ou por ações (RT, 434:122)” (negritos adotados). Percebe-se que, aludindo a um artigo do CC/2002 inspirado na doutrina dos atos de comércio - o art. 966, que alude a atos negociais visando à produção ou circulação de bens ou serviços - e simultaneamente fazendo referência à *forma de organização da atividade* - que é aspecto ligado à *teoria da empresa* - a ilustre autora está mesclando definições de ambas as doutrinas: tanto daquela relativa aos atos de comércio, quanto daquela referente à teoria da empresa. Esse exemplo é seguido pela maioria da doutrina, de sorte que pode-se afirmar que, com a edição do Código Civil, não houve propriamente uma exclusão da doutrina dos atos de comércio, mas uma acomodação dos respectivos critérios com a nova teoria da empresa.

¹⁸¹ Por todos, veja-se BULGARELLI, Waldirio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo : Ed. RT, 1985, p. 147

¹⁸² Veja-se, em especial, FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino : Ed.Torinese, 2.ª ed., 1962, p.32-33.

bens, cria e define o estabelecimento - cuja existência, a seu turno, irá qualificar o exercício profissional do empresário.

Ou, em conhecida síntese: ¹⁸³ *o empresário é o sujeito do direito, e a empresa é a atividade por ele organizada e exercida, por meio da exploração do estabelecimento.*

Na Itália, entretanto, se por um lado há quem pense que a empresa não pode existir sem o empresário,¹⁸⁴ por outro lado há quem considere, como Verrucoli¹⁸⁵ e Santoro Passarelli,¹⁸⁶ que se poderia vislumbrar, na realidade jurídica, uma empresa não necessariamente provida da figura do empresário. O exemplo clássico seria aquele dado por Ascarelli, que menciona alguns entes públicos que atuam como empresários - sem, no entanto, o serem.¹⁸⁷

De qualquer modo, magistral é a definição a que chega Alberto Asquini:¹⁸⁸ *a consideração da empresa como organização de pessoas, para um fim comum, leva à caracterização da empresa como uma instituição*". Segundo aquele doutrinador,¹⁸⁹ esse reconhecimento significa apenas a admissão de um modo especial de ser. Não significa personificação, nem significa um tipo de qualificação da forma organizacional adotada. De sorte que, para Asquini, a *personificação* pouco acrescentaria à circunstância de ser a sociedade por ações uma *instituição*.

Todavia, se a instituição assim criada for de fato elevada, pela ordem jurídica, à condição de pessoa, então – ainda uma vez segundo Asquini¹⁹⁰ - *esse atributo da personalidade acaba por absorver o atributo institucional*, embora ocorra que, dentro da instituição, as relações se desenvolvam normalmente, sem qualquer influência da personificação sobre a organização interna.

Costuma ser citado o mesmo Asquini¹⁹¹ quando se trata de reconhecer o papel pioneiro do Direito do Trabalho no exame do fenômeno da empresa, tendo

¹⁸³ De autoria de BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo : 1969.

¹⁸⁴ Sendo essa a opinião de FERRI, no citado *Manuale*, p.31-36; PUGLIATTI, in *Fallimento dell'imprenditore o dell'impresa?* in *Diritto fallimentare*, 1943, I, 5 e segs.

¹⁸⁵ VERRUCOLI, Piero in *Enti pubblici e imprese*, in *N. Riv.di Diritto Commerciale*, 1951, I, 299 e segs

¹⁸⁶ PASSARELLI, F. Santoro. *Dottrina generale del diritto civile*. Napoli, 1954.

¹⁸⁷ ASCARELLI, Tullio. *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Rivista delle società*, v. 2, 1957, p.981 e segs.

¹⁸⁸ ASQUINI, Alberto. Trad. por COMPARATO, Fabio Konder. Op.cit., p. 123.

¹⁸⁹ ASQUINI, trad. COMPARATO, Fabio Konder.

¹⁹⁰ ASQUINI, trad. COMPARATO, cit., p. 124

¹⁹¹ ASQUINI, trad. COMPARATO, cit., p. 125

sido ele um dos primeiros a fazer essa constatação. Para o italiano Greco,¹⁹² a empresa como instituição não seria uma organização de pessoas confinadas numa área, mas uma *organizzazione de pessoas, com a qual o empresário opera*, utilizando bens que constituem seu estabelecimento.

Por conseguinte, a titularidade da empresa, em sentido econômico, significaria o conjunto que juridicamente é compreendido pela titularidade do patrimônio da *azienda*, somado à titularidade do poder de comando sobre as pessoas e sobre a atividade da empresa, no sentido institucional.

Num interessante capítulo de seu livro sobre a *teoria da empresa*, Bulgarelli¹⁹³ lembra que até mesmo a pandectística - que realizou todo um esforço classificatório dos atos jurídicos - não logrou atribuir relevância especial à *atividade*, para conceituar direitos. Todavia, é justamente pelo estudo da *atividade* ou da *função* que se buscará definir a empresa, com vistas à delimitação da respectiva função social.

Função essa que, segundo pensamos, parece ter uma ligação bastante próxima com a circunstância da *limitação de responsabilidade* dos seus sócios ou instituidores. De sorte que a visão que melhor se ajusta ao sistema jurídico brasileiro é bastante semelhante à que vige atualmente nos sistemas europeus¹⁹⁴ - e que leva em consideração o movimento denominado de *managerial revolution*.¹⁹⁵

Embora de início reconhecida apenas nos Estados Unidos, a emergência da importância dos administradores das sociedades abertas acabou por se tornar tão

¹⁹² GRECO, Paolo. *Il Contratto collettivo di lavoro*, in Istituzioni di diritto corporativo n.5, Ed. Diritto del Lavoro : Milano, 1929, p.24/26

¹⁹³ BULGARELLI, Waldirio. Op. cit., p. 208

¹⁹⁴ ALPA e BESSONE, in *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, II. Padova, 1981, apud GALGANO, Francesco, op. cit., p. 158. Este último acrescenta: “*Con la società per azioni a direzione manageriale ci si approssima - o forse già si supera - la soglia oltre la quale la libertà e conomica cessa di essere una libetà in senso classico e si tramuta in una funzione, la cui legittimazione sociale va, concettualmente e normativamente, ricostruita sul base del tutto nuovo.*” (Trad. livre: Com a sociedade por ações gerenciada de forma independente já se aproxima - ou talvez já se ultrapasse - o limiar a partir do qual a liberdade econômica cessa de ser uma liberdade no sentido clássico e se transmuda numa função, cuja legitimação social é conceitual e normativamente reconstruída sobre pressupostos totalmente novos.)

¹⁹⁵ Como leciona GUERREIRO, José Alexandre Tavares, in Sociedade anônima: poder e dominação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico*, v. 53, p.72/80: é a “*ocorrência do efetivo controle da empresa por administradores, dada a pulverização completa do poder de voto face à grande disseminação de ações da companhia.*”

evidente que teve de ser admitida até mesmo em sistemas jurídicos que não primavam pela liberdade de iniciativa.¹⁹⁶

E foi somente a partir da *managerial revolution*¹⁹⁷ que se pôde perceber com maior clareza o impacto que possuem os administradores das grandes sociedades abertas, sobre a concretização das projeções - geralmente otimistas - de recebimento de dividendos, comuns à grande maioria dos controladores das referidas sociedades.

¹⁹⁶ A designação se consolidou a partir de 1977, quando Alfred D. Chandler, Jr., professor da Harvard Business School, lançou seu livro *The Visible Hand: Managerial Revolution in American Business*. Harvard University Press, 1977. Nele, Chandler desafia o axioma de Adam Smith, que no século XIX havia comparado o Mercado em geral à Mão Invisível. Chandler sustenta, entre outras idéias, a de que os administradores das grandes sociedades abertas criam nelas uma estrutura hierárquica que, uma vez tendo sido instalada, acaba por se perpetuar, na medida em que se transforma em fonte permanente de poder, permanência e crescimento contínuo; e, além disso, os administradores preferem ter uma sociedade dotada de estabilidade a longo prazo, sendo isso melhor, a seu ver, do que a maximização desenfreada dos lucros, que pode acabar exaurindo uma grande sociedade empresária.

¹⁹⁷ “Revolutionary managers” foi o nome dado à nova geração de administradores de sociedades abertas, surgida nos E. Unidos no final dos anos 50, época em que começou a ocorrer uma gradual substituição do acionista controlador pelo administrador da grande sociedade aberta. Estas últimas passaram a ser administradas por técnicos eleitos por percentuais cada vez menores de titulares do Capital Social, crescentemente bem remunerados e poderosos social e economicamente.

2. DIVERSOS DIÁLOGOS SOBRE A FUNÇÃO DO CAPITAL SOCIAL

2.1. Capital Social e Responsabilidade dos Sócios

Como já foi mencionado, as duas sociedades que, no sistema brasileiro, asseguram *limitação de responsabilidade* para todos os seus sócios são: a sociedade por ações ou anônima¹⁹⁸ e a sociedade limitada. É verdade que recentemente foi criada a EIRELI – empresa individual de responsabilidade limitada.¹⁹⁹ Mas - embora haja muitos que, com fundamento na legislação francesa e na portuguesa, a considerem um tipo de sociedade unipessoal - não se trata propriamente de sociedade,²⁰⁰ sendo ela denominada apenas de *empresa individual*.

E sua adoção, refletindo as limitações impostas a esse tipo empresarial,²⁰¹ ainda não proporciona frequência estatística relevante.²⁰²

¹⁹⁸ A expressão *sociedade por ações* equivale à expressão *sociedade anônima*. Ocorre, contudo, que em nosso ordenamento, desde a edição da Lei n.º 8.020, de 1990, já não mais existem quaisquer títulos ao portador, de sorte que já não são mais *anônimas*, senão em seu antigo nome, as *sociedades por ações*.

¹⁹⁹ Pela Lei 12.441/2011- ver Nota de Rodapé n.º116 - foi acrescentado o art. 980-A e alterado o parágrafo único do art. 1.033 do Código Civil, de molde a permitir a existência da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI; todavia, o legislador não aludiu propriamente a uma sociedade unipessoal, mas a uma empresa de titularidade de um só indivíduo. Debate-se na doutrina se de fato é cabível a interpretação atribuída pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, hoje substituído em suas funções de órgão central do sistema de registro empresarial pelo Departamento de Registro e Integração – DREI da Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República cuja Instrução Normativa n.º 117, versando sobre a EIRELI, excluía a possibilidade de que seu titular fosse uma pessoa jurídica. Essa orientação vem reiterada na Instrução Normativa n.º 10 do DREI, capítulo V. Uma prova de que realmente o Capital Social é importante para assegurar a limitação da responsabilidade do sócio ou titular, é a circunstância de que, quando se trata de EIRELI, seu titular é obrigado a integralizar, desde o início, um Capital Social correspondente a, no mínimo, 100 vezes o salário-mínimo nacional vigente na época de sua constituição.

²⁰⁰ O Enunciado n.º 3, aprovado em fins de outubro de 2012 na 1.ª Jornada de Direito Comercial do Centro de Estudos da Justiça Federal, já mencionado em nota anterior, dispõe que a EIRELI não é sociedade, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.

²⁰¹ Uma dessas limitações é o fato de que seu instituidor não pode ser pessoa jurídica. Outra limitação é o fato de que foi objeto de veto presidencial a parte da lei que lhe atribuiria o condão de se constituir num patrimônio segregado do de seu titular, à semelhança do que ocorre com o *patrimônio de afetação* das incorporações imobiliárias.

²⁰² Na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, ao longo do ano de 2012, 3.576 EIRELI's foram registradas, contra 25.078 sociedades limitadas. (Informação disponível no sítio de internet da JUCERJA, obtida em <http://www.jucerja.rj.gov.br/JucerjaPortalWeb/Paginas/Informacoes/EstatisticaPWJ.aspx>, acessado no dia 10.07.2012). As estatísticas do Estado do Rio de Janeiro são paradigmáticas em relação aos demais Estados.

Para que possa ocorrer a limitação da responsabilidade dos sócios da sociedade empresária limitada e também a daqueles da sociedade por ações, é preciso que haja uma *segregação* entre os respectivos patrimônios e o patrimônio da sociedade. Isso, por sua vez, só é conseguido, tecnicamente, se houver o instituto do Capital Social.

O comercialista italiano Vivante esclarece²⁰³ que o Capital Social é uma noção bastante complexa: a par de ser uma conta do passivo da Sociedade - não apenas por ser uma dívida que ela tem com seus instituidores, mas por ser um elemento essencial à sua existência jurídica²⁰⁴ e ainda por ser a garantia oferecida pela sociedade para poder funcionar perante terceiros – é também a parte do patrimônio social cuja integridade constitui pressuposto para a distribuição dos lucros; vale, ainda, para estabelecer as participações recíprocas dos sócios no risco empresarial e portanto define a respectiva distribuição proporcional de lucros.

A definição de Vivante é muito interessante, porque evidencia a imbricação lógica existente entre a ideia da segregação patrimonial e a consequente limitação de responsabilidade dos sócios, *vis-à-vis* a possibilidade da distribuição de lucros; o elemento fixo cuja existência e estabilidade bancam o risco empresarial e com isso permitem a segurança relativa dos credores e dos terceiros de boa-fé, é exatamente o Capital Social.

Este, como se sabe, deve atender a alguns princípios, que são unanimemente considerados *de ordem pública* pela doutrina especializada.²⁰⁵ O primeiro desses

²⁰³ VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. Milano : Casa Editrice Dottore Francesco Villardi, 4.ª ed., 1914, vols. I, II e III.

²⁰⁴ PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, nota 1 ao n.º 3.007.

²⁰⁵ Vejam-se, a respeito: ASCARELLI, Tullio, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo : Ed. Saraiva, 1945.; CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo : Saraiva, 4ª ed, 2002; CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da, *Sociedade por Ações*. São Paulo : Saraiva ,1972, 1.ªv.; FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo : Saraiva,1961, v.3; GUIMARÃES, Ruy Carneiro, *Sociedades por Ações*. Rio de Janeiro : Forense, 1960, v. 1; LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Direito das Companhias*, Rio de Janeiro : Renovar, 1996, 2ª ed., 2º v.; LAMY FILHO, Alfredo. *O Capital Social no sistema jurídico americano*. *Revista Forense*, v. 346, 19, Rio de Janeiro : Ed. Forense; MARTINS, Fran. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro : Ed. GEN, , 2011, ed. revista e atualizada; MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, in *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro : Ed. Freitas Bastos, 1963, 6ª ed., 3º v.; PACHECO, José da Silva, *Sociedades Anônimas e Valores Mobiliários*, São Paulo : Saraiva,1977, 1.º v. ; PEIXOTO, Carlos Fulgência da Cunha Peixoto , São Paulo : Saraiva, 1972, 1º v.; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia*. Rio de Janeiro : Forense, 1989; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro : Ed. Borsoi, , 3ª ed., 1972, *passim*; VALVERDE, Trajano de Miranda, *Sociedades por Ações*. 3ª ed. , Rio de Janeiro: Ed. Forense 1959; e

princípios regentes do Capital Social é o da *unidade*: assim como a sociedade tem um só patrimônio, indivisível, ela também tem um único Capital Social, devendo seu desempenho econômico ser objeto de um só balanço, embora a sociedade possa ter diversos estabelecimentos distintos. Ou seja: o princípio da unidade significa que o Capital Social é único, mesmo que a companhia tenha, além da matriz, algumas filiais. Tal unidade - como já anteriormente mencionado - decorre do princípio da responsabilidade patrimonial.²⁰⁶

O segundo princípio é o da *fixidez ou estabilidade* do Capital Social - que somente pode ser modificado, para mais ou para menos, em estrita observância dos dispositivos legais. O princípio da *fixidez*, portanto, estabelece que o Capital Social definido pelos acionistas ou subscritores iniciais e constante do estatuto apenas pode sofrer modificação nas hipóteses taxativamente previstas na lei; esse princípio visa a proteger os próprios acionistas, na hipótese de aumento de Capital Social; e os credores sociais, no caso de sua redução.

O terceiro princípio é o da *irrevogabilidade das prestações para a formação do Capital Social das sociedades anônimas*; esse princípio decorre da necessidade da perpetuidade dos fundos sociais que, como regra geral, *só podem ser restituídos aos sócios depois de pagos todos os credores da sociedade*, ainda que essa restituição possa decorrer, como apontam Lamy e Bulhões,²⁰⁷ da simples liquidação voluntária da sociedade – como dispõem os arts. 206/219 da Lei n.º 6.404/76.

Ainda um quarto princípio é o da *realidade* ou veracidade do Capital Social, que fundamenta, por exemplo, a necessidade legal da avaliação dos bens e direitos com que um sócio concorre para a formação do Capital (vejam-se arts. 80, I, 8º, 10, 107 e 170 da Lei das S.A.). O princípio da veracidade, ou da realidade, estabelece que o valor monetário definido estatutariamente como Capital Social deve efetivamente corresponder ao capital financeiro existente no ativo da companhia - deve ser real ou verdadeiro, pois um dos papéis do Capital Social é justamente funcionar como garantia dos credores.

Para verificar-se se o Capital Social é verdadeiro, durante a vida da companhia, adota-se como critério deduzir-se do valor total dos ativos patrimoniais o

finalmente TEIXEIRA, Egberto Lacerda e GUERREIRO, José Alexandre Tavares, *Das Sociedades Anônimas no direito brasileiro*, São Paulo : Ed. José Bushatsky, 1979.

²⁰⁶ PEDREIRA, José Luiz Bulhões, op.cit., item 176, E.

²⁰⁷ PEDREIRA, J.L. Bulhões e LAMY FILHO, Alfredo. Op.cit., passim.

somatório das obrigações sociais, registradas nas contas do passivo circulante e do passivo exigível a longo prazo: se o resultado é negativo, terá ocorrido perda de Capital Social. Essa perda não vem explicitada no balanço patrimonial por uma redução na conta do Capital Social, mas sim por indicação de um valor negativo (ou pela redução do valor) do patrimônio líquido.²⁰⁸

Um quinto e último princípio seria o da *intangibilidade* do Capital Social, que justamente decorre de sua natureza de proteção ou garantia de terceiros que lidem com a sociedade – isto é, seus credores. Esse princípio está expresso não apenas no art. 30 da Lei de S/A,²⁰⁹ importante norma legal ligada à intangibilidade do Capital Social. O mesmo princípio está contido no art. 193 da Lei n.º 6.404/76, que trata da formação da reserva legal.²¹⁰ E ainda se faz presente no art. 174,²¹¹ operando com relação ao Capital Social das sociedades por ações de modo similar ao que ocorre

²⁰⁸ PEDREIRA, José Luiz Bulhões, op. cit., item

²⁰⁹ Lei nº 6.404/76: “Art. 30. A companhia não poderá negociar com as próprias ações. § 1º Nessa proibição não se compreendem: a) as operações de resgate, reembolso ou amortização previstas em lei; b) a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação; c) a alienação das ações adquiridas nos termos da alínea b e mantidas em tesouraria; d) a compra quando, resolvida a redução do capital mediante restituição, em dinheiro, de parte do valor das ações, o preço destas em bolsa for inferior ou igual à importância que deve ser restituída. § 2º **A aquisição das próprias ações pela companhia aberta obedecerá, sob pena de nulidade, às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, que poderá subordiná-la à prévia autorização em cada caso.** § 3º A companhia não poderá receber em garantia as próprias ações, salvo para assegurar a gestão dos seus administradores. § 4º As ações adquiridas nos termos da alínea b do § 1º, enquanto mantidas em tesouraria, não terão direito a dividendo nem a voto. § 5º No caso da alínea d do § 1º, as ações adquiridas serão retiradas definitivamente de circulação.”(negritos aditados)

²¹⁰ Lei n.º 6.404/76 : “Art. 193. Do lucro líquido do exercício, 5% (cinco por cento) serão aplicados, antes de qualquer outra destinação, na constituição da **reserva legal**, que não excederá de 20% (vinte por cento) do capital social. § 1º A companhia poderá deixar de constituir a reserva legal no exercício em que o saldo dessa reserva, acrescido do montante das reservas de capital de que trata o § 1º do artigo 182, exceder de 30% (trinta por cento) do capital social. § 2º A reserva legal tem por fim assegurar a integridade do capital social e **somente poderá ser utilizada para compensar prejuízos ou aumentar o capital.** (negritos aditados)

²¹¹ Lei n.º 6.404 : “Art. 174- Ressalvado o disposto nos artigos 45 e 107, **a redução do capital social com restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas, só se tornará efetiva 60 (sessenta) dias após a publicação da ata da assembléia-geral que a tiver deliberado.** § 1º **Durante o prazo previsto neste artigo, os credores quirografários por títulos anteriores à data da publicação da ata poderão, mediante notificação, de que se dará ciência ao registro do comércio da sede da companhia, opor-se à redução do capital; decairão desse direito os credores que o não exercerem dentro do prazo.** § 2º Findo o prazo, a ata da assembléia-geral que houver deliberado à redução poderá ser arquivada se não tiver havido oposição ou, se tiver havido oposição de algum credor, desde que feita a prova do pagamento do seu crédito ou do depósito judicial da importância respectiva. § 3º Se houver em circulação debêntures emitidas pela companhia, a redução do capital, nos casos previstos neste artigo, **não poderá ser efetivada sem prévia aprovação pela maioria dos debenturistas, reunidos em assembléia especial.**” (negritos aditados)

com o Capital Social das sociedades limitadas empresárias, às quais se aplica o art. 1.084 do CC/2002.²¹²

O princípio da *intangibilidade* vem em reforço do princípio da realidade do Capital Social: este não pode ser atingido por fatos patrimoniais resultantes de deliberações maliciosas dos acionistas, como seria o da distribuição de lucro inexistente.²¹³

Como lecionam Bulhões Pedreira e Lamy Filho,²¹⁴ a organização social criada pelo contrato de sociedade é “*um sistema social formado pelos sócios, pelos membros dos órgãos sociais e pelos recursos vinculados à empresa.*” Sua estrutura é hierarquizada, no sentido de permitir que os ocupantes de alguns papéis tenham, nesse teatro especial, prevalência sobre os ocupantes de outros. Isso se dá porque a sociedade é um sistema de ação coletiva, mas dotado de um fim comum; essa circunstância requer a existência de funções distintas, e papéis desempenhados por entes diferentes, todos entretanto voltados para a consecução do mesmo fim.

Sendo decorrência dessa estrutura necessariamente hierarquizada, a sociedade anônima teve de ter garantido, desde seus primórdios, o reconhecimento de sua *personalidade jurídica*. Esse elemento foi construído intelectual e

²¹² CC 2002: “Art. 1.084 - No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital será feita restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas. 1º No prazo de noventa dias, contado da data da publicação da ata da assembléia que aprovar a redução, **o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado.** § 2º **A redução somente se tornará eficaz se, no prazo estabelecido no parágrafo antecedente, não for impugnada, ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do respectivo valor.** § 3º Satisfeitas as condições estabelecidas no parágrafo antecedente, proceder-se-á à averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata que tenha aprovado a redução (negritos adotados).

²¹³ Por sinal, esse fato até constitui crime, conforme art. 177 do Código Penal, aprovado pelo Decreto n.º 2.848, de 07.12.1940: “**Art. 177 - Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembléia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular. § 1º - Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular: I - o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembléia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo; II - o diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade; III - o diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral; IV - o diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite; V - o diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade; VI - o diretor ou o gerente que, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios; (...)**”(negritos adotados)

²¹⁴ Idem, ibidem, p. 41

juridicamente de modo bastante lento, e o preço para esse reconhecimento por parte do Estado foi justamente o provisionamento do Capital Social, na medida em que, para receberem o privilégio da personificação, decorrente do *royal charter* ou *alvará régio* que permitia a seus instituidores criarem-na, aqueles tinham de desembolsar alguns recursos patrimoniais, os quais, transferidos para a sociedade, constituiriam seus fundos sociais, e permitiriam que ela perseguisse seu objeto social, enfrentando o chamado *risco empresarial*.

De sorte que, há muitos séculos, era esse estabelecimento de um determinado montante em numerário - nomeado como *Capital Social* – que se configurava na condição essencial para a concessão do alvará régio pelo qual algumas sociedades adquiriam personalidade jurídica autônoma, limitando-se a responsabilidade de seus sócios à respectiva participação no Capital Social.

No estudo histórico que desenvolveu quando elaborava o anteprojeto que veio a resultar no Decreto-lei n.º 2.627/1940 - antecessor da atual Lei das Sociedades por Ações - Trajano de Miranda Valverde²¹⁵ analisou as providências adotadas no Brasil ainda colônia pelos holandeses, sob a chefia de Mauricio de Nassau, num exemplo mais adiante seguido pelos portugueses: em 1628, Portugal criara a Companhia do Comércio da Índia e, para fazer concorrência aos holandeses, determinou um sofismático perdão aos judeus penitenciados pelo Santo Ofício, desde que estes dispusessem de seus bens para com eles constituírem a Companhia de Comércio do Brasil, criada por alvará de 1649.²¹⁶

Essa companhia, que teve muitos privilégios, só foi extinta em 1720, embora tivesse sido planejada para ter apenas 30 anos de prazo de duração.

²¹⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 3.^a ed., 1959, p.15

²¹⁶ VALVERDE (op.cit.) alude em especial a duas restrições constantes do estatuto dessa companhia: no capítulo XXXIII de seu ato constitutivo vinha prescrito que “o dinheiro com que se entrar nessa companhia não possa ser penhorado nem executado por dívida civil ou crime, sem primeiro o credor haver executado os bens do seu devedor e então, em último lugar, poderá executar o dito dinheiro, ou avanços dele, ficando sucedendo no lugar do executado.” Transcreve, também, o respectivo capítulo XXXIV, que estipulava que “todo o dinheiro que nesta Companhia se meter se não poderá (dela) tirar durante o tempo dela, mas para que as pessoas que nela entraram com seus cabedais se possam valer deles, poderão vender os ditos cabedais, todo ou parte, assim como se forem juros, pelo preço em que convier, e haverá um escrivão que tenha livro em que se lancem, e neles se mudarão de uns em outros, assim como lhe forem pertencendo, por escrituras ou documentos, que apresentarão na dita Junta, para mandar fazer uns assentos e riscar outros, de que lhe passarão suas cartas, na forma do Regimento.” Para VALVERDE, essa teria sido a primeira vez em que se daria no Brasil um tratamento definido às participações detidas pelos sócios, e decorreria daí o conceito de acionista. Quando, em 1755, foi criada a Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão, o termo utilizado para definir seus participantes já era “acionista”.

Na realidade, até os dias atuais, o Capital Social *é um elemento sem o qual essa modalidade societária não poderia existir*. Se algumas pessoas naturais pretendem criar um ente que, embora resultante simplesmente da vontade dessas mesmas pessoas, irá capacitar-se para atuar de modo autônomo no meio social e jurídico, é conveniente que esse ente seja capaz de assumir suas próprias obrigações, exonerando seus fundadores de quaisquer responsabilidades rotineiras.

Para lograr tal intento, será necessário que os fundadores invistam determinado montante, em dinheiro ou bens suscetíveis de avaliação em dinheiro, inclusive direitos, na constituição desse mesmo ente. Assim, ao investir tais recursos patrimoniais pessoais naquele ente - imobilizando algum montante de recursos para a formação do respectivo Capital Social - tais fundadores estariam como que pagando um determinado preço para obter, como consequência, que esse ente assim constituído tivesse autonomia na ordem jurídica, e não lhes acarretasse qualquer responsabilidade patrimonial adicional.

A preocupação que teve o legislador das sociedades por ações em pautar detalhadamente as modalidades e processos, tanto para o aumento do Capital Social, como para a redução do mesmo, demonstra a relevância desse fator para a limitação de responsabilidade dos acionistas e, de uma forma geral, para o adequado funcionamento da pessoa jurídica assim constituída, no seio da sociedade.

A afirmativa vem reiteradamente feita por Penteado,²¹⁷ que alude à advertência de Tantini²¹⁸sobre a eventual exigência legal de Capital Social mínimo - para o autor italiano, esse tipo de exigência seria mais como uma espécie de caução imposta pelo ordenamento.²¹⁹

A constituição de uma sociedade por ações equivale, assim, à adoção de uma forma específica para promover a circulação de bens e serviços na ordem jurídica e

²¹⁷ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de Capital nas Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro : Ed. Saraiva , 1.ªed., 1988, p. 20

²¹⁸ TANTINI, Giovanni. *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*. Padova : Cedam, 1973.

²¹⁹ TANTINI, citado: “ *Lungi dal garantire mezzi adeguati al funzionamento dell'impresa, il minimo di capitale appare oggi più vicino ad una cauzione , sia pure qualificata, che l'ordinamento impone per la costituzione di una società di capitali*”. (Trad. livre: “ Longe de ser uma garantia de meios adequados para o funcionamento toda sociedade empresária, o Capital Social mínimo aparece hoje semelhante a uma caução, embora essa deva ser qualificada como exigência do ordenamento para a constituição de uma sociedade de capitais”.)

econômica, *sem as limitações temporais, espaciais e patrimoniais usualmente impostas ao ser humano* em função de sua própria humanidade.

A recíproca também é verdadeira, na medida em que, tanto pela própria tutela jurídica do ente assim constituído, como pela segregação patrimonial que lhe é inerente, a sociedade estará protegida das eventualidades que sobrevenham ao patrimônio de seus sócios. No Brasil, como já mencionado, são duas as formas societárias que possibilitam uma cabal limitação de responsabilidade ao instituidor: são elas a sociedade por ações e a sociedade limitada, porém mais a *empresária* do que a *simples*.²²⁰

Além dessa finalidade originária, ligada à solvabilidade da sociedade empresária em vias de ser criada, o Capital Social sempre teve também como função servir de medida para o rateio dos recíprocos direitos de participação dos sócios. Como se sabe, a constituição das primeiras sociedades anônimas se deu a partir do grande interesse mercantil pela navegação e pelo comércio de produtos exóticos, na Europa.

Na alta Idade Média, alguns comerciantes de cidades italianas e flamengas se tornaram extraordinariamente ricos com os produtos dessas explorações marítimas; seu poder, reiterado e consolidado pela edição espontânea de normas de Direito comercial e pelo foro privilegiado, acabou mais tarde ameaçando o regime dos monarcas absolutistas, dentre os quais os chamados *déspotas esclarecidos*: Catarina da Rússia, Carlos V de Espanha e Luís XIV da França. Estes, então, passaram a proibir qualquer sociedade dotada de patrimônio autônomo, somente sendo possível formar uma delas se houvesse sido antes assegurada a autorização real. Tais autorizações eram os *royal charters*, ou *cartas régias*.

Exemplo tardio disso, no Brasil, é o caso do Banco do Brasil, criado pelo alvará de 12 de outubro de 1808 do príncipe regente.

Como já foi anteriormente mencionado, foi justamente a existência do Capital Social que possibilitou que essas sociedades tivessem um tratamento peculiar: fossem reputadas *pessoas*. Isso porque, naquelas outras sociedades desprovidas

²²⁰ Na medida em que, nas sociedades simples, poderá haver assunção de responsabilidade dos sócios pelas perdas incorridas pela sociedade, a teor do CC/2002, art. 997, inciso VII (“a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas”). O mesmo não se dá com as sociedades empresárias limitadas, por força do disposto no CC/2002: “Art. 1.054 - O contrato mencionará, **no que couber**, as indicações do art. 997, e, se for o caso, a firma social.”(negritos adotados)

de capital próprio, os comerciantes injetavam seus recursos pessoais para permitir que as mesmas funcionassem; mas elas permaneciam inteiramente dependentes dos seus fundadores, na medida em que não tinham recursos próprios; pela mesma razão, não eram, na grande maioria dos casos, *personalizadas*.²²¹

Até nossos dias sobrevive uma forma associativa denominada de *sociedade em conta de participação*, que não é – nem jamais foi – personificada, tendo natureza mais próxima a um peculiar contrato de colaboração recíproca.²²²

Autores de procedências diversas são unânimes em afirmar que o desenvolvimento industrial do mundo só ocorreu em função do enorme vulto do capital investido pelas sociedades mercantis – que de início até complementavam e auxiliavam os investimentos feitos pelos próprios Estados. Todavia, cumpre assinalar que essa circunstância só foi possível tendo como premissa inafastável a *limitação de responsabilidade dos sócios de tais sociedades*.

Embora em nossa ordem jurídica inexista, de modo geral, a exigência de Capital mínimo,²²³ há diversas atividades para cujo desempenho se exige um mínimo de Capital Social, como forma de proteção contra certos riscos inerentes ao empreendimento.

²²¹ Havia sociedades que só tinham personalidade jurídica se um de seus sócios fosse um comerciante; tratava-se de uma personificação quase que por osmose. Veja-se, a respeito, o que ensina ROCCO, Alfredo, in *Princípios de Direito Comercial*, São Paulo : Ed Saraiva,1931, p. 301; esse autor insiste que uma sociedade personificada não é constituída por instrumento contratual, mas sim por um ato coletivo e complexo.

²²² Código Civil: “Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social. Art. 992. A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito. Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier.Art. 994. A contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais.§ 1º A especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios.§ 2º A falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário.§ 3º Falindo o sócio participante, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido.Art. 995. Salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais.Art. 996. Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual.Parágrafo único. Havendo mais de um sócio ostensivo, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo.”

²²³ Sendo exceção a recentemente criada EIRELI.

Pode-se mencionar, como exemplo dessa exigência, a Portaria 29/1999 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, que demanda *Capital Social mínimo* para a criação de uma *sociedade distribuidora* de combustíveis. Também é o caso das licitações de órgãos públicos, que, com frequência, exigem demonstração de *Capital Social mínimo*.²²⁴

Hoje, com a introdução da figura jurídica da *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada* – cognominada de EIRELI - em nosso ordenamento,²²⁵ parece inquestionavelmente claro que o Capital mantém hígida sua funcionalidade de garantia de terceiros, já que, para permitir a limitação da responsabilidade do instituidor individual da EIRELI, o legislador exigiu que se lhe atribuísse - desde sua constituição - um Capital mínimo correspondente a cem vezes o salário-mínimo então vigente no território nacional,²²⁶ devendo ele ser necessariamente integralizado *ab initio*, mas não se exigindo que seja completado a cada vez que sobrevier um aumento do salário-mínimo.²²⁷

Essa, todavia, não é uma exigência frequente no Brasil. Até porque o Capital Social - enquanto categoria jurídica essencial à existência das sociedades

²²⁴ GALGANO, in *La Società per azioni*. Padova : Cedam,1984, p.10, observou que a inexistência de normas legais sobre a adequação do Capital Social à realidade do funcionamento da sociedade empresária encontraria uma explicação na circunstância de que toda s/a sempre pode recorrer ao capital de terceiros. Mas aconselhava a que viesse a ser instituído pelos legisladores um tipo de Capital Social mínimo, para tutela dos pequenos investidores.

²²⁵ Lei n.º 12.441/2011- transcrita na Nota de Rodapé n.º116.

²²⁶ Essa característica lhe valeu a propositura da ADIN n.º 4637 perante o STF, tendo em vista que a CF, em seu art. 7.º, inciso IV, veda a utilização do salário-mínimo como índice. O PPS (Partido Popular Socialista) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4637) no Supremo Tribunal Federal (STF) contra a parte final do *caput* do artigo 980-A do Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que exige um capital social de pelo menos 100 salários mínimos, o que, na data da propositura da ADI, equivale a R\$ 54,5 mil, para a criação de uma empresa individual de responsabilidade limitada. O dispositivo legal foi alterado em 2011 pelo artigo 2º da Lei 12.441, de 11.07.2011, que entrou em vigor em janeiro de 2012. Para o PPS, “a declaração de inconstitucionalidade apenas da parte final do dispositivo legal não prejudicará em nada a subsistência do instituto da empresa individual de responsabilidade limitada no ordenamento jurídico”. Nada obstante, prevê-se que a decisão do STF seja em linha com o já deliberado no RE n.º 565.714, pelo qual , embora reconhecida a inconstitucionalidade da adoção do salário-mínimo como parâmetro, optou aquela corte por determinar a validade transitória dessa fixação, até que outra norma corrija tal vício. O início do *caput* do artigo 980-A do Código Civil prevê exatamente que “a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social.”

²²⁷ Essa não-exigência de refazimento do total, a cada vez que houver aumento do salário-mínimo, é a conclusão a que chegou o Centro de Estudos da Justiça Federal, e está descrita no Enunciado n.º4 de Direito Comercial: “Uma vez subscrito e efetivamente integralizado, o capital da empresa individual de responsabilidade limitada não sofrerá nenhuma influência decorrente de ulteriores alterações no salário-mínimo.”

empresárias que permitem limitação da responsabilidade aos respectivos instituidores ou sócios - tem uma funcionalidade determinada claramente na lei.

Como se mencionou anteriormente, a função mais notória do Capital Social é permitir que por seu intermédio se explicita o rateio das participações dos sócios, dimensionando-se reciprocamente os respectivos direitos e obrigações. Segundo Fran Martins,²²⁸ o Capital Social da sociedade anônima será formado pela contribuição de todos os sócios, devendo ser sempre expresso em moeda nacional, muito embora possa ser formado com qualquer espécie de bens, corpóreos ou incorpóreos - desde que sejam suscetíveis de avaliação em dinheiro - devendo tais bens ou direitos ser efetivamente avaliados.²²⁹

²²⁸ MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro : Ed. GEN, 2011, 34.^a ed., revista e atualizada por Carlos Henrique Abrão; p. 241.

²²⁹ Sobre a necessidade de avaliação, já se escreveu bastante. Todavia, há ainda quem confunda a necessidade legal da avaliação independente de bens e direitos com os quais o subscritor concorre para a formação do Capital Social, com a questão fiscal relativa ao mesmo tema. Isto é: é possível que determinada contribuição de subscritor em bens ou direitos, na formação do Capital Social de certa sociedade por ações, acabe por causar ao subscritor a obrigação tributária de recolher o Imposto de Renda incidente sobre os ganhos de capital. Veja-se: a Lei n. 8.177, de 1991, ao instituir um novo regime de desindexação da economia, criou a Taxa Referencial (TR), extinguiu a BTN Fiscal, prescreveu que o Poder Executivo enviaria ao Congresso Nacional, até 31.03.1991, projeto de lei sobre correção monetária das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real (art. 42), o que veio a ser regulado (para efeitos fiscais e societários) pela Lei n. 8.200 e pelo Decreto n. 332, de 1991, que elegeram para a correção monetária o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC). Mais adiante, na esteira do chamado Plano Real - de intervenção macroeconômica no sentido da estabilização da economia brasileira - o art. 4.º da Lei n. 9.249, de 1995, relativa ao Imposto sobre a Renda, extinguiu o regime de correção monetária das demonstrações financeiras da sociedade por ações, para todos os fins; todavia, alguns anos após a implementação da nova moeda - o real - a inflação voltou a campear no País, embora sem dúvida em patamares muito inferiores àqueles anteriores à nova moeda. Dessa vedação à oficialização da correção monetária das demonstrações financeiras da sociedade por ações, contudo, decorre o efeito extrapatrimonializante da atual tributação sobre a renda das pessoas jurídicas que adotam a forma de sociedades por ações, uma vez que o tributo acaba incidindo de modo oblíquo sobre parte do chamado capital próprio, fato que por sua vez vem representar tributação a uma alíquota superior à autorizada em lei, deixando o imposto de incidir propriamente sobre a renda das sociedades, como lhe incumbe. Ainda um outro efeito da mesma Lei n.º 9.249/95 é a impressão que seu artigo 23 dá aos desavisados, ao estipular: “Art. 23 – As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos, pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.” Ora, essa orientação – reiterada no art. 132 do Decreto n.º 3.000/99, igualmente norma tributária - é direcionada a estabelecer que, sempre que um subscritor contribua com bem ou direito ao qual ele próprio atribua um valor idêntico ao que constava em sua própria Declaração de Imposto de Renda para referido bem – *inexistirão ganhos de capital e portanto não se dará a referida tributação*. Todavia, isso não significa uma liberação para que os subscritores confirmem ao Capital Social bens e direitos mediante uma reiteração singela do respectivo valor declarado às autoridades fiscais, sem que haja uma avaliação independente, sob pena de se deitarem por terra os princípios que regem o Capital Social, e *que são internacional e unanimemente aceitos pela doutrina*. De sorte que o disposto na lei tributária não derroga o que dispõe a lei de regência do tipo societário. Ao contrário: o Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172, de 25.10.1966 - em dois de seus dispositivos, insiste na eficácia do Direito ordinário para tipificar os institutos. Vejam-se: “Art. 109 - Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos,

Além disso, o Capital Social é tradicionalmente concebido como uma garantia de terceiros e credores que lidam com a sociedade.²³⁰ Embora haja divergência na doutrina sobre a efetividade da garantia assim proporcionada,²³¹ é prevalente a opinião de Bulgarelli, segundo a qual o Capital Social tem tripla função²³²: a de *produtividade*, uma vez que constitui fator patrimonial para a obtenção de lucros, permitindo o exercício da atividade compreendida no objeto social; a de *garantia*, revelada na obrigação que é imposta pela lei, de que o valor dos bens e direitos que integram o patrimônio ativo da sociedade supere o total das dívidas e obrigações que o gravam, em quantia ao menos igual à que é expressa pelo Capital;²³³ e, finalmente, a de *determinação da posição de sócio*, que diz respeito à situação de participação detida pelo acionista em face do Capital.²³⁴

A situação dos Empresários Individuais²³⁵ é um pouco distinta, no Direito brasileiro, na medida em que aqueles não têm propriamente um Capital Social, por não se constituírem sob a forma de sociedades. Nem possuem limitação de responsabilidade. Entretanto, embora no formulário que preenchem perante as Juntas Comerciais para ali obterem sua inscrição como tais, os Empresários em nome pessoal não costumem individualizar o montante de recursos que ficará, em

conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários. Art. 110 - A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”E mais: a importância da estimação independente do valor de bens e direitos com os quais se pretenda concorrer à formação do Capital Social diz respeito à tutela do minoritário e à do terceiro de boa-fé, sendo esses os fundamentos axiológicos da determinação de avaliação independente.

²³⁰ Essa é a razão pela qual há doutrinadores que reputam o Capital Social como intocável e a própria lei assim o determina. A esse respeito, antes mesmo da vigência do diploma legal que antecedeu à atual Lei n.º 6.404/76, COSTA, Philomeno J.da, in *Operações da Anônima com as Ações do Seu Capital*, tese de seu concurso à cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, 1965, p2-, dizia: “Afirma-se, genericamente, **com acerto**, que semelhante proibição é uma consequência do princípio da integridade do capital social.”(negritos aditados)

²³¹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Código Comercial e legislação complementar anotados*. São Paulo : Ed. Saraiva, 3.ª ed., 1997.

²³² BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais, empresa e estabelecimento*. 5.ªed. São Paulo : Ed. Atlas, 1993

²³³ PIRES, Gudesteu. O Capital das Sociedades Anônimas. *Revista Forense n.º85*, 1941. Para aquele autor, o capital representaria uma linha como se fosse um perímetro em torno dos bens aportados para a sociedade ou por ela adquiridos, delimitando-os. Os ativos sociais poderiam permanecer dentro desse círculo, ou poderiam extravazá-lo por força de acréscimos de valor; o círculo, entretanto, seria imutável.

²³⁴ Síntese sugerida por FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial* , 5.ªed. São Paulo : Ed. Atlas, 2005, p. 256

²³⁵ Sucessores dos antigos Comerciantes em Nome Individual, do vetusto Código Comercial de 1850.

princípio, afeto ao desempenho de suas atividades, já se encontra pacificada²³⁶ a noção de que primeiro devem ser excutidos os bens afetos à exploração empresarial, para só então, na insuficiência destes, tentar-se a execução contra bens pessoais do Empresário Individual.

Por outro lado, é comum que, mais adiante, desejando converter sua atividade individual em uma sociedade, o antigo Empresário Individual impute valor ao acervo constituído com sua atividade econômica anterior, e pretenda aportá-lo, como conjunto de bens e direitos, por ocasião da formação do Capital da nova sociedade.

É até mesmo frequente, em nossos dias, que o acervo do Empresário Individual seja transferido a seu herdeiro ou a algum sucessor, por ocasião de seu óbito, o que demanda, por força da singularidade da Firma Individual, que o sucessor promova a *alteração do nome* que lhe fora inicialmente atribuído, vez que este coincidia com o patronímico do *de cuius*.²³⁷ E, uma vez operada a sucessão, haverá necessariamente a *mudança do nome* sob o qual operará o Empresário titular dessa Inscrição Individual.

De qualquer modo, prevalece dentre os melhores doutrinadores brasileiros a impressão de que o Capital Social, a despeito de ser uma entidade originariamente ficta, ou decorrente da lei, tem realmente as três características – e *funcionalidades* – apontadas por Bulgarelli.²³⁸

²³⁶ Como se depreende do Enunciado n.º 5 aprovado na 1.ª Jornada de Direito Comercial do Centro de Estudos da Justiça Federal, a saber: “5. Quanto às obrigações decorrentes de sua atividade, o empresário individual tipificado no art. 966 do Código Civil responderá primeiramente com os bens vinculados à sua atividade econômica, nos termos do art. 1.024 do Código Civil”.

²³⁷ Surge aí uma dificuldade para executar-se a decisão judicial que eventualmente determine à Junta Comercial transferir para o nome de algum herdeiro – ou do cônjuge supérstite – a firma individual anteriormente detida pelo *de cuius*, na medida em que pela característica da figura empresarial do Empresário Individual, ao se transferir a atividade, se deve também transferir a titularidade, que então ficará sob o nome (ou seja, a firma) do novo exercente, seja ele o herdeiro ou o cônjuge supérstite, na medida em que se trata efetivamente de uma Firma individual, ou seja, uma forma individual de se exercer a atividade empresarial, sob o próprio nome. Grande parte dos Juízos, ao enviar mandados para as Juntas Comerciais, ignora esse pormenor, causando dificuldades na execução da determinação, pois é necessário que o novo exercente escolha **sob que firma operará a atividade**, ou seja, considerando-se que não mais poderá ser utilizado o nome do *de cuius*, é necessário decidir se o novo titular utilizará seu próprio nome por inteiro, ou se abreviará algum sobrenome, etc.

²³⁸ Ver Nota de Rodapé n.º 165.

Ainda dentro do tema de Capital Social, vale recordar-se que, citando o tradicional autor norteamericano Ballantine,²³⁹ Comparato alude a uma determinada hipótese de *subcapitalização da companhia* que seria nefasta para os investidores, ressaltando porém²⁴⁰ que, mesmo em tal hipótese, o financiamento feito pelos próprios sócios se assemelharia a um investimento, sujeitando-se ao mesmo regime jurídico respectivo.

A conclusão de Comparato, todavia, se distancia da visão de Ballantine e parece encontrar seu fundamento nas decisões emitidas por tribunais italianos a respeito do tema.²⁴¹

De sorte que, para bem discernir a função básica da categoria do Capital Social - assim como o nexos que se impõe reconhecer entre ela e o tema deste trabalho - seria oportuno traçar um esboço histórico pelo qual se possam cotejar algumas antinomias, ou pelo menos assimetrias entre os diversos sistemas jurídicos, no intuito de perceber-se que parece, de fato, haver uma conexão entre a *funcionalização da empresa e a medida de seu Capital Social*.

2.2. Convergências e Assimetrias entre Sistemas

Há sistemas jurídicos em que a exigência de analogia entre a realidade posta e uma figura ficta é mínima; já para outros sistemas, a analogia deveria ser total.

²³⁹ BALLANTINE, Henry Winthrop. *Ballantine on Corporations*. Chicago : Ed. revisada, Callaghan & Co., 1946, p. 302/303: “ *If a corporation is organized and carries on business without substantial capital in such a way that the corporation is likely to have no sufficient assets to meet its debt, it is inequitable that shareholders should set up such a flimsy organization to escape personal liability. The attempt to do corporate business without providing any sufficient basis of financial responsibility to creditors is an abuse of the separate entity and will be ineffectual to exempt the shareholders from corporate debts...if the capital is illusory or trifling compared with the business to be done and the risks of loss, this is grounds for denying the separate entity privilege.*” (Trad. livre: “Se uma sociedade por ações desenvolve suas atividades empresariais sem um capital substancial, de modo que a sociedade não possua ativos suficientes para serem opostos aos seus débitos, é injusto que seus acionistas tenham estabelecido uma organização de tal modo tênue, e ainda pretendam fugir à responsabilidade pessoal. A tentativa de realizar negócios empresariais sem o provimento de uma base adequada para responsabilidade financeira perante credores é um abuso do direito de estabelecer-se uma personalidade distinta, e será ineficaz para isentar os acionistas das dívidas da sociedade empresária por eles criada... se o capital for ilusório ou irrisório, em relação aos negócios que serão desenvolvidos e os riscos de perda, isto constitui fundamento para a denegação do privilégio que é a criação de um ente personificado, separado das pessoas dos sócios.”

²⁴⁰ COMPARATO, Fabio Konder. *O Poder...* cit., p. 346.

²⁴¹ Esclarecimento prestado por PENTEADO, Mauro Rodrigues, op. cit.

Assim como - segundo descreveu Hattenhauer²⁴² - para que o grupo social aceite uma pessoa como tal, é preciso que de algum modo ela se componha com o grupo, da mesma forma - segundo relatou Kant²⁴³ - é preciso que alguém seja imputável, isto é, possa ser responsabilizado, para que o grupo o repute uma pessoa.

Segundo Eliachevitch,²⁴⁴ estudioso do fenômeno da personificação, no Direito Romano usava-se um método empírico, paulatino, para aferir-se a semelhança entre uma *criação legislativa* e determinada *situação real*. Consequentemente, seria por meio de normas comuns, ou seja, de semelhanças determinadas, que se reconheceria a um determinado conjunto de situações a característica de *organismo*.

Se determinado ente tem patrimônio próprio (*arca communis*), distinto dos patrimônios dos que o instituíram ou o administram, se tem órgãos especiais para representá-lo ou administrá-lo (*actor vel syndicus*), ele poderá, como propôs Triboniano²⁴⁵, ser mais do que uma simples *universitas*: poderá ter uma coesão semelhante à dos *collegia*, ou sociedades de publicanos.

A distinção entre o *collegium* e a *universitas* foi apontada por Ulpiano²⁴⁶ e reside no fato de que, na primeira, o credor do município (*collegium*) não se torna automaticamente credor dos munícipes. Já na *universitas*, distintamente do que ocorre com a *societas*, se sobrevier sua dissolução, o patrimônio é restituído ao fisco.

No Direito Romano, a existência da *societas*, por sua vez, é ligada à existência dos sócios - sendo dissolvida pela morte do sócio, ou por sua desistência em dela participar. Quando é dissolvida, o patrimônio social é repartido entre os sócios. Sob um prisma exclusivamente civil, essa seria a origem da sociedade trazida a lume pelo Código Civil de 2002. Não sem razão, um dos coautores do

²⁴² HATTENHAUER, Hans. Op.cit., passim

²⁴³ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid : Ed. Ariel, 1980, passim

²⁴⁴ ELIACHEVITCH, Basile. *La Personnalité Juridique en Droit Privé Romain*. Paris : Ed. Syrey, 1942, passim.

²⁴⁵ TRIBONIANO, apud José Lamartine Corrêa de Oliveira, cit., p. 37: *quod cujuscumque universitas nomine* (Digesto, Tít. III, 4).

²⁴⁶ ULPIANO, citado por OLIVEIRA, Digesto III, 4,7,§ 1: *si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent* – trad livre: assim como os sócios não se endividam em nome da sociedade, da mesma forma a sociedade não será tida como devedora por fato dos sócios.

projeto depois convertido na Lei n.º 10.406, Miguel Reale, descreveu a sociedade empresária em sintonia com o ancestral padrão romano.²⁴⁷

Kelsen²⁴⁸, entretanto, expõe que foi necessário criar a personificação de certos entes, em virtude de os mesmos serem titulares de *direitos subjetivos* e por conseguinte estarem obrigados a cumprir certos deveres jurídicos. De sorte que a personificação – assim como a circunstância de as possíveis pessoas jurídicas deverem sempre ser elencadas na legislação como um *numerus clausus* – decorreriam da necessidade de se criarem *entes imputáveis*.²⁴⁹

Assim é que, no Direito Alemão mais recente, como sintetiza Oliveira,²⁵⁰ a *capacidade de direito dependerá, em grande medida, das possibilidades de assunção de responsabilidade*. Esse é um ponto bastante importante e ainda será aprofundado no decorrer deste trabalho.

José Lamartine Corrêa de Oliveira²⁵¹ recomenda que se estude com afinco o Direito Germânico, na medida em que os estudiosos italianos, como Galgano²⁵², acabam por confundir as hipóteses em que *ser tido como uma pessoa* é essencial para o funcionamento do ente, com aquelas outras hipóteses em que não o é. Ou seja, devem ser separadas, sob o prisma lógico, as ocasiões em que a *personalidade* corresponde a um requisito de *eficácia externa*, e aquelas em que a personificação apenas acarreta uma *integridade autorreferida*.

Segundo Reinhardt,²⁵³ isso ocorreria porque na *societas* de estilo romano, inexistia uma comunhão tal que permita a atuação externa; embora haja ali um outro

²⁴⁷ REALE, Miguel. *Invencionices sobre o novo Código Civil. Direito de Empresa.*: “O Código Civil não define o que seja”*sociedade empresária*”, limitando-se a dizer que ela é constituída por empresários como tais, sendo inscrita na Junta Comercial que é o Registro Público de Empresas Mercantis (Art.967).” Texto extraído do sítio de internet: *Jus Navigandi*, capturado em 11.03.2003, no seguinte link: <http://www1.jus.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=3820>. Como se vê, um dos próprios redatores do Código Civil de 2002 não conseguia perceber com clareza a distinção entre os empresários (no sentido de excercentes da empresa) com os sócios de uma sociedade empresária; a dificuldade em se dar conta de que empresária é a sociedade, e não necessariamente os respectivos sócios, provinha sem dúvida de seu amplo conhecimento do Dir. Romano, sob cuja rígida matriz se havia formado intelectualmente.

²⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo : Ed. Martins Fontes , 1994, 4.ª ed., 427 p.

²⁴⁹ OLIVEIRA concorda com essa assertiva : op.cit., p. 57 e segs.

²⁵⁰ OLIVEIRA, op. cit., passim.

²⁵¹ OLIVEIRA, cit., p. 36

²⁵² GALGANO, Francesco. *Rapport général sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil*, in *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, travaux de l'Association Henri Capitant, Paris : Ed. Dalloz, 1974, p.14-15

²⁵³ REINHARDT, Rudolf. *Gesellschaftsrecht*. Tübingen : Mohr, Siebeck Verlag, 1973, p. 18, n.º 36.

tipo de comunhão - menor - na verdade essa comunhão assim reduzida não autoriza uma *atuação externa coesa*. Ao revés, ela permite apenas que seus participantes não possam livremente desfazer-se de seus quinhões, sem que isso cause um prejuízo à unidade do todo. Isso seria equivalente, então, mais a uma *relação condominial*, do que propriamente a uma sociedade em comum - i.e., a sociedade *zur gesamten Hand*.

Para Oliveira,²⁵⁴ portanto, no Direito Alemão ter-se-ia um sistema *maximalista*, em que a capacidade de direito será tanto maior ou mais ampla, quanto maiores forem as possibilidades de *assunção de responsabilidades* perante terceiros (as *Haftungsmöglichkeiten*).

Todavia, Oliveira elogia Rittner,²⁵⁵ que censurou a circunstância de a definição da pessoa jurídica estar ligada, no sistema germânico, à limitação da responsabilidade de seus sócios, e ao conceito da plena segregação patrimonial entre os sócios e a pessoa por eles constituída. Para Rittner,²⁵⁶ esse método significaria a opção por *um sistema fundado na noção de patrimônio comum*, ou na noção de bens detidos em comum, o que não constituiria a melhor fonte para uma definição jurídica.

Além disso, Oliveira também verbera a falta de distinção nítida, no Direito Brasileiro,²⁵⁷ *entre as associações e as sociedades*, recordando que no Direito Alemão, há as associações sem finalidade lucrativa, e as associações com finalidade lucrativa ou econômica, sendo que estas últimas somente adquiririam personalidade jurídica se fossem recipientes de uma *concessão* ou autorização do Estado.

No Direito brasileiro, o legislador do Código Civil de 2002 confundiu-se, apelidando de *fins econômicos* aqueles que não são meramente econômicos. Bem se vê, ao ler-se o disposto no art. 153 do Código Civil,²⁵⁸ que, embora isso não esteja posto com clareza no texto legal, a distinção entre entes *de fins econômicos* e

²⁵⁴ OLIVEIRA, cit., passim.

²⁵⁵ RITTNER, Fritz. *Die werdende juristische Person*. Tübinge : Mohr, Siebeck Verlag, 1973, p. 4.

²⁵⁶ RITTNER, op.cit., passim

²⁵⁷ Observando-se que seus escritos sobre o tema datam de 1979, portanto ainda sob o efeito da (então) recente elaboração do projeto de Código Civil, hoje a Lei n.º 10.406/2002.

²⁵⁸ Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406) : “Art. 153- *Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Parágrafo único – Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.*”

entes *sem fins econômicos*, para o legislador do Código Civil, reside na aptidão de distribuir resultados entre os sócios. Nenhuma outra interpretação pode ser dada aos dispositivos que tratam do tema, sob pena de se obter uma monumental confusão.

Na realidade, contudo, cumpre ressaltar que *qualquer ente personificado tem fim econômico*. Até mesmo uma ordem religiosa ou um monastério cujos associados tenham formulado votos de pobreza. Isso porque a mera organização de qualquer recurso de ordem patrimonial que tal ente assim constituído possua, ou adquira a qualquer título, constituirá sua *economia*.²⁵⁹

Por tais razões, pode-se identificar que, ao tratar de fins econômicos, o legislador do Código Civil estava, evidentemente, cogitando de objetivos *não propriamente econômicos, mas sim voltados à geração de lucros* e portanto direcionados à distribuição de resultados, sendo essa a *summa divisio* entre entes personificados: alguns objetivam uma organização econômica de determinadas atividades, voltada à distribuição de lucros – ou *superavit* financeiro decorrente da exploração de determinada atividade - e outros objetivam igualmente a organização econômica de certas atividades, porém sem repartir os resultados sob a forma de lucro.²⁶⁰

Ao contrário: tendo de reinvesti-los (como é o caso das fundações) ou utilizando-os em benefício dos associados, sem todavia distribuir resultados monetários ou em espécie (é o caso dos clubes recreativos).

As cooperativas, por exemplo, fornecem a seus cooperativados determinados produtos que comprem em grandes quantidades, fazendo uso das vantagens decorrentes da economia de escala, repartindo entre os cooperativados os benefícios e até mesmo, por vezes, auferindo um resultado positivo, que todavia não é apelidado de lucro, nem é repartido, mas sim utilizado pela própria entidade.²⁶¹

²⁵⁹ Não sendo incomum que as ordens religiosas tenham, dentre seus membros, justamente um frade ou uma freira que exercem funções de *ecônomo*, ou seja, de administrador, intendente ou zelador dos recursos patrimoniais da ordem; de resto, até mesmo um presídio ou um hospital terá seu *ecônomo*, assim tendo sido por muitos anos designado aquele servidor encarregado de adquirir e administrar os alimentos, medicamentos, materiais de consumo, uniformes, lençóis, cobertas, etc. , dos respectivos internos.

²⁶⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p.290: nas associações não há intenção de dividir resultados.

²⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, 20.^a ed., Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 350.

Oliveira, tendo escrito sua tese em 1979 - e portanto bem antes da promulgação do atual Código Civil - relata, ainda, que dentre as sociedades existentes no Direito brasileiro se situa a *sociedade por ações*, epítome da estrutura empresarial e da qual são esperadas certas *funcionalidades* na ordem jurídica.

Na verdade, embora para Oliveira²⁶² seja essencial, para uma adequada compreensão das *funcionalidades*, o estudo do Direito Alemão, para diversos outros autores nacionais²⁶³ a doutrina italiana seria mais fértil. Dentre esses, contar-se-ia Bulgarelli,²⁶⁴ para quem a doutrina alemã tropeçaria em grandes dificuldades. Essa é, também, a opinião genérica sobre o Direito germânico, esposada pelo espanhol Broseta Pont.²⁶⁵ Todavia, o próprio Oliveira não adentrou tanto no estudo dessas funcionalidades que percebeu no instituto da *empresa*.

Dentre os autores italianos mais festejados que escreveram sobre as funcionalidades da sociedade por ações se encontra Pannunzio,²⁶⁶ citado também reiteradamente por Bulgarelli.²⁶⁷ De resto, a diversidade de autores que se

²⁶² OLIVEIRA, cit., p.36,48-49.

²⁶³ Inclusive TEPEDINO, Gustavo *et alii* (in *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v.I, 1.ªed., Rio de Janeiro : Ed. Renovar , 2004, p. 137, onde ensina que o texto constitucional, ao definir como *plena* a liberdade de associação para objetivos lícitos, justifica a vedação de interferência estatal em seu funcionamento (CF, art. 5.º, inciso XVIII).

²⁶⁴ BULGARELLI, Waldirio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo : Ed. RT, 1985, p.103

²⁶⁵ PONT, Manuel Broseta. *La Empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid : Ariel, 1956.

²⁶⁶ PANNUNZIO, Vincenzo, in *Teoria giuridica dell'impresa*, Milano : Giuffrè 1974, p. 8-12: "*una rapida scorsa ai sistemi giuridici contemporanei conferma (...) come la nozione di impresa sia penetrata nel campo giuridico in diverse epoche storiche, sotto l'impulso di spinte economiche e sociali di varia indole, che hanno prodotto movimenti rinnovatori dell'intero diritto commerciali dei vari paesi. (...) Si scorge, dall'analisi comparativistica, che sotto la pressione della realtà economica e sociale dell'impresa, il diritto a riconosciuto la necessità di superare certe nozioni tradizionali, e ciò ha fatto, o richiamandosi a nozioni frammentarie e non precisate, o creando una nozione unitaria, ma pur sempre limitata, tendendo all'elaborazione di una nozione abbastanza ampia, che dia un inquadramento alle grandi strutture economiche, riconoscendo ad essi statuti suoi propri e talora la qualità di soggetti di diritto. (...) una nozione unitaria di impresa, ancora non sufficientemente definita, nè precisata, forse per la sua stessa dinamicità e mutevolezza.*" (Trad. livre: *Um rápido passeio pelos sistemas jurídicos contemporâneos confirma (...) como a noção de empresa penetrou no campo jurídico em diversos momentos históricos, sob o estímulo de estímulos econômicos e sociais de índole variada, que acabaram produzindo movimentos renovatórios de todo o Direito Comercial em vários países. (...) Colhe-se da análise comparativa que, sob a pressão da realidade econômica e social da empresa, o Direito veio a reconhecer a necessidade de superarem-se certas noções tradicionais e assim o fez, seja mediante o apelo a noções fragmentárias e imprecisas, seja criando uma noção unitária, mas todavia limitada, tendendo à elaboração de uma noção bastante amplificada, que proporcionasse um enquadramento às grandes estruturas econômicas, reconhecendo-lhes um estatuto jurídico próprio e atribuindo-lhes a qualidade de sujeito de direitos (...) uma noção unitária de empresa, talvez ainda não suficientemente definida, nem precisada, exatamente em razão de seu próprio dinamismo e sua mutabilidade.*)

²⁶⁷ BULGARELLI, Waldirio. Op.c cit., p. 103

ocuparam do tema das funcionalidades parece dar razão a Konder Comparato²⁶⁸, quando afirma que a questão do *desempenho funcional das empresas constitui um dos maiores problemas do direito contemporâneo*, em razão do advento do Estado Social – que evidenciou de modo mais claro do que jamais ocorrera, a interação entre os diversos participantes da ordem sócio-jurídica, e a cabal mutualidade da organização social nos dias atuais.

Sob a ótica civil-constitucional, essa parece ser a opinião de diversos autores brasileiros,²⁶⁹ na medida em que apontam para a circunstância de que a existência de uma vedação constitucional à ingerência do Estado nas atividades associativas *não excluiria um juízo permanente de merecimento de tutela*,²⁷⁰ no intuito de preservar o *valor social da livre iniciativa*, objeto do art. 1.º, IV da Constituição Federal, e para permitir o exercício da *função social da atividade econômica privada* – constante do art. 170 da Constituição Federal.

Ainda para definir os aspectos funcionais de determinados institutos, convém recordar que Comparato equipara a *função* à capacidade de agir sobre uma esfera jurídica alheia, no interesse de outrem.²⁷¹ Nesse ponto, a tese de Comparato se enquadra na concepção vigente no Direito germânico, pela qual é a conveniência de *poder atuar externamente aos limites da própria sociedade* que acarreta, para a sociedade empresária assim constituída, o reconhecimento jurídico de que deve ser-lhe atribuída *personalidade*.

Essa concepção, segundo Bulgarelli,²⁷² estaria vinculada ao conceito de *poder* que se origina em Carnelutti²⁷³. Isto é: *a função social decorreria ontologicamente de um poder*. E que poder será esse? Trata-se do poder de modificar *per se* a situação de outrem.

Portanto, na hipótese aqui tratada, o poder de atuar externamente aos próprios limites, assim como o de movimentar e criar riquezas, provocando ainda o

²⁶⁸ COMPARATO, Fabio Konder, *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo : Ed. Saraiva, 1995, p.9 e segs.

²⁶⁹ Dentre os quais TEPEDINO, Gustavo *et alii*, in *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, citado, p. 137; e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da *et alii*, in *Função Social no Direito Civil*, cit., p. 95.

²⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo *et alii* - op. cit.

²⁷¹ COMPARATO, Fabio Konder. A Reforma da Empresa. *Revista Forense* : Rio de Janeiro, n.º 290, p.9, jun.1985.

²⁷² BULGARELLI, Waldírio. Op.cit., passim.

²⁷³ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*, Coimbra, 1942, p. 258 e segs.

giro do crédito, tudo isso num contexto de limitação da responsabilidade de seus instituidores, são o somatório das razões pelas quais a *contrapartida necessária à possibilidade da existência da pessoa jurídica do tipo sociedade por ações é sua funcionalização social*.

2.3. Capital Social como Garantia de Credores

Com relação aos credores sociais, é evidente que o sistema jurídico brasileiro atribui especial relevância ao Capital Social - uma vez que, se se pretender reduzi-lo, pode-se ter de esperar legalmente o transcurso de 60 dias (no caso das sociedades anônimas²⁷⁴) ou 90 dias²⁷⁵ (no caso das sociedades limitadas) para

²⁷⁴ Conforme dispõem os arts. 173 e 174 da Lei n.º 6404/76, a saber: “Art. 173. A assembleia-geral poderá deliberar a redução do capital social se houver perda, até o montante dos prejuízos acumulados, ou se julgá-lo excessivo. § 1º A proposta de redução do capital social, quando de iniciativa dos administradores, não poderá ser submetida à deliberação da assembleia-geral sem o parecer do conselho fiscal, se em funcionamento. § 2º A partir da deliberação de redução ficarão suspensos os direitos correspondentes às ações cujos certificados tenham sido emitidos, até que sejam apresentados à companhia para substituição. Oposição dos Credores. Art. 174. Ressalvado o disposto nos artigos 45 e 107, a redução do capital social com restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas, só se tornará efetiva 60 (sessenta) dias após a publicação da ata da assembleia-geral que a tiver deliberado. § 1º Durante o prazo previsto neste artigo, os credores quirografários por títulos anteriores à data da publicação da ata poderão, mediante notificação, de que se dará ciência ao registro do comércio da sede da companhia, opor-se à redução do capital; decairão desse direito os credores que o não exercerem dentro do prazo. § 2º Findo o prazo, a ata da assembleia-geral que houver deliberado à redução poderá ser arquivada se não tiver havido oposição ou, se tiver havido oposição de algum credor, desde que feita a prova do pagamento do seu crédito ou do depósito judicial da importância respectiva. § 3º Se houver em circulação debêntures emitidas pela companhia, a redução do capital, nos casos previstos neste artigo, não poderá ser efetivada sem prévia aprovação pela maioria dos debenturistas, reunidos em assembleia especial.”

²⁷⁵ Como determinam os arts. 1.082 a 1.084 do CC/2002, a saber: “Art. 1.081. Ressalvado o disposto em lei especial, integralizadas as quotas, pode ser o capital aumentado, com a correspondente modificação do contrato. § 1º Até trinta dias após a deliberação, terão os sócios preferência para participar do aumento, na proporção das quotas de que sejam titulares. § 2º À cessão do direito de preferência, aplica-se o disposto no caput do art. 1.057. § 3º Decorrido o prazo da preferência, e assumida pelos sócios, ou por terceiros, a totalidade do aumento, haverá reunião ou assembleia dos sócios, para que seja aprovada a modificação do contrato. Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato: I - depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis; II - se excessivo em relação ao objeto da sociedade. Art. 1.083. No caso do inciso I do artigo antecedente, a redução do capital será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, tornando-se efetiva a partir da averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata da assembleia que a tenha aprovado. Art. 1.084. No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital será feita restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas. § 1º No prazo de noventa dias, contado da data da publicação da ata da assembleia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado. § 2º A redução somente se tornará eficaz se, no prazo estabelecido no parágrafo antecedente, não for impugnada, ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do

uma eventual oposição de credores. Sem o devido transcurso desse prazo, não será a redução do Capital Social registrada pelas juntas comerciais²⁷⁶ - se para tal redução houver restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou se ocorrer a diminuição do valor das ações, quando não-integralizadas.

Isso significa que, de fato, o Capital Social funciona como *garantia de credores*, embora na realidade o *patrimônio social* seja-lhe usualmente bem maior. Ocorre que, como sintetiza Fazzio,²⁷⁷ o Capital Social, em virtude da circunstância de dever ser necessariamente integralizado, é a mínima e última garantia dos credores da sociedade. Qualquer que seja a respectiva situação patrimonial, o Capital Social da sociedade deve permanecer íntegro.

Essa é, portanto, uma funcionalidade jurídica e financeira do Capital Social, e constitui o fundamento lógico dos princípios que regem sua fixidez e sua estabilidade.

Vale pensar-se em seguida na fundamentação essencial desses princípios, dentre os quais o da estabilidade do Capital Social. Qual seria, então, a relevância jurídica de o Capital Social funcionar como garantia de credores e de terceiros? Sem dúvida, os princípios que ancestralmente vêm pautando o instituto jurídico do Capital Social – como sua intangibilidade, sua estabilidade – traduzem a preocupação que pauta a *ratio* do sistema econômico capitalista: qual o preço que o explorador da estrutura empresarial deve pagar à sociedade, por ser autorizado a fazê-lo?

Na realidade, uma economia de mercado funciona como seu próprio nome determina: é orientada pelo mercado. Embora o clássico Adam Smith²⁷⁸ tenha considerado que o mercado corresponde a uma espécie de mão invisível, na verdade sabe-se que o mercado possui atores mais presentes, ou mais visíveis, e atores menos perceptíveis. Contudo, a circunstância de alguns desses atores não serem percebidos com tanta facilidade como são percebidos alguns outros, não significa que não estejam lá.

respectivo valor. § 3º Satisfeitas as condições estabelecidas no parágrafo antecedente, proceder-se-á à averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata que tenha aprovado a redução”.

²⁷⁶ Há algumas exceções à regra, no caso das limitadas regidas pelo Código Civil : o art. 1.082, inciso II trata das reduções de capital por ser o mesmo considerado excessivo em relação ao objeto da sociedade; só nessa hipótese aplicar-se-ia anecessidade de oitiva dos credores quirografários (art. 1.084) ; contudo, no caso das sociedades por ações, a regra é geral e absolutamente cogente.

²⁷⁷ FAZZIO JUNIOR, Waldo. Op.cit, p. 256-257

²⁷⁸ SMITH, Adam. *On the Wealth of Nations.*, Oxford Press

Numa sociedade capitalista, movida pela produção em massa de bens de consumo, a presença do consumidor é elemento essencial. Embora um banqueiro ou um grande financista possam preferir imaginar um mundo dotado de grandes poupadores, é a pequena poupança do assalariado e são as compras de fim de mês ou fim de ano das famílias de classe média que proporcionam à economia a necessária rotatividade.

Esta é a razão pela qual, entre os grandes intérpretes jurídicos do atual momento, situa-se Erik Jayme²⁷⁹. Percebendo com clareza as *mutualidades* dos sistemas jurídicos, Jayme ensina serem os *direitos humanos o grande instrumento re-equilibrador do Direito contemporâneo*.

Não sem razão, a emergência do estudo dos direitos humanos se dá no atual contexto de um *mundo globalizado*, em que grandes cataclismos ocorrem por força de uma exploração predatória de alguns recursos naturais e onde ainda há guerras apelidadas de movimentos humanitários. De alguma forma, os direitos humanos devem pautar a força envolvente da chamada globalização.

Aqueles que supõem que o Capital Social não tem nenhum papel a desempenhar na busca de uma definição mais abrangente do que vem a ser a *função social da empresa* tendem a apenas negar genericamente sua relevância. Essa não é, todavia, a realidade jurídica brasileira – na medida em que é a própria lei que reiteradamente determina a importância desse instituto.

Especificamente, a questão da *integridade e da intangibilidade do Capital Social* já acarreta uma grande cisão na doutrina brasileira, na medida em que se discute se há – ou não – fundamento lógico em permitir-se, por exemplo, o *resgate de ações preferenciais* que não possuíam originariamente esse direito. Sabe-se que o resgate de ações, objeto do art. 44 da Lei n.º 6.404,²⁸⁰ deve ser previsto

²⁷⁹ JAYME, Erik, *Narrative Normen im internationalen Privat-und Verfahrensrecht*. Tübingen : Nomos, 1993, p.16, p.261 e segs.

²⁸⁰ Lei n.º 6.404/76 e alterações posteriores: Art. 44. *O estatuto ou a assembléia-geral extraordinária pode autorizar a aplicação de lucros ou reservas no resgate ou na amortização de ações, determinando as condições e o modo de proceder-se à operação. § 1º O resgate consiste no pagamento do valor das ações para retirá-las definitivamente de circulação, com redução ou não do capital social, mantido o mesmo capital, será atribuído, quando for o caso, novo valor nominal às ações remanescentes. § 2º A amortização consiste na distribuição aos acionistas, a título de antecipação e sem redução do capital social, de quantias que lhes poderiam tocar em caso de liquidação da companhia. § 3º A amortização pode ser integral ou parcial e abranger todas as classes de ações ou só uma delas. § 4º O resgate e a amortização que não abrangerem a totalidade das ações de uma mesma classe serão feitos mediante sorteio; sorteadas ações custodiadas nos*

estatutariamente. Isto porque os recursos utilizados para efetivar tal operação devem estar antecipadamente provisionados numa reserva.

Vale dizer que, se o resgate das ações não houver sido previsto quando da respectiva emissão, não poderá ocorrer.²⁸¹ Por outro lado, se passar a ser estatutariamente previsto, mediante uma deliberação assemblear posterior à assembleia originária de constituição da sociedade, há quem entenda que *não poderia ensejar uma redução do Capital Social*.²⁸²

Como explicita Gama,²⁸³ se a função social da grande sociedade empresária se circunscrevesse a apenas “*ser um centro produtor de riquezas, congregando capital e trabalho*”, sua mera configuração como tal já se constituiria na plenitude de sua função social. Ora, supõe com razão aquele autor que não é isso o que ocorre. Para o pleno exercício da função social, não basta a potencialidade, há de haver a concretude.

termos do artigo 41, a instituição financeira especificará, mediante rateio, as resgatadas ou amortizadas, se outra forma não estiver prevista no contrato de custódia. § 5º As ações integralmente amortizadas poderão ser substituídas por ações de fruição, com as restrições fixadas pelo estatuto ou pela assembleia-geral que deliberar a amortização; em qualquer caso, ocorrendo liquidação da companhia, as ações amortizadas só concorrerão ao acervo líquido depois de assegurado às ações não a amortizadas valor igual ao da amortização, corrigido monetariamente. § 6º Salvo disposição em contrário do estatuto social, o resgate de ações de uma ou mais classes só será efetuado se, em assembleia especial convocada para deliberar essa matéria específica, for aprovado por acionistas que representem, no mínimo, a metade das ações da(s) classe(s) atingida(s). (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

²⁸¹ A Lei nº 10.303/2001 (§6º do art. 44) modificou a Lei n.º 6.404/76, aperfeiçoando a disciplina legal das ações e retirando da companhia – excetuada uma eventual disposição contrária no estatuto social – o poder de resgatar ações de uma ou mais classes, transferindo o poder de decidir sobre esse tema para a assembleia especial da classe atingida pelo resgate. Modesto Carvalhosa (ob. cit. vol. 1º, p 413) manifestou-se no sentido de que a cláusula estatutária de resgate somente será válida se houver sido estabelecida *no momento da criação e emissão das ações resgatáveis*, hipótese em que se pode pressupor um conhecimento prévio de qual seria o critério estatutário, fato que por sua vez permitiria a adesão do acionista. Caso contrário, não haveria razão para a regra inserta no § 6º do artigo 44.

²⁸² Foi a visão adotada por Waldemar Ferreira, ao examinar o antigo Decreto-lei n.º 2.627/1940, tendo escrito que acreditava tratar-se de *um cochilo* do legislador, a noção de que do resgate pudesse derivar uma eventual redução do Capital Social. Confirme-se em FERREIRA, Waldemar, in *Tratado de Direito Comercial*. Saraiva : São Paulo, 1961, v. 4.. Essa opinião coincide com a de PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha, Resgate de Ações de Sociedade Anônima, in *Revista de Direito Mercantil*, n.º 68/7, p.12/13, quando ensina: “Se, porém, os estatutos não estabelecem a possibilidade de resgate, este só poderá ser efetuado mediante uma reforma estatutária, demandando, pois, uma assembleia geral extraordinária e quorum qualificado.” Contudo, TEIXEIRA, Egberto Lacerda e GUERREIRO, José Alexandre Tavares, in *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, São Paulo : Ed. José Bushatsky, 1979, passim, manifestam-se doutrinariamente contrários a que o resgate possa acarretar uma redução do Capital Social, porém inclinam--se no sentido de dar cumprimento ao art. 44, cujo §1.º, a seu ver em erro, propõe que tal situação possa ocorrer.

²⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da et allii, in *Função Social no Direito Civil*, cit., p. 99.

Com efeito, para caracterizar-se uma redução legítima - vale dizer, permissível - do Capital Social, não apenas hão de ser obedecidas as normas específicas que tratam de situações bastante definidas, como se há de considerar qualquer ulterior hipótese de *prejuízo indevido às funcionalidades estatuídas* para o Capital Social.

Ou seja, como ensina Tomasevicius:²⁸⁴ “*uma propriedade improdutiva exerce uma função econômica de reserva de valor. Se a função social fosse uma imagem da função econômica, uma propriedade improdutiva também atenderia à sua função social.*” Isto, todavia, é impensável, na medida em que *um bem improdutivo* não pode, por definição, exercer qualquer função social.

Vale dizer: não se hão de confundir as funcionalidades social, de um lado, e econômica, de outro lado. São duas funcionalidades distintas, que podem eventualmente se cumular num instituto jurídico, mas que não são necessariamente equivalentes.

Além disso, é característica precípua da *funcionalização social* de qualquer instituto, sua *alteridade*. Com efeito, a respeito da emergência dessa reiterada e intensificada alteridade, comenta Claudia Lima Marques²⁸⁵ que reconhecer no outro um sujeito de direitos fundamentais é uma ideia de igualdade e dignidade.

Em linha com esse pensamento, também Tepedino,²⁸⁶ ao elencar os três pilares tradicionais do direito contratual – a *autonomia privada*, a *força obrigatória* dos contratos e a *relatividade obrigacional* – menciona que, embora prestigiados atualmente, adquirem novos contornos “com os princípios da *boa-fé objetiva*, do *equilíbrio econômico* e da *função social dos contratos*”.

Se por um lado tem razão Giselda Hironaka,²⁸⁷ quando, após análise histórica, assevera que foi *na filosofia tomista* que se originou a preocupação com a *função social* de determinados institutos - cujo conceito teria evoluído ao longo das

²⁸⁴ TOMASEVICIUS, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.º 810,

²⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. São Paulo : RT, 4.ªed., 2002, p. 165

²⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo José Mendes, Novos princípios contratuais e a teoria da confiança : a exegese da cláusula *to the best knowledge of sellers*.In: *Temas de Direito Civil*.vol.2. Rio de Janeiro : Renovar, 2006. p. 250

²⁸⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes N., *Revista Jurídica*, n.117, p.57, jan./fev.1987.

encíclicas papais²⁸⁸ voltadas à doutrina social - por outro lado o fenômeno da *empresa* é criação mais recente²⁸⁹.

O Código Civil italiano, em seu art. 2.082, esclarece: “È *imprenditore chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di bene o di servizi*”.²⁹⁰

Comparato²⁹¹ esclarece que a sociedade empresária, enquanto titular de direitos e agente na ordem jurídica, é *detentora de bens de produção*, fato que confere ao respectivo titular – i.e., seu titular individual ou seu acionista controlador - um *múnus* similar àquele detido pelo titular do *direito de propriedade*.

Ocorre, entretanto, que o termo *empresa* tem acepção plurívoca. Há quem entenda que não deve ser utilizado, pois acarretaria indevida confusão conceitual. Para seu deslinde, até a análise econômica levada a cabo em ambiente interdisciplinar por Schäfer e Ott²⁹² parece reiterar, com Barcellona,²⁹³ o quão difícil é chegar-se a sua conceituação, mormente se se trazer à baila sua *função social*.

Por isso se considera que o italiano Alberto Asquini,²⁹⁴ ao determinar que a empresa é *conceito poliédrico*, talvez tenha sido o primeiro a apontar para a complexidade de sua *função social*.

Não sem razão, e com base na circunstância de que a empresa explora de modo bastante peculiar os bens de produção, Comparato²⁹⁵ já nos alertara, há tempos, para a necessidade de que não se confundam “*o direito absoluto sobre o capital, com o poder de organização e comando das forças produtivas.*” Nesse particular, releva a importância do Capital Social como *assegurador*, aos terceiros e credores em geral, *da solvabilidade da sociedade empresária*.

²⁸⁸ Desde a *Rerum Novarum*, de Leão XIII (1891), até a *Populorum Progressio*, de Paulo VI

²⁸⁹ GALGANO, Francesco, L’*Imprenditore commerciale*, in *Tratatto di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, Padova : Cedam, 1978 v.2, Seção II, p. 67/88

²⁹⁰ E o art. seguinte esclarece: “Art. 2.083 - *Piccoli imprenditori. Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un’attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia.*”

²⁹¹ COMPARATO, Fabio Konder, *Função social da propriedade e dos bens de produção*, in *Direito Empresarial : Estudos e Pareceres*. São Paulo : Saraiva, 1999, p.34

²⁹² SCHÄFER, Hans-Bernd e OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid : Tecnos, 1991, p.21

²⁹³ BARCELLONA, Pietro, *Il declino dello stato: riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*. Bari : Dedalo, 1998, p.15 e segs.

²⁹⁴ ASQUINI, Alberto, *Profilli dell’Impresa*, trad. por COMPARATO, citado.

²⁹⁵ COMPARATO, Fabio Konder, op.cit., *passim*

O uso do termo “função”, portanto, se prende à idéia do poder de dar *um destino determinado* ao objeto em relação ao qual se verifica o direito de propriedade. Ou seja: o direito de propriedade que assiste ao sócio da grande sociedade empresária é traduzível como *um direito de participação* em determinado conjunto de bens e direitos, conjunto esse que é personificado. Será, portanto, *função*, aquilo que se vincular à consecução de certo objetivo.

Por sua vez, a adoção do adjetivo “social” demonstraria que tal objetivo, antes referido, *deve corresponder a um interesse coletivo*, e não simplesmente ao interesse próprio do *dominus*.

Paralelamente, a partir do momento em que os bens de produção hajam sido incorporados ao processo produtivo sob a modalidade de uma exploração empresarial, essa função deixa de ser um poder-dever do *dominus* ou proprietário de participações menores, deslocando-se para a esfera do *sócio controlador* da pessoa jurídica.

Isso porque, como lecionado com frequência,²⁹⁶ impõe-se ao proprietário de *qualquer bem de produção* – como, por exemplo, a sociedade empresária personificada – dirigir sua exploração no sentido da realização dos interesses coletivos.²⁹⁷ É claro que a leitura adequada desse princípio deve relacioná-lo com o proprietário de grandes participações, e não ao proprietário minoritário, que muito pouco poder detém na esfera decisória da sociedade – e tanto assim é, que o próprio legislador preliminarmente o tutela em face de quem detém o verdadeiro poder, os controladores.

E isso se dá justamente em virtude da natureza dos bens cujo direito de exploração lhe é atribuído com exclusividade pela ordem jurídica. Bens de produção são aqueles cuja exploração cabe exclusivamente ao Estado, nas economias socialistas ou comunistas.

²⁹⁶ COMPARATO, Fabio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais* : São Paulo, n.732, p.43/44, out.1996.

²⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 : interpretação e crítica*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.248/250: “O dever social da empresa traduz-se na obrigação que lhe assiste, de por-se em consonância com os interesses da sociedade a que serve, e da qual se serve. As decisões que adota – como vimos – têm repercussão que ultrapassam de muito seu objeto estatutário, e se projetam na vida da sociedade como um todo. **Participa, assim, o poder empresarial do interesse público, que a todos cabe respeitar.**”(negritos aditados)

Como já quase não há, na contemporaneidade, economias exclusivamente regidas pelos princípios marxistas, é inegável reconhecer que, vigente a sociedade de mercado – e sendo possível a apropriação privada dos meios de produção - o justo é que estes sejam explorados sem perder de vista dois fatos: o primeiro, a circunstância de que muitos desses bens ou recursos são esgotáveis e não-renováveis; e o segundo, que decorre da própria exclusividade assegurada a quem os explora: deve-se usá-los com o foco nos interesses coletivos. São esses, portanto, os dois lados da mesma moeda.

Ainda Ascarelli, comentando sobre uma conferência proferida por Adolf Berle Jr. em 1945, no Instituto dos Advogados Brasileiros, acentua a frequência com que a sociedade por ações vinha então sendo adotada como veículo jurídico para a consecução da *socialização da economia*²⁹⁸ - e esclarece que por vezes a sociedade anônima é utilizada indiretamente para o atingimento de um objetivo diverso daquele de simplesmente distribuir lucros.

Assim, de todas as funcionalidades possíveis à sociedade por ações, aquela apontada por Berle e Means²⁹⁹ seria a de permitir que se chegasse a um critério geral a que devem estar subordinados *administradores e acionistas*, numa talvez modesta, porém interessante forma de *conciliação entre o Capital e um dos aspectos do Trabalho*. Ascarelli adverte, porém, para a conveniência de se levar em conta também os interesses de *consumidores e empregados*, ampliando-se assim seu “*escopo de mutualidade*”, como há décadas sustentara De Gregório³⁰⁰.

2.4. A Grande Sociedade Empresária como Agente Disseminador do Crédito.

Dentre os institutos jurídicos funcionalizados socialmente, conta-se a *empresa*, principalmente por ser essa atividade, quando exercida pela sociedade empresária aberta, o *grande agente disseminador do crédito*, o qual por sua vez tem efeito potencializador quanto aos recursos existentes na economia. Na medida em que a ordem econômica, num sistema que autoriza a apropriação privada dos bens

²⁹⁸ ASCARELLI, Tullio. Op cit., p.371

²⁹⁹ BERLE Jr, Adolf e MEANS, Henry, op.cit., passim

³⁰⁰ DE GREGÓRIO. *Società*. Ed : Torino, p. 15

de produção, carece de recursos, expande-se o crédito, como forma de multiplicar e até exponencializar os bens de produção disponíveis.

A expansão do crédito vem *atribuir mobilidade* aos ativos, fracionando a riqueza e transportando-se-a, mediante uma seqüência de sucessivas medidas de segregação, para distâncias cada vez mais remotas de seu titular ou detentor originário.³⁰¹

Em estudo sobre o tema, Gilberto de Abreu Sodré Carvalho³⁰² pondera que a *natureza empresarial* de algumas propriedades é o que faz com que qualquer bem nelas utilizado seja reputado como um ativo: a partir do instante em que um bem sirva à busca do lucro, esse bem será capitulado como ativo.³⁰³

Assim, se um indivíduo conta com algum numerário excedente, e o empresta a outrem, que por sua vez o utiliza para adquirir mercadorias e vendê-las com lucro, fazendo os recursos girarem na economia e finalmente pagando ao mutuante juros pelo valor que lhe fora originariamente emprestado, tem-se que dessa singela operação de crédito houve vários desdobramentos econômicos e jurídicos, tendo sido possível não apenas gerar lucro, como ensejar emprego para os fabricantes do produto e para os empregados no comércio.

A expansão do crédito, portanto, acarreta uma série de transferências do risco econômico, trazendo um certo grau de *mutualismo* ao sistema. Esse mutualismo se reflete, entre outras situações, no incremento numérico dos mecanismos e formas de *contratos de seguro* postos à disposição dos cidadãos.³⁰⁴

Isso porque, se por um lado o crédito traz essa circulabilidade maior aos recursos da economia, ele acarreta também certos riscos. O primeiro deles seria o *risco de inadimplemento* da obrigação contraída, por qualquer motivo inerente ao devedor;³⁰⁵ um segundo risco seria o de *liquidez do sistema* em meio ao qual o crédito foi concedido. Isto é: um dos riscos econômicos existentes é ligado a *uma*

³⁰¹ BERLE, Adolf e MEANS, Gardiner, *The Modern Corporation and Private Property*, New York : MacMillan Co., 1933, p. 17 e segs.

³⁰² CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. Op.cit., p. 35 e segs.

³⁰³ Não sem razão, portanto, o *quorum* qualificado que tantos estatutos sociais estabelecem, nas sociedades por ações, para a deliberação sobre a alienação de bens componentes do ativo não-circulante, anteriormente denominado de permanente.

³⁰⁴ Exemplos disso seriam os relativamente recentes mecanismos jurídicos voltados a permitir a *securitização de recebíveis*, assim como a emissão e a negociação de *derivativos* em geral.

³⁰⁵ BORGES, Luiz Ferreira Xavier e BERGAMINI JUNIOR, Sebastião. O Risco Legal na Análise de Crédito, *Revista do BNDES*, v.18, n.16, p.215/260, dez 2001, Rio de Janeiro, p. 235.

das partes do contrato pelo qual foi concedido o crédito; o segundo e não menos importante risco econômico é ligado a ambas as partes do contrato, na medida em que contamina o ambiente econômico em que se desenrolam as obrigações derivadas do contrato.

Há ainda os riscos típicos de *determinado mercado* – como o chamado *risco Brasil*, que se vincula às peculiaridades da economia brasileira; o *risco legal*, típico dos instrumentos jurídicos que viabilizam a operação de crédito, e assim por diante.

Já se disse que a existência dos riscos econômicos, de modo geral, aumentou bastante em nossos dias, com a evolução tecnológica mas também com a celeridade que caracteriza a vida contemporânea.

E não apenas aumentou, como a convivência em sociedade passou a caracterizar-se pelo risco.³⁰⁶ Decorre daí o surgimento das doutrinas que insistem numa aferição estatística do fenômeno jurídico, tal como se desvela na sociedade humana, para que, com base nos dados levantados, se busque a máxima eficácia das instituições. Assim, uma contrapartida a essa situação geral de risco seria a busca da plena *eficiência econômica*.³⁰⁷

³⁰⁶ CANOTILHO, J.J. GOMES – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa : Almedina, 4.ª ed., p.1.304: “A Constituição, ao condensar normativamente os valores radicados na consciência jurídica geral da comunidade e ao recortar um esquema organizatório pautado pelas idéias da juridicidade, democracia e socialidade, acredita transformar-se ela própria em reserva de justiça. (...) **O paradigma da sociedade de risco obriga a teoria da constituição a compreender novos conceitos da teoria social como é, precisamente, o conceito de risco.** Ao lado de categorias e conceitos jurídicos como contrato, direito subjetivo, indivíduo, capital, trabalho, classe, integração, racionalização, o conceito de risco parece cristalizar as experiências fundamentais das sociedades industrializadas. Qualquer que seja o conceito de risco (e existem vários conceitos, ou pelo menos várias acentuações), ele salienta, precisamente, (1) os perigos (conhecidos e desconhecidos) gerados pela moderna tecnologia; (2) as ameaças de toda a civilização planetária (Beck); (3) as potencialidades do domínio tecnológico da natureza e da pessoa; (4) os desafios colocados às comunidades humanas no plano da segurança e da previsibilidade perante eventuais catástrofes provocadas pela técnica e pela ciência. **Ora, um dos problemas da sociedade de risco é, precisamente, o da radical assinalagmaticidade do risco. Quer-se com isso dizer que o risco de catástrofes civilizatórias (Bophal, Chernobyl) é criado por uns e suportado por outros. Mas não só isso. Quem participa nas decisões de risco são organismos e organizações a quem falta legitimação democrática para decidir sobre a vida e a morte de comunidades inteiras. Por último, a localização de fatores de risco pauta-se, não raras vezes, por critérios de injustiça ambiental, situando indústrias e actividades perigosas nas zonas e países mais desprotegidos (em termos econômicos, sociais, culturais, científicos).”**(negritos aditados)

³⁰⁷ Essa é a busca feita pelos adeptos da corrente denominada de análise econômica do Direito, que teve seu prócer em Ronald COASE, premiado com o Nobel de Economia em 1991, tendo ele escrito *The Problem of Social Cost*, publicado no *The Journal of Law and Economics*, 1960, Chicago, v.3, p.1-44.

Outra forma de compensação seria a *funcionalização dos institutos*.³⁰⁸ Ou, como o apelidaram os franceses, dá-se a criação do *droit-fonction* – quando *um poder* é reconhecido a alguém, sê-lo-á sempre no interesse de outrem.³⁰⁹

De sorte que não apenas o contrato e as relações obrigacionais em geral estão hoje sujeitas em nossa ordem jurídica a um controle funcional, para apreciação de suas abrangências sociais³¹⁰ e econômicas³¹¹ - tudo derivado do comando inscrito no art. 421 do Código Civil de 2002³¹² - como também, e especialmente, a estrutura empresarial que gere as riquezas que são apropriadas por um ou outro grupo está, igualmente³¹³, contida por idêntica rédea.

Não é sem razão que se discute tanto sobre o chamado princípio da *preservação da empresa*.³¹⁴ Com o advento da Lei n.º 11.101/2005, que rege a recuperação da empresas, esse princípio ficou mais evidenciado no sistema jurídico brasileiro, embora *sempre houvesse existido*.

Com efeito, a doutrina brasileira leciona que “*a maior preocupação dessa nova legislação é com a possibilidade de manutenção da empresa, e não com a*

³⁰⁸ ALBERT, Michel. *Capitalismo contra capitalismo*. Lisboa, 1992. , p. 101.

³⁰⁹ COMPARATO, Fabio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 102

³¹⁰ NEGREIROS, Teresa, *Teoria do Contrato*, *passim*.

³¹¹ LORENZETTI, *Fundamentos do Direito Privado*, pp. 541 e ss.

³¹² C/C 2002 : “Art. 421 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

³¹³ Acrescente-se: e há bem mais tempo do que seria de se supor, pois essa submissão provém, no Brasil, de dispositivos da Constituição federal de 1946: “Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores (...)IV - participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar.”E ia além: “Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. (...)”De sorte que já desde 1946 a ordem jurídica brasileira havia adotado a funcionalização da empresa – e do direito de propriedade em geral – ao interesse social.

³¹⁴ Veja-se o acórdão no Agravo de Instrumento n. 612349400 do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. em 28.01.2009: No sistema do Decreto-lei nº 7.661 /45 (...), presumia-se a insolvência do devedor comerciante pelo simples inadimplemento, no vencimento, sem relevante razão de direito, de obrigação líquida materializada em título com força executiva. Exigindo apenas o protesto para caracterização da impontualidade, não cogitava, a lei, de estabelecer um mínimo para o valor da obrigação. A Lei nº 11.101 , de 09 de fevereiro de 2005, introduzindo relevante alteração nesse ponto, passa a indicar valor mínimo, equivalente a quarenta (40) salários mínimos, como pressuposto do requerimento. (...)Não pode o intérprete, contudo, relegar ao oblívio os princípios informadores do sistema atual, que revelam o objetivo de, **na medida do possível, dar condições de sobrevivência às empresas** (não aos empresários) em dificuldades momentâneas, atendendo ao **relevante papel social da atividade empresarial**, e isso em benefício dos próprios credores, considerando-se haver a experiência demonstrado, ao longo do tempo, que a quebra acaba por prejudicar mais o credor que o próprio empresário falido. Foi com esse espírito que o legislador de 2005 estabeleceu um mínimo para o montante das obrigações, assim impedindo que pedidos de falência sejam formulados com base em obrigações de pequeno valor, exigíveis por outras vias processuais”(negritos aditados).

simples satisfação dos interesses creditícios envolvidos no juízo falimentar".³¹⁵ (A despeito de serem também estes muito relevantes). O confronto que se faz, nesse particular, é entre dois princípios *igualmente relevantes* para a sobrevivência de determinado grupo social: de um lado, o *crédito*, mecanismo que alavanca a economia e que tem importante papel nas relações empresariais. Originário do sentimento de confiança que um antigo comerciante tinha em outro colega, o crédito acabou vindo a expressar mais do que a simples credibilidade quanto à capacidade de o segundo comerciante restituir ao primeiro certos valores que lhe haviam sido cedidos por empréstimo, pelo primeiro, para passar a significar *a operação de mútuo* por si própria. Ainda outro princípio, que por sua vez se opõe à tutela específica do crédito, é o da *função social da empresa*, que determinaria sua preservação.

Em decisão datada de 1996, já havia o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tratado muito bem do tema da *preservação da empresa*.³¹⁶

Os interesses da sociedade que explora determinado ramo de atividades de modo empresarial – e em escala econômica - acabam por congregam os interesses dos vários grupos que circulam em seu redor.³¹⁷

E com eles se misturam de tal modo, que demonstram assistir razão a Eros Grau, quando lembra a responsabilidade dos acionistas controladores da sociedade, em prover empregos.³¹⁸

Se, por um lado, a antiga doutrina dos *atos de comércio* refletia certa *indefinição jurídica* a respeito do *ato mercantil propriamente dito* - uma vez que o

³¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. RT 857/23.

³¹⁶ AC 1996.001.04893,j.08.out.1996, rel Desembargador Sergio Cavaliere, p. DO 01.nov.1996, a saber: "*Sociedade anônima. Dissolução. Incapacidade para produzir lucro. Situação fática dependente de prova específica. Uma coisa é a sociedade não ter dado lucro, e outra é não ter capacidade para produzi-lo. Pode a empresa apresentar prejuízo em determinados exercícios e nem por isso perder sua capacidade lucrativa, como vem acontecendo atualmente com grandes organismos econômicos. Destarte, a dissolução de uma sociedade por ausência de lucros só se justifica quando evidenciada a sua total inviabilidade econômica, situação fática dependente de prova específica de que perdeu o mercado, a competitividade produtiva, ou que demonstre ter se tornado insuficiente seu capital. À falta dessa prova, a empresa deve ser preservada para que possa continuar cumprindo a sua função social. Desprovemento de recurso.*" (negritos adotados, enfatizando também a importância do capital)

³¹⁷ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo e RIBEIRO, Ademar. A revolução do empresariado. *Revista de Direito Privado* : São Paulo, n.9, p. 221, jan/mar 2002.

³¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit.,p. 257: "*A propriedade dotada de função social obriga o proprietário ou titular do poder de controle sobre ela, ao exercício desse direito-função (poder-dever), até para que se esteja a realizar o pleno emprego.*" (grifos originais)

Regulamento n.º 737, de 1850, *apenas enumerava* ou listava os possíveis atos de comércio, caracterizando-os de modo geral como envolvendo algum tipo de *intermediação*, porém sem buscar isoladamente defini-los – por outro lado a atual definição de empresa, adotada no Brasil por, entre outros, Requião,³¹⁹ assenta no *conceito econômico*.

Vale dizer, portanto, que a definição jurídica das atividades empresariais *sempre teve uma vinculação histórica e também um nexó econômico*. Isso porque, embora francesa, a *doutrina dos atos de comércio* tem suas raízes mais longínquas no Direito Romano, guardando estreita correlação, por oposição – ou, diriam os romanos, *contrario sensu* – com as atividades econômicas que tradicionalmente eram desempenhadas pelos patrícios de Roma: a agricultura e a administração de seus próprios imóveis.

Assim, estas duas últimas atividades – agrária e imobiliária – historicamente eram consideradas *de índole civil*, por serem as únicas atividades que podiam ser livremente exercidas pelos patrícios de Roma, sem que se lhes implicasse redução do *status civitatis*. Isso porque quaisquer outras atividades econômicas - que implicassem intermediação de bens ou serviços - adquiririam a característica de *commercium*, tornando-se com isso indignas ao cidadão romano e intolerável seu exercício.

Essa antiga conexão com o Direito romano terá sido, portanto, a *razão lógica e histórica* pela qual não foram inscritos os atos ligados à compra e venda de imóveis, nem os atos ligados à produção agrária, como *atos de comércio* pela legislação francesa – sendo esta, portanto, a razão pela qual muitos empreendimentos agrários ou agro-pecuários, assim como todas as sociedades administradoras de imóveis eram tradicionalmente inscritas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, até a edição da Lei 8.934/94.³²⁰

Contudo, com a gradual inserção da *teoria da empresa* no ordenamento jurídico pátrio - o que ocorreu de modo inaugural com a antiga *Lei de Falências*, em

³¹⁹ REQUIÃO, Rubens. *Tratado de Direito Comercial*, cit. O conceito jurídico de empresa se assenta no conceito econômico. Em vão, os juristas têm procurado construir um conceito jurídico próprio para tal organização. Sente-se em suas lições certo constrangimento, verdadeira frustração por não lhes haver sido possível compor um conceito jurídico para a empresa, tendo o comercialista que se valer do conceito formulado pelos economistas.

³²⁰ A Lei n.º 8.934/94 é a Lei do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. Foi uma das normas que consolidou a adoção da chamada *teoria da empresa* em nosso ordenamento.

1945 – o foco principal da análise para caracterizar-se determinada atividade passou a ser *o modo pelo qual ela vem sendo exercida*. Como já aludido, considerar-se-á empresária, ou empresarial, toda atividade que houver de ser exercida mediante apelo aos fatores econômicos de produção: ou seja, utilizando-se de modo intensivo o capital, o trabalho, os insumos e a tecnologia, tudo isso de modo organizado e sistematizado para gerar lucro. Ou seja: se por um lado a doutrina francesa dos atos de comércio se baseava em *aspectos históricos e econômicos*, a teoria da empresa se fundamenta em *critérios estritamente econômicos*.

Contrariamente ao que muitos hoje supõem, entretanto, a *teoria da empresa* não substituiu integralmente na ordem jurídica brasileira a antiga *doutrina dos atos de comércio*. Assim como a doutrina francesa dos *atos de comércio* pôde sobreviver por tantas décadas juntamente com a então incipiente *teoria italiana da empresa*, também agora a segunda - que vem prevalecendo na caracterização jurídica de certos entes, por força do novo Código Civil de 2002 - convive ainda com a primeira (doutrina dos atos de comércio).

Há muitas áreas de convergência entre as duas doutrinas, razão pela qual ambas vêm sobrevivendo em articulação estreita. Pode-se sustentar que um bom exemplo dessa coexistência é a interpretação dada pelo Centro de Estudos da Justiça Federal ao art. 983 do Código Civil, na IV Jornada de Direito Civil, em que foi editado o Enunciado n.º 382,³²¹ pelo qual se toma como *empresarial* aquilo que é *mercantil*.

Ao longo do tempo, diversos doutrinadores italianos tentaram conceituar *empresa* mediante a observação dos interesses que nela convergem e dos choques que costumam ocorrer ente eles. Para a maioria deles, entretanto, o grande estudioso do tema foi realmente Asquini,³²² que sintetizou os perfis da empresa e que, segundo seu tradutor Comparato³²³, reportou-os como: primeiro, o *perfil*

³²¹ Enunciado n.º 382 da IV Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos da Justiça Federal : “382 – Art. 983 : nas sociedades, o registro observa a natureza da atividade (empresarial ou não – art. 966); as demais questões seguem as normas pertinentes ao tipo societário adotado (art.983). São exceções a sociedade por ações e as cooperativas (art. 982, parágrafo único)” . A coexistência é demonstrada pela circunstância de ser a sociedade anônima tida como sociedade empresária simplesmente pelo fato de que a respectiva lei determina **sua mercantilidade**, em seu artigo 2.º , parágrafo 1.º: “§ 1.º - Qualquer que seja o objeto, companhia é mercantil e se rege pelos usos e costumes do comércio.” (negritos adotados)

³²² ASQUINI, Alberto. Op.cit.,passim.

³²³ COMPARATO, Fabio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Ed. Forense : Rio de Janeiro, passim.

subjetivo, ou seja, a empresa equiparada ao empresário. O segundo perfil seria o *funcional*, ou seja, a empresa equiparada à atividade exercida. Um terceiro perfil seria o da empresa considerada como *um conjunto de bens patrimoniais*; um quarto perfil seria o do *estabelecimento* que, embora abrangendo bens e direitos corpóreos e incorpóreos, não se confunde propriamente com os fundos sociais, que teriam a natureza mais semelhante à de uma reserva ou conta contábil.

Para a doutrina brasileira especializada,³²⁴ entretanto, foi Ascarelli³²⁵ quem estabeleceu que a atividade da empresa é *organizada e organizadora*, implicando a sistematização do trabalho alheio.³²⁶ Ascarelli também analisa com proficiência os riscos inerentes a se fazer uma imposição ao empresário, no sentido de se lhe exigir que cumpra a chamada *função social da empresa*.

Segundo observa Bulgarelli,³²⁷ Ascarelli teria percebido o grande inconveniente de se imputar ao empresário a obrigatoriedade de observar, no exercício de sua atividade, um interesse público superior, em oposição ao seu interesse primordialmente egoísta.³²⁸

Talvez esse epíteto aqui lançado – *egoísta* - seja excessivo, mas o fato é que não há dúvidas quanto à pertinência da categorização indicada pelo senso comum: um empresário é geralmente visto como alguém criativo, dinâmico e ágil; de sorte que parece pouco razoável, para a população em geral, que se espere do empresário um grande cuidado com as eventuais repercussões de suas atividades. Essa visão, entretanto, não corresponde necessariamente ao que ocorre em

³²⁴ Como por exemplo BULGARELLI, in *A Teoria Jurídica da Empresa*, cit., p. 107

³²⁵ ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale*. Milano : Ed. Giuffrè, 1962, 3.^a ed., passim.

³²⁶ Concordam com essa definição , entre outros, VERRUCOLI, Piero, in *Riforma tributaria ed evoluzioni del concetto di impresa* , in *Riv. Soc.*, vol. 22, F. 3-4, 1977, p. 382-413; e também GALGANO, Francesco, in *La riforma dell'impresa*, in *Riv. Soc.*, vol.21, F 34, 1976, p. 469-495

³²⁷ BULGARELLI, Waldírio, op.cit., p. 109

³²⁸ ASCARELLI, Tullio, op.cit., passim: “*Concependo giuridicamente l'impresa come una cellula si finisce inevitabilmente per far capo alla tutela di un interesse istituzionale dell'impresa in se considerata: questa tutela, come notato, nei rapporti interni finisce per agire come limite alla pressione salariale e, nei rapporti esterni, come tutela delle organizzazioni esistenti nei riguardi di consumatori e possibile concorrenti e così, in ambedue i sensi, quale sostanziale strumento di irrigidimento della struttura economica e di conservazioen delle posizioni acquisite.*” (Trad. livre: “Concebendo-se juridicamente a empresa como uma célula se acabaria inevitavelmente por adotar a tutela de um interesse institucional da empresa, considerada em si mesma; tal tutela, como já mencionado, acaba por agir, nas relações internas, como limite à pressão salarial e, nas relações externas, como tutela das organizações existentes com relação aos consumidores e possíveis concorrentes; e assim, em ambos os sentidos, funciona como um instrumento fortalecedor da estrutura econômica e das posições já conquistadas.”)

algumas grandes sociedades empresárias abertas, como se verá mais adiante, neste trabalho.

Galgano, em palestra perante os alunos do doutorado em Direito Civil da Universidade de Bolonha, declara em 2008³²⁹ que, no histórico confronto entre a Justiça que brande a espada e a Justiça que segura a balança, a vitória na contemporânea sociedade globalizada caberá não ao Direito positivo, que hoje opera como uma crônica de abrangência localizada, *mas sim ao Direito natural*, outrora desconsiderado, mas que hoje, consignado nas muitas cartas de direitos humanos, se encontra *expresso nos princípios gerais do Direito Civil*, reconhecidos universalmente, aos quais se pode cognominar, evocando sua antiga universalidade, de *nova lex mercatoria*.

Essa seria, ao que parece, a razão pela qual a própria lei brasileira das sociedades por ações faria menção apenas de maneira um tanto vaga a *uma função social a ser preenchida pela empresa*, sem entretanto conceituá-la cabalmente. Isso de fato ocorreu com a edição da Lei n.º 6.404/76, cujo art. 116, parágrafo único, alude à *função social da sociedade por ações*, sem entretanto defini-la.

Decorre talvez daí a afirmativa - que se nos afigura como talvez excessivamente incisiva - que vem sendo feita recentemente por parte da doutrina

³²⁹ Em conferência depois publicada sob a forma do artigo Il legittimo e il giusto, na *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LXIII- n.1., marzo 2009, litteris: “*Posso qui concludere la mia lezione: fra le due tendenze storiche, quella che sulla bilancia fa prevalere la spada e quella che all’oposto fa prevalere la bilancia, la partita non è chiusa. Sicuramente avremo in futuro, come stiamo avendo nel tempo presente, altre rivincite della spada, ma abbiamo motivo di sperare che anche le ragioni della bilancia troveranno ancora possibilità di affermazione. Un punto è certo: nell’odierna società globale, il diritto positivo non è più storia, ma cronaca e anzi è ancor meno, è cronaca locale. Il diritto naturale, tacciato dai giurispositivisti d’essere l’antistoria, è il solo diritto che aspira ad essere, al di là della frantumazione dei diritti nazionali, il diritto dell’intera umanità, qual è consegnato nelle universali carte dei diritti dell’uomo; ma anche quale si ritrova, per la regolazione dei rapporti entro il mercato globale, in quei principi generali del diritto civile, universalmente riconosciuti, cui si è dato il nome, evocativo di un’antica universalità, di nuova lex mercatoria.*” (Trad. livre: Posso com isso concluir minha lição: entre as duas tendências históricas – aquela que faz prevalecer a espada sobre a balança, e aquela que, ao contrário, faz prevalecer a balança – o jogo não terminou. Seguramente teremos no futuro, como já temos hoje, outras revanches da espada sobre a balança; mas há motivos para esperar que até as razões da balança acabem por encontrar possibilidade de afirmação. Um ponto é certo: na sociedade global contemporânea, o Direito positivo não mais se apresenta como História, mas mera crônica, e menos ainda: é crônica local. O Direito natural, tachado pelos juspositivistas de ser a anti-História, é o único direito que aspira a ser, além do fragmentação dos direitos nacionais, o Direito da Humanidade inteira, assentado universalmente nas cartas de direitos humanos; mas ele pode, em razão da regulamentação do mercado global, ser encontrado naqueles princípios gerais do Direito civil, universalmente reconhecidos, aos quais se convencionou apelidar, evocando sua antiga universalidade, de *lex mercatoria*.”).

especializada – como Perez³³⁰ ou Tomasevicius³³¹ - no sentido da *impossibilidade de se exigirem condutas por parte da grande sociedade empresária*, para realizar as quais esta não teria sido constituída.

O próprio Fábio Konder Comparato, pioneiro no estudo das responsabilidades inerentes ao *poder de controle* da sociedade por ações, até inadvertidamente minimiza³³² - em seus escritos mais recentes, como aponta com acerto Viviane Perez³³³ - a relevância da *função social da empresa*, na medida em que observa a coexistência dos vários tipos e tamanhos de exploração empresarial, ponderando que quem estaria mais apto a assumir obrigações a título de função social da empresa seriam as chamadas “macroempresas”, muito mais do que as pequenas sociedades empresárias ou os empresários individuais – sem falar nas multinacionais, operando no Brasil, mas que jamais se disporem a tutelar um interesse doméstico em face do interesse maior de quem as constituiu ou nomeou.

Contudo, o posicionamento de Comparato³³⁴ com relação à *macroempresa* – de quem se poderia em princípio exigir o cumprimento de deveres conexos com uma funcionalização de sua atuação social, e sua tolerância com a microempresa não encontra guarida na jurisprudência brasileira, valendo citar, como fizeram Gama e Bartholo,³³⁵ uma decisão de 2006 da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado.³³⁶

Na verdade, como sintetizam Gama e Bartholo,³³⁷ Comparato parece haver mesclado ambas as noções: a de *responsabilidade social* com a de *função social da empresa*. E se o fez, não foi sem razão, na medida em que de fato há grande confusão entre ambos os institutos, uma vez que, como observou com acerto

³³⁰ PEREZ, Viviane. *Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito*. Dissertação do Mestrado em Direito Civil, apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p. 90 e seguintes do texto original.

³³¹ TOMASEVICIUS, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.º 810, abril 2003.

³³² COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade e dos bens de produção, in: *Direito Empresarial, estudos e pareceres*, São Paulo : Ed. Saraiva, 1990, p. 34., valendo comparar esse texto com um mais recente do mesmo autor: COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.º 732, p.45/46, out.1996.

³³³ PEREZ, Viviane. Op. cit., p.90 do original.

³³⁴ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 45/46

³³⁵ GAMA Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLLO, Bruno Paiva, op.cit., p. 108

³³⁶ (AI nº2005.002.19074 – Relator, o desembargador Ronaldo Álvaro Martins - 6.ª Câmara Cível do RJ . j. em 24.1.2006 e publicado no DO em 20.02.2006); discute-se ali a possibilidade de penhora sobre a renda de microempresa, cotejada com o princípio da preservação da empresa e com aquele outro relativo à menor onerosidade para o devedor.

³³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLLO, Bruno Paiva, op.cit., p. 108

Ferreira Júnior,³³⁸ o constituinte de 1988 (como de resto o de 1946) não aludiu à *função social da empresa* num contexto eminentemente privado, pois o fez no art. 173, parágrafo 1.º, inciso I, que trata da intervenção do Estado no domínio econômico. Mas o fez no sentido de determinar que quando a Administração Pública se reveste de características empresariais, deve fazê-lo em consideração à *função social dessas empresas* (isto é, públicas ou de economia mista).

De resto, já Ascarelli se havia dado conta desse fato, ao comentar³³⁹ sobre o sentido a ser extraído dos estudos de Lord Keynes.³⁴⁰

Reside aí, então, a dificuldade com que se defrontam os estudiosos da matéria, que é a de alcançar-se *uma definição técnico-jurídica para a função social da empresa, que possa abranger não apenas os entes estatais, mas também os particulares*. A dificuldade ocorre, principalmente, nos sistemas jurídicos que adotam a *common Law*. Dadas as peculiaridades desse sistema, é impensável, ali, que a uma *publicly held corporation – i.e., uma sociedade por ações aberta* - sejam impostos deveres jurídicos decorrentes de uma funcionalização social. Ao contrário, tanto no Reino Unido como nos Estados Unidos prevalece a noção de uma *responsabilidade social corporativa*³⁴¹ - que consistiria numa recomendação genérica de sustentabilidade e de consciência social, que não inclui propriamente *deveres jurídicos*. Na *common law*, essa recomendação é válida tanto para os agentes estatais quanto para os agentes empresariais privados – mas, embora enfatizada pela Organização das Nações Unidas³⁴² e pela OECD³⁴³, ainda não encontrou plena eficácia, pelo simples fato de que embora sua aplicabilidade aos

³³⁸ FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues. *Do princípio da preservação da empresa na liquidação da quota a pedido do credor de sócio de limitada de vínculo societário instável*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Universidade Gama Filho, 2005.

³³⁹ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades...Comparado*, cit., p. 366, *litteris*: “Talvez nas sociedades anônimas, mais do que em outros institutos jurídicos, se bem que seja esse um fenômeno geral, se possa notar uma certa fungibilidade dos instrumentos jurídicos em relação a um determinado objetivo econômico ou uma compatibilidade de propósitos econômicos diversos com o mesmo instrumento jurídico.”

³⁴⁰ KEYNES, John Maynard. *Treatise on Money*, v.II, p.195

³⁴¹ Em inglês, *corporate social responsibility*

³⁴² Como se comprova em: UNITED NATIONS.General Assembly. Human Rights Council(19Feb2007). Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises (John Ruggie). Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/108/85/PDF/G0710885.pdf?OpenElement>, acessado em 12 de outubro de 2011.

³⁴³ Veja-se OECD-Organisation for Economic Co-operation and Development. Guidelines for Multinational Enterprises. 2000, acessado em 30 de maio de 2011 no seguinte endereço: www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf

Estados-membros desses organismos internacionais seja de se esperar, já a sua aplicabilidade ao universo empresarial vem encontrando obstáculos, justamente por se tratar de *agenda recomendatória, e não determinação compulsória*.

Torna-se então extremamente importante, para a categorização buscada no presente trabalho, a já mencionada *perspectiva adotada pelos franceses* - no sentido de que a *funcionalização* corresponde à percepção de um direito que existe, mas que acarreta tanto poder, que só é reconhecido *se vier a ser exercido em prol de outrem*.³⁴⁴

Todavia, embora essa ótica dos franceses seja essencial na categorização do instituto da função social das empresas, permanecem as dúvidas sobre a *forma pela qual deve ser exercida essa tal função social*, quem estaria obrigado a exercê-la, se é de fato cogente e que *visibilidades externas* ela terá.

³⁴⁴ Vejam-se Notas de Rodapé anteriores, 225 e 237.

3. VISIBILIDADES DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

3.1. A Governança Corporativa potencializando a Função Social da Empresa

Sob a denominação genérica de *Governança Corporativa*, vem-se desenvolvendo, nas últimas décadas, um importante conjunto de normas e orientações voltadas ao aperfeiçoamento do mercado de capitais. Há certas peculiaridades na respectiva conceituação jurídica³⁴⁵ e, para melhor compreendê-la, será interessante fazer-se um breve retrospecto.

A expressão “*governança corporativa*” resulta de uma tradução para o vernáculo - não muito feliz³⁴⁶ - de expressões utilizadas nos idiomas francês e inglês. Há relatos de que teria sido a partir do Congresso de Viena, em 1814, que vários autores começaram a fazer uso da expressão francesa *gouvernance* para designar o acompanhamento, ou gerenciamento, de alguns tratados internacionais, com vistas ao *equilíbrio*, princípio pioneiramente tratado naquele Congresso – o qual expressou o início da Europa pós-napoleônica. Originariamente, para esses autores, tratar-se-ia de um conceito ligado ao Direito Internacional Público.

Para Arnaud,³⁴⁷ a expressão *gouvernance* teria, como sentido lato, o significado de modo de gestão de negócios, tanto aqueles privados quanto os públicos e administrativos; e, em seu sentido *stricto*, seria um modo de gestão que permitisse a participação da sociedade civil na tomada de decisão, notadamente em matéria de políticas públicas, tanto ao nível regional quanto em escala global.

³⁴⁵ LOBO, Jorge: “*Governança corporativa é o conjunto de normas, consuetudinárias e escritas, de cunho jurídico e ético, que regulam os deveres de cuidado, diligência, lealdade, informação e não intervir em qualquer operação em que tiver interesse conflitante com o da companhia, e respectivas responsabilidades, e que disciplinam o exercício das funções, atribuições e poderes dos membros do conselho de administração, da diretoria executiva e do conselho fiscal e dos auditores externos, em especial de companhias de capital aberto, e o relacionamento entre si e com a própria sociedade, seus acionistas e o mercado em geral*”. Disponível na internet, no sítio do portal jurídico “Migalhas”, capturado em 02.10.2012, acessível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI26321,41046-Governanca+Corporativa+VII+Principio+da+Transparencia>

³⁴⁶ A expressão *corporativa* é inadequadamente utilizada para designar o mundo das *corporations* (do idioma inglês), termo que em português é traduzido como *as grandes empresas abertas*, não guardando qualquer relação com as antigas corporações medievais.

³⁴⁷ ARNAUD, André-Jean. *Dictionnaire de la Globalisation*. LGDJ, Lextenso éditions : Paris, 2010, p.266

Arnaud cita ainda Robert Jessop,³⁴⁸ o qual leciona que *governança* seria o mecanismo pelo qual se tentam solucionar problemas para-políticos, por meio de vieses de configurações específicas e que colocam em jogo instituições, organismos e práticas governamentais (hierárquicas) e extra-governamentais (não-hierárquicas).

Gradualmente, o termo veio sendo apropriado por organismos multilaterais, na busca de uma expressão que pudesse definir *uma certa regulação social*, necessária à implementação de determinadas políticas públicas voltadas ao atingimento de objetivos coletivos. Nesse sentido, Alcindo Gonçalves³⁴⁹ menciona que a expressão começa a ser mais genericamente utilizada a partir do lançamento de um documento denominado *Governance and Development*, publicado pelo Banco Mundial em 1992, e pelo qual se define que *governança* constituiria o exercício da autoridade, controle, administração, poder de governo.

Embora a noção de *governança* tenha tido uma definição inicial bastante estreita, ligada a um uso transparente e integrado dos recursos públicos, gradualmente ganhou um sentido “*holístico*”, abrangendo as múltiplas facetas do pleno desenvolvimento econômico e social. Assim é que a Comissão Europeia enumera seis temas sob a égide de *governança política*: direitos humanos; democratização e eleições; predomínio do Direito e da Justiça; reforma do setor público e administração das finanças públicas; apoio à sociedade civil; descentralização e justiça local.³⁵⁰

Como esclarece Arnaud,³⁵¹ a despeito de o termo *governança* ser oriundo do latim, trata-se de antiga prática norte-americana: numa nação de pioneiros, obrigados pelas circunstâncias e pelo clima a ter laços comunitários fortes, foram improvisadas diversas instâncias de organização e de controle social entre vizinhos:

³⁴⁸ JESSOP, Robert. Globalização, Regionalização, Mercado e Estado: Entrevista com Bob Jessop. *Curriculum sem fronteiras*, v. 02, n.º 02, pp. 5-21, julho-dezembro de 2002.

³⁴⁹ GONÇALVES, Alcindo. *O conceito de governança*. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Anais. Fortaleza : 3,4 e 5 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.ligiatavares.com/gerencia/uploads/arquivos/24cccb375b45d32a6dfb183f8122058.pdf>

³⁵⁰ BOSSUYT, Jean., in *Governance at a Crossroads*, na obra coletiva *Democratic Governance – A new Paradigm for Development?*, p. 344 e seguintes. Ministry of Foreign and European Affairs, Hurst & Co., London, 2009. Editado por: Séverine Bellina, Hervé Magro e Violaine de Villemeur. 554 páginas.

³⁵¹ ARNAUD, André-Jean. *Dictionnaire de la Globalisation*. Op.cit., p.266

settlement houses e *community centers*, na virada dos séculos XIX e XX. Esses programas foram muito encorajados pelo *New Deal*³⁵².

Na França, o princípio da *governança* começou a ser utilizado em torno dos anos 70 do século XX; inicialmente com um sentido variado, pois Simoulin³⁵³ atesta que seu primeiro significado era ligado à *governabilidade*,³⁵⁴ *tanto local ou regional como global*. Foi nesse ramo que *o conceito de governança se ampliou, passando a significar governança global*; refletiria assim a dimensão estatal do poder, e diria respeito às “condições sistêmicas e institucionais sob as quais se dá o exercício do poder,”³⁵⁵ tais como as características do sistema político, para exemplificar.

Atualmente, entretanto, a expressão *governabilidade* é utilizada no sentido de uma forma de mensurar o apoio popular e institucional que seria concedido a um determinado governo, para formular e colocar em prática certas políticas. De sorte que hoje em dia a *governabilidade* se refere mais à dimensão estatal do exercício político, uma vez que tem em conta as características do sistema, a forma do governo, as relações entre os poderes, e de modo geral o sistema de intermediação de interesses³⁵⁶.

Eli Diniz,³⁵⁷ escrevendo sobre o fenômeno da *globalização*, esclarece que a excessiva ênfase na dimensão econômica desse fenômeno pode acabar por fazer esquecer sua dimensão política, o que seria nocivo, na medida em que é sua dimensão política, não a econômica, que determina seus efeitos. Como há tempos sustentara Celso Furtado³⁵⁸, Diniz alerta para os riscos inerentes à visão reducionista

³⁵² Esse foi o nome (*Novo Acordo*) de um programa do governo Roosevelt, dos Estados Unidos, entre os anos de 1933 e 1937. Consistiu de grandes investimentos estatais em obras públicas, reforma do sistema bancário e monetário, controle de preços e da produção de empresas, incentivos agrícolas, redução da jornada de trabalho e criação de medidas em geral voltadas para a área social. O programa foi muito bem sucedido e seus reflexos se estenderam até muito depois da década de 40.

³⁵³ SIMOULIN, Vincent. La gouvernance et l'action publique: le success d'une formule simélienne. *Rev. Droit et Société*, n.º 54, 2003, p. 307-328.

³⁵⁴ Para FOUCAULT, por exemplo, a governabilidade era conceituada como a regulação do indivíduo, e consistia no “conjunto de práticas pelas quais seria possível constituir, defender, organizar, instrumentalizar as estratégias que os indivíduos, em sua liberdade, podem ter uns com os outros” . Veja-se FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática de liberdade., in M. B. Motta (Ed.), *Ética, sexualidade, política*. Ed. Forense Universitária : Rio de Janeiro, 2004, p. 286..

³⁵⁵ GONÇALVES, cit., passim

³⁵⁶ SANTOS, op.cit., 1997, p. 342.

³⁵⁷ DINIZ, Eli, *in* Globalização, reforma do estado e teoria democrática contemporânea. *Perspec. vol.15 no.4* São Paulo Oct./Dec. 2001, capturado na internet em 22 de agosto de 2011; link: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400003>.

³⁵⁸ FURTADO, Celso. *Brasil- A construção interrompida*. Ed. Paz eTerra : Rio de Janeiro, 1992, passim

que interpreta os acontecimentos mundiais com base em simples teorias econômicas um tanto afastadas do dia-a-dia, ao invés de perceberem-se suas conseqüências em termos do *exercício do poder político*.³⁵⁹

Quando se fala em *governança global*, pensa-se logo na administração dos negócios num ambiente planetário, os quais não podem ser conduzidos de maneira eficaz, senão no quadro de ações governamentais³⁶⁰ e intergovernamentais.³⁶¹

A atuação dos agentes internacionais e multilaterais tem-se concentrado no aprimoramento das relações entre governos, e no incentivo à formação de blocos econômicos, na medida em que tais providências permitem uma renovação dos processos decisórios.

Entretanto, documentos de agências multilaterais de fomento econômico e social e do Banco Mundial³⁶² demonstram que, em fins dos anos 80, teria sido reconhecido um fracasso retumbante das políticas e estratégias de desenvolvimento do chamado Terceiro Mundo. Daí a emergência de certas situações: determinadas nações, em nome de uma “boa governança”, acabam adotando políticas de administração pública que jamais conseguirão operar. Essas comunidades, por sua vez, compartilham com os Estados em que se situam, a incapacidade de se organizarem adequadamente.

E seria corolário dessa percepção, a evolução dos princípios conformadores da chamada *governança corporativa*, na medida em que esse é um reforço às

³⁵⁹ DINIZ, Eli., op.cit. : “Desse ponto de vista, adquirem prioridade os mecanismos e procedimentos garantidores da responsabilização dos governantes em relação aos governados, notadamente os aspectos ligados à dimensão de *accountability*, sobretudo em sua forma horizontal, à relação entre os poderes, reduzindo os problemas de assimetria pelo uso exacerbado das Medidas Provisórias, ao reforço do poder infra-estrutural do Estado e à expansão dos direitos de cidadania, além da reestruturação dos mecanismos de articulação entre o Estado e a sociedade. Ainda que as lacunas apontadas tenham raízes históricas, tais traços foram exacerbados ao longo da última década. O estilo tecnocrático de gestão e as amplas prerrogativas do Executivo fortaleceram o poder de burocracias insuladas do escrutínio público, dificultando - senão inviabilizando - os mecanismos rotineiros de controle externo. Desta forma, a baixa efetividade dos instrumentos de responsabilização pública dos governantes e o excesso de discricionariedade da alta burocracia estatal reforçam-se mutuamente, gerando um vazio quanto às modalidades usuais de supervisão entre os poderes e de controle social por parte do público em geral.”

³⁶⁰ Como esclarece Max Weber, que criou a Teoria da Burocracia, para explicar a forma pela qual as empresas se organizam. Weber definiu burocracia como uma organização baseada em regras e procedimentos regulares, onde cada indivíduo possui sua especialidade, responsabilidade e divisão de tarefas. No chamado modelo de *burocracia weberiana*, concentram-se a impessoalidade, a administração, as diferenças de nível social e econômico entre as pessoas e um nível de hierarquia.

³⁶¹ ARNAUD, André-Jean.op.cit., p.267.

³⁶² Commission des Communautés Européennes: Livre Blanc sur la gouvernance européenne. Luxembourg, 2001. Capturado em: <http://www.europa.eu.int/comm/governance/index.fr.html>

chamadas culturas cidadãs, por meio da promoção da ação voluntária e, por conseguinte, aprimora as bases sociais³⁶³ para a democracia.

Arnaud³⁶⁴ menciona que a distinção entre a *governança global* e a *governança corporativa* reside exatamente na circunstância de que a segunda consiste na busca do equilíbrio nas relações mantidas entre a estrutura empresarial personificada de grande porte e todos aqueles que giram a seu redor.

Foucault,³⁶⁵ estudando inicialmente a questão do *poder disciplinar*,³⁶⁶ evolui desses conceitos para os de *biopolítica* e, mais adiante, sofisticava seu estudo e passa, a partir de 1978, a analisar a *ética* e a *governabilidade*, que apelida de *governamentalidade*, a partir do francês *gouvernementalité*. Para esse autor, o liberalismo econômico trouxe à baila o *mercado*, como ponto central de fixação da “verdade.”

Assim, para se chegar à *razão de estado*, buscada por aquele autor no início de seus trabalhos, necessitar-se-ia levar em conta o conjunto de interesses que no Estado se entrecruzam: individuais e coletivos, utilidade social e lucro econômico, liberdade dos indivíduos e intervenção estatal.

³⁶³ ALCÁNTARA, Cynthia Hewitt de. Uses and abuses of the concept of governance. *International Science Journal* 155, 1998, p. 105-113.

³⁶⁴ ARNAUD, André-Jean. Op.cit., p. 266.: “*La gouvernance d’entreprise (corporate governance) relève du principe pragmatique de recherche des équilibres, de la transparence et de l’efficacité dans la gestion. Le reengineering assure la logique d’efficacité : repenser le mode de gestion en vue d’une amélioration des performances de l’entreprise selon l’équation coût-qualité-service. L’équilibre est également recherché dans l’ensemble des relations contractuelles nouées par l’entreprise tant avec ses salariés qu’avec ses clients, ses fournisseurs, les banques et les investisseurs. Mais cette recherche de l’équilibre va plus loin: elle concerne également les rapports entre l’actionnaire, l’administrateur et le dirigeant. Il existe, en effet, un conflit d’objectifs entre ces différents acteurs, notamment entre le premier, qui vise la rentabilité (généralement sur le court terme) et le dirigeant, qui recherche, pour sa part, la croissance externe par des stratégies à long terme et l’option pour une politique d’investissement.*” (Trad. livre: “A Governança empresarial surge a partir do princípio pragmático de busca de equilíbrios, de transparência e de eficácia na gestão. A reengenharia assegura uma lógica de eficácia: repensar o modelo de gestão com vistas à melhoria do desempenho da empresa, tendo em vista a equação custo-qualidade-serviço. O equilíbrio é igualmente buscado no conjunto das relações contratuais encetadas pela sociedade empresária, tanto com seus assalariados, como com seus clientes, fornecedores, bancos e investidores. Mas essa busca de equilíbrio vai mais adiante: ela diz respeito também às relações entre os acionistas, os administradores e os dirigentes. Há, na verdade, um conflito de objetivos entre tais atores, especialmente entre o primeiro, que visa à rentabilidade, em geral a curto prazo, e o terceiro que, por sua vez, procura o crescimento externo mediante estratégias de longo prazo e a opção por uma política de investimentos”.)

³⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território, População*. Ed. Martins Fontes: São Paulo, 2008, p. 143-144.

³⁶⁶ MAIA, Antonio Cavalcanti. Sobre a analítica do poder de Foucault. *Tempo Social, Rev. Sociologia da USP* : São Paulo, 7(1-2), outubro de 1995, p. 92-102.

A arte de governar, sob o prisma liberal, buscaria assegurar o jogo complexo dos interesses em confronto³⁶⁷, garantindo a liberdade e a segurança para que esse confronto se manifeste com certo grau de clareza. Justamente os mecanismos de segurança que, para Foucault, permitiriam a concretização dos conflitos no cenário social: o surgimento dessa nova arte de governar ensejaria a aparição de um *plus* de liberdade, pautado por um *plus* de restrições.³⁶⁸

Nessa ambientação é que surge a expressão *governança corporativa*,³⁶⁹ como um conjunto de regras voltadas também à tutela da boa-fé e da pacificação social.

A *corporate governance* - embora seja expressão também utilizada na Grã-Bretanha – tem sua definição contemporânea bastante vinculada à prática norte-americana do mercado de capitais, que lhe atribuiu seus atuais contornos. Em seu livro sobre o tema, Simões³⁷⁰ aponta para a evolução ocorrida na legislação brasileira de regência das sociedades por ações, traçando interessantes cotejos com o que ocorreu historicamente nos Estados Unidos.³⁷¹ E aludindo ao estágio em que se encontravam as sociedades por ações no Brasil, quando veio a público uma de suas últimas reformas, a Lei n.º 10.303/2001.

Essa lei veio a lume como uma tentativa de aumentar a liquidez das companhias brasileiras, incrementando uma maior dispersão dos investimentos e tentando conciliar dois lados antagônicos: de uma parte, o interesse desenvolvimentista de ampliar as bases do mercado de capitais, possibilitando seu financiamento com a poupança doméstica então disponível; e, de outro lado, a conveniência de se ampliar o próprio mercado doméstico, num momento histórico

³⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *Nascimento de la biopolítica*. Ed. Fondo de Cultura Económica : Buenos Aires, 2007, p.65

³⁶⁸ FOUCAULT, Michel. Op.cit., p. 87-90.

³⁶⁹ PARENTE, Norma. Governança corporativa. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n.º 15, janeiro-março de 2002.

³⁷⁰ SIMÕES, Paulo Cesar Gonçalves. *Governança Corporativa e o Exercício do Voto nas S.A.* Rio de Janeiro : Ed. Lumen Juris, 2003, p.9

³⁷¹ Dentre outros episódios, Paulo Cesar Gonçalves Simões, op. cit., alude ao célebre processo judicial Dodge X Ford Motor Co., em 1919, versando sobre a insistência do homem de negócios Henry Ford, em manter em sua sociedade empresária elevadíssimas reservas contábeis, sem distribuir lucros aos demais acionistas, por entender que o objetivo precípua de sua companhia seria o de criar empregos e mantê-los, e não o de distribuir dividendos; a Justiça, todavia, decidiu que na realidade o objetivo primordial da companhia era o de distribuir lucros para os acionistas, cabendo aos administradores providenciar para que isso de fato ocorresse.

em que, já ocorrida a grande maioria das desestatizações, era preciso fortalecer e incentivar a poupança interna.

Pode-se então supor que o estatuto da *governança corporativa* - aplicável às grandes sociedades empresárias abertas e portanto ao cerne da economia de mercado - constitua, de certo modo, um instrumento que afinal legitima o enorme poder que possuem tais pessoas jurídicas – criadas por iniciativa privada - nesse sistema econômico.

E o faz na medida em que, ao invés de contribuir para a permanência do caráter unitário e absoluto do direito de propriedade ³⁷² - como era concebido sob o prisma burguês – acaba por *funcionalizar* esse direito.

Isso se dá, para alguns, porque suprime o *domínio eminente*,³⁷³ substituindo-o pela noção de *propriedade dinâmica*, que não tem por objetivo a mera fruição, mas a *produção de outros bens e serviços*. Assim, implicando *poder* sobre outros indivíduos, seu exercício deve ser fiscalizado e disciplinado, sob pena de inexistir vida pacífica em sociedade.

A expressão “*domínio eminente*” utilizada por Comparato em seu texto para qualificar o direito de propriedade é sintomática da correlação por ele feita entre um direito irretorquível, absoluto, de propriedade, só comparável àquele detido pelo Estado com relação aos bens públicos, verdadeira expressão da soberania, e um outro, ampliado e tornado mais abrangente e até mais necessário, como decorrência do dinamismo que imprime às relações jurídicas que consegue gerar.

3.2. Governança Corporativa como Pacificação Social

A *governança corporativa* consistiria, então, numa forma de se atingir certa coerência – ou pacificação – entre: de um lado, a grande sociedade empresária

³⁷² COMPARATO, Fabio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Ed. Forense : Rio de Janeiro, 3.ªed., 1983, p. 98

³⁷³ COMPARATO, op.cit., p.98 . Nesse texto, Comparato parece estar fazendo uso da alocação do idioma inglês *eminent domain*, que traduz a doutrina da *common law* pela qual todos os recursos naturais seriam sempre pertencas do Estado, razão pela qual teria o Poder Público o direito de, discricionariamente, declarar determinado bem de interesse público, para fins de desapropriá-lo. (Fonte: Black's Law Dictionary, 4th edition, revised, West Publishing Co.: Minnesotta, 1968) p. 616. Na verdade, a doutrina do *eminent domain* caracteriza o atributo da propriedade sobre bens de produção como precipuamente vinculada à funcionalização social do bem.

personificada, que se constitui no mais relevante e poderoso instrumento da economia de mercado – isto é, do modo de produção capitalista - e, de outro lado, os fornecedores, os acionistas, os consumidores, e demais agentes desse mesmo mercado.³⁷⁴

Ou seja: é o método pelo qual se conciliam, na atuação social, econômica e política de determinado ente personificado, os interesses de diversas camadas da sociedade.³⁷⁵

As práticas de *boa governança corporativa* vêm sendo adotadas com êxito nas sociedades empresárias constituídas sob a forma de sociedades anônimas ou por ações, especialmente nas abertas,³⁷⁶ isto é, aquelas cujos valores mobiliários são negociados em bolsa ou no mercado e que, portanto, fazem apelo à poupança do público em geral para sua manutenção³⁷⁷.

Nos Estados Unidos, essas práticas teriam surgido a partir das ideias desenvolvidas após a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 por E. Merrick Dodd.³⁷⁸ No Brasil, atualmente, tais práticas são seguidas em atendimento aos diferentes níveis de governança corporativa estabelecidos pela Bolsa de Valores de São Paulo (“BOVESPA”).

Vale observar, entretanto, que embora tenha sido a noção de *responsabilidade social* decorrente da *autonomia da personalidade e do patrimônio* da sociedade anônima o motor propulsor para a criação da ideia de *governança corporativa*,³⁷⁹ há hoje uma grande distinção conceitual entre a *responsabilidade social corporativa* e a *função social*.

³⁷⁴ BERLE, Adolf and MEANS, G. *The Modern Corporation and Private Property*. McMillan, 1932 : New York, passim.

³⁷⁵ FREEMAN, R. Edward and REED, David : Stockholders and Stakeholders: a New Perspective on Corporate Governance., *in California Management Review*, 25-3, 1983, p. 88-106

³⁷⁶ SOLOMON, Jill. *Corporate governance and accountability* . Hoboken, NJ : John Wiley & Sons Ltd.,, 2010, passim.

³⁷⁷ Sendo essa, segundo a maior parte da doutrina, a regra básica para a interpretação das distinções entre companhia aberta e companhia fechada. Veja-se, por todos, MARTINS, Fran, *in Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, artigo por artigo*. Rio de Janeiro : Ed. GEN, 2010, passim, edição revista e atualizada por Roberto Papini e Carlos Gonçalves .

³⁷⁸ DODD, E. Merrick. For whom are corporate managers trustees, *Harvard Law Review*, n.º 45, p. 1.145, 1932.

³⁷⁹ BAKER, H. Kent and ANDERSON, Ronald, *et alii*. *In : Corporate Governance: a Synthesis of Theory, Research and Practice*. New Jersey : Ed. John Wiley & Sons, Inc., 2010, p.3 e segs.

Sobre essa distinção, veja-se, por todos, Gama,³⁸⁰ que enfatiza a vinculação da chamada *responsabilidade social* com uma noção um tanto vaga de *cidadania empresarial*, correspondente a uma certa conscientização que sobreveio ao mundo empresarial, com relação à crescente incapacidade do Estado, de solucionar os problemas sociais emergentes. Com efeito, no dizer de Eryk Jayme,³⁸¹ os Estados estão atualmente cedendo grande parte de seus poderes aos mercados.

Sustenta ainda o autor que se por um lado a *responsabilidade social* é *voluntária*, por outro lado a *função social* é *cogente*. Com efeito, é muito procedente a percepção, já que, em matéria de mercado de capitais, há uma grande influência da *common law*. Isso se dá porque não apenas as grandes sociedades empresárias abertas possuem frequentemente importantes vinculações multinacionais ou transnacionais, como porque a sofisticação – e a própria dimensão – do mercado de capitais norteamericano impõe que suas regras e práticas sejam devidamente consideradas num contexto global.

E na *common law*, inexistente o conceito de *função social da empresa*.³⁸² O que há naquele sistema é - quando muito - uma consciência social mais aguda que, transposta para o universo empresarial, resulta na chamada *corporate social responsibility* – que equivale à *responsabilidade social* a que alude Gama³⁸³.

A autonomia da *personalidade* das grandes sociedades empresárias abertas, assim como a existência de seu *patrimônio autônomo*, não estão mais, no sistema jurídico brasileiro, estatuídas num artigo específico, eis que o CC/2002 não reproduziu a antiga norma do art. 20 do CC/1916;³⁸⁴ mas é sabido que o que tradicionalmente caracteriza sua personalidade jurídica é a coexistência de alguns fatores:³⁸⁵ (a) capacidade jurídica - tanto *externa corporis*, para opor sua atuação

³⁸⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coordenador) , BARTHOLLO, Bruno Paiva (coautor) et alii, in *Função social no Direito Civil*, cit., p. 106 e seguintes.

³⁸¹ JAYME, Eryk. O Direito Internacional Privado no Novo Milênio: A Proteção da Pessoa Humana face à Globalização. Conferência magna de abertura do Curso da Academia da Haia, em 2000, publicada no Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye; traduzida e republicada no Brasil, nos Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito, UFRS, v.1. março 1. p. 85

³⁸² DOBB, Maurice. *Studies in the development of capitalism*. Routledge and Kegan Paul : London, 1963.

³⁸³ GAMA, op.cit.

³⁸⁴ CC/1916: Art.20 – As pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros.

³⁸⁵ Seja-nos permitido citar PANTOJA, Teresa C.G., et alii, Anotações sobre as Pessoas Jurídicas, in *A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, coord. TEPEDINO, Gustavo. Ed. Renovar : Rio de Janeiro, 2002, p. 87

erga omnes - como *interna corporis*; (b) autonomia patrimonial; (c) limitação da responsabilidade dos sócios.

Dessa forma, embora no sistema jurídico brasileiro não tenha sido reproduzida taxativamente a regra básica que assegurava a *segregação* que deve existir entre os patrimônios dos instituidores da pessoa jurídica, e o da própria pessoa jurídica, no entanto a doutrina é unânime em reconhecer a *autonomia patrimonial* como característica inerente à pessoa jurídica constituída com limitação de responsabilidade para seus fundadores.

Essa é, sem dúvida, a interpretação que se deve dar - *contrario sensu* - ao disposto no art. 50 do Código Civil³⁸⁶, pelo qual se penaliza quem desrespeitar essa autonomia, causando a conhecida *confusão patrimonial*. Isso porque, como já aludido, é da essência da limitação de responsabilidade do sócio ou instituidor da pessoa jurídica empresária, a versão que este faz de recursos particulares seus à formação do Capital Social da mesma.

Daí constituir-se em flagrante ilicitude, qualquer que seja o ordenamento jurídico contemporâneo de que se trate, a eventual mescla que se possa intentar, entre os recursos patrimoniais da pessoa jurídica assim constituída, e o patrimônio do respectivo sócio ou instituidor.

No sistema da *common law*, todavia, e especialmente nos Estados Unidos, a pessoa jurídica constituída em conformidade com as leis tem menos relevância do que em sistemas como o brasileiro. Lá, prevalece a relevância *da relação contratual entre os sócios*, que gera para o ente assim constituído uma série de obrigações.

Esse é, assim, o paradigma da *common law* - que explica certas particularidades que assombram os doutrinadores, naquele país.³⁸⁷

³⁸⁶ CC/2002 “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

³⁸⁷ O próprio e tradicional BALLANTINE (Op.cit., p. 654/666) assim discorre sobre esse paradigma: “The protection of the rights of minority shareholders against unjust amendments, however, must be found **not in constitutional but in equitable or administrative limitations**. All powers granted to a corporation and its directors and majority shareholders are impliedly to be exercised by the directors or by the shareholders or by both concurrently **only in good faith and for legitimate purposes**. They should be regarded as in some sense fiduciaries. In other words these broad powers are given to meet corporate needs, as where a corporation is in difficulty and it is necessary to subject the shareholders to some kind of recapitalization or reorganization in order to raise new capital and keep

Em seu prestigiado livro, Monks & Minow³⁸⁸ se perguntam se a análise do fenômeno empresarial não seria impactada pela circunstância de alguns reputarem a sociedade por ações *uma pessoa ficta*, enquanto outros a consideram um *emaranhado de contratos*. Com efeito, há muita distinção entre uma e outra visões. Enquanto que no Direito de orientação romano-germânica a sociedade por ações é tida como uma pessoa jurídica, na *common law* ela nada mais é do que, como descrevem aqueles autores, um emaranhado de relações contratuais.

Quando Franklin Roosevelt assumiu a presidência daquela nação, em março de 1933, o país estava ainda sob a influência da grande crise de 1929 – na qual ocorreu a quebra da Bolsa de Nova Iorque. Era a Grande Depressão.³⁸⁹ Num relatório apresentado ao presidente pela Câmara dos Deputados de então, muitas expressões desairosas foram utilizadas para estabelecer de quem seria a responsabilidade pelas enormes perdas sofridas pelo mercado.³⁹⁰

it going.”(Negritos aditados) (Trad. livre: “A proteção dos direitos dos acionistas minoritários contra uma modificação injusta dos estatutos, todavia, **não se encontra em provisões constitucionais, mas em limitações originárias da equidade ou de regras administrativas.** Supõe-se que todos o poderes ofertados a uma grande sociedade empresária, aos seus administradores e aos seus acionistas controladores devam ser exercidos seja pelos administradores, ou pelos controladores, ou por ambos simultaneamente, **somente em boa fé e para fins legítimos.** Estas pessoas devem ser consideradas como, de certa forma, agentes fiduciários. Em outras palavras: tais poderes amplos são conferidos para o atendimento das necessidades da sociedade empresária, como por exemplo quando a sociedade está em dificuldades e se torna necessário sujeitar os acionistas a algum tipo de recapitalização, ou reestruturação, no intuito de obter mais capital e fazê-la prosseguir.”) (Negritos aditados)

³⁸⁸ MONKS, Robert A. G. and MINOW, Nell. *Corporate Governance*. John Wiley & Sons : London, 1995, 4.ªed. revista em 2008, 651 páginas. Os autores indagam, na p. 50/51: “*Are the best interests of the corporation the same as the best interests of the shareholders? When do they differ? Who defines the competing interests? Who decides how to balance them? For what purpose? Consider these questions in the context of the debate about just what a corporation is. How do the answers differ if you think of a corporation as an “imaginary person”? A “bundle of contracts”?*”(Trad. livre: Será que o melhor interesse da sociedade por ações equivale ao melhor interesse de seus acionistas? Quando são distintos? Quem define os interesses em confronto? Quem decide como equilibrá-los? Para que finalidade? Analise essas dúvidas no contexto do debate sobre o que exatamente é uma sociedade por ações. **E pense em como as respostas seriam distintas, se você considerasse a sociedade por ações uma “pessoa imaginária”ou um “emaranhado de contratos.”**) (Negritos aditados)

³⁸⁹ JOHNSON Jr., Charles J. and MCLAUGHLIN, Joseph. *Corporate Finance and Securities Laws*. Aspen Law and Business : New York, 1997, p.3-5

³⁹⁰ Constam dos anais da Câmara dos Deputados (n.º 85, 73.º Congresso, 1.ª sessão, em 1933: “*The flotation of such a mass of essentially fraudulent securities was made possible because of the complete abandonment by many underwriters and dealers in securities of those standards of fair, honest, and prudent dealing that should be basic to the encouragement of investment in any enterprise. Alluring promises of easy wealth were freely made with little or no attempt to bring to the investors’attention those facts essential to estimating the worth of any security.*”(Trad . livre: O lançamento público de uma tal quantidade de valores mobiliários basicamente fraudulentos foi tornado possível em razão do completo abandono, por parte de muitos subscritores e negociantes, dos padrões de negociação justa, honesta e prudente que constituiria a essencial encorajamento ao investimento, em qualquer empresa. Promessas sedutoras de ganho fácil eram feitas livremente, e

Foi a partir daí que se modificou um pouco o pensamento jurídico naquele país, pois, parafraseando o antigo brocardo latino, muito utilizado na *common law*, de *caveat emptor* – cuidado com o ladrão – os congressistas norte-americanos elaboraram a nova tese, do *let seller also beware*³⁹¹. Ou seja: passou-se da consideração de que a participação em determinada companhia corresponderia a um *típico direito de propriedade*, para a percepção de que essa participação deveria ser vista como *uma série de relações contratuais*, a exemplo daquela existente entre os controladores e os administradores por eles eleitos.

Simultaneamente, começou-se então a caracterizar o *dever de diligência* imposto aos administradores das grandes sociedades empresárias abertas, interpretando-se que o devido cuidado, ou a devida atenção constituiria na realidade um *dever fiduciário – fiduciary duty* - por parte dos administradores dos bens e direitos pertencentes às sociedades por eles dirigidas.

Desde então, é evidente que as sociedades empresárias operando num mercado tão competitivo como o norte-americano evoluíram.³⁹² Com a globalização, o acesso aos mercados em geral se tornou bem mais fácil do que era antes.³⁹³ E, com isso, novas crises foram ocorrendo, de modo a provocar uma grande preocupação com a solidez e a credibilidade dos referidos mercados.

Em livro lançado logo após a eclosão da grande crise econômica internacional de 2008, Posner³⁹⁴ traça um interessante comparativo entre a crise da economia mundial que fora desencadeada pela quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929, e aquela crise mais recente, iniciada igualmente nos Estados Unidos em 2008, das hipotecas *subprime*.³⁹⁵

pouca ou nenhuma tentativa era feita para alertar o investidor com relação aos fatos que seriam essenciais para chegar-se ao valor de qualquer título.)

³⁹¹ DEAN, A.H. The Federal Securities Act: I, *Fortune* 50, 106 (August 1933)

³⁹² BETTARELLO, Flavio Campestrin. *Governança corporativa: fundamentos jurídicos e regulação*. São Paulo : Quartier Latin, 2008, 138 p.

³⁹³ Consequência que já havia sido até certo ponto profetizada pelo jornalista Jean –Jacques Servan-Schreiber em 1964, com o seu *Le Défi Américain*, e depois em 1980, com *Le Défi Mondial*.

³⁹⁴ POSNER, Richard A. *A failure of capitalism – the crisis of '08 and the descent into depression*. Cambridge : Harvard University Press, 2009.

³⁹⁵ A expressão inglesa “*subprime*” significa “contratadas mediante critérios menos exigentes do que aqueles adotados para as contratações mediante a *prime rate*.” Ou seja, um cliente bancário do tipo *subprime* tem menores condições econômicas para garantir o valor mutuado, porque tem menores oportunidades de efetivamente repagá-lo. Por sua vez, a chamada “*prime rate*” designa a taxa de juros cobrada regularmente pelos bancos em mútuos feneratícios contratados com clientes de primeira linha; compreende-se como *cliente de primeira linha* aquele com boas condições de pagar o valor mutuado, e cujas ações são tidas no mercado como *blue chip* – se se tratar de sociedade

Para esse autor, a Depressão dos anos 30 acarretou, nos Estados Unidos – além de grande sofrimento a milhões de americanos e estrangeiros - a implementação da política do *New Deal* e, com a implantação de governos mais autoritários e regulamentadores em relação à economia, a eventual marcha em direção ao nazismo, na Europa.

Já os custos impostos pela crise de 2008, segundo Posner, teriam vindo, de modo similar, reforçar um intervencionismo estatal e uma regulamentação exacerbada de determinadas atividades econômicas.³⁹⁶ Tanto assim é – leciona ele – que até mesmo as agências reguladoras não possuíam acesso a uma quantidade crucial de dados sobre o sistema financeiro, em razão de certas limitações às respectivas autoridades que pareciam razoáveis nessa época de desregulamentação triunfante.³⁹⁷

A situação desenhada por esse autor, na descrição da crise global de 2008, se assemelha em muito ao retrato que atuais estudiosos³⁹⁸ fazem, das circunstâncias que levaram os Estados Unidos a serem tão surpreendidos como o foram, na II Guerra Mundial, em *Pearl Harbor*: avisos do que estava por ocorrer, que poderiam ter tido êxito, são ignorados, pois, como numa espécie de anticlímax, a *catástrofe anunciada demora a ocorrer*.³⁹⁹

Diversos autores norteamericanos mencionam que a grande causa da crise de 2008 foi, de fato, a falta de regulamentação sobre determinadas atividades exercidas pelos bancos e pelas grandes imobiliárias e outras companhias abertas americanas. Todavia, quando as autoridades governamentais norteamericanas se deram conta da necessidade de investir de modo eficaz nessas instituições financeiras que se aproximavam celeremente da bancarrota, fizeram-no por meio da subscrição de *ações preferenciais*.

empresária. Por sua vez, o apelido de *blue chip* é utilizado para designar ações ou valores mobiliários em geral muito procurados pelos investidores, e que apresentam elevado volume de negociações nos mercados organizados. No Brasil, na última década, um típico cliente *subprime* teria a si aplicadas taxas maiores de juros, pois o risco de inadimplemento, embutido no mútuo, é maior. Todavia, nos Estados Unidos, como os juros bancários são relativamente baixos, não houve propriamente uma distinção na cobrança de juros, o que houve foi uma inadimplência geral, suscitada pela recessão econômica e pelos crescentes níveis de desemprego – e as garantias foram insuficientes para assegurar a hididez do sistema.

³⁹⁶ POSNER, op. cit., p.114.

³⁹⁷ POSNER, op.cit., p. 144/145

³⁹⁸ Dentre os quais Posner cita Roberta Wohlstetter.

³⁹⁹ POSNER, cit., p. 142

Ora, é fato sabido⁴⁰⁰ que, numa sociedade por ações, investir em ações preferenciais – que, na maior parte dos países e sistemas jurídicos, não contam com direito de voto, ou pelo menos só possuem direito de voto restrito, se o possuírem – equivale a tornar-se credor da sociedade, pois embora se trate de *investimento de risco* (aquisição ou subscrição de ações), o fato de tais ações serem preferenciais lhes subtrai, na prática, a natureza de *equity*.⁴⁰¹

Aquilo que começara a se desenvolver nas últimas décadas do século XX veio então a desabrochar no mundo capitalista, após a grande crise de 2008: a *governança corporativa*.

Intensificou-se a percepção de que a companhia aberta é o verdadeiro cerne da economia de mercado e, portanto, deve responder a diversos atores do cenário econômico e financeiro. No idioma inglês, apelidam-se tais atores de *stakeholders* – ou, numa tradução singela, *porta-estandartes ou porta-flâmulas*, querendo significar indivíduos ou grupos que evidenciam ser titulares de algum interesse legítimo – validado pelas leis ou pela sociedade – em tomar conhecimento da forma pela qual a sociedade empresária aberta exerce sua atividade.

Esses *detentores de legítimo interesse*, ou partes interessadas, possuem uma legitimidade derivada geralmente do texto constitucional; podem ser os *empregados*, por exemplo, recipientes de uma tutela constitucional explícita. Podem também contar-se entre eles os *investidores e credores*, na medida em que a *livre iniciativa* acarreta a responsabilidade pela tutela do *crédito*. Podem ser, ainda, os *consumidores*, igualmente destinatários de proteção constitucional expressa. E ainda os fornecedores, a comunidade onde a sociedade atua e o próprio meio-ambiente: de sorte que as regras de *governança corporativa* operam não apenas facilitando o acesso ao capital, como também envolvendo *transparência*,⁴⁰² eqüidade

⁴⁰⁰ Aqui, faz-se referência a um pressuposto tradicional em todas as sociedades por ações: enquanto às ações ordinárias é assegurado o poder político, porque votam plenamente, às preferenciais é prometida apenas a vantagem pecuniária; daí resultaria sua restrição política, segundo lecionam COMPARATO (op.cit.) e vários outros autores.

⁴⁰¹Veja-se o pensamento de POSNER, cit., p.150. Vale notar que as preocupações de POSNER se justificam por sua linha de estudos, sendo ele um Juiz da Corte de Apelações do Sétimo Circuito dos E. Unidos, e atuando também como professor de Direito na conceituada University of Chicago Law School. POSNER é, também, autor de *Economic Analysis of Law*.

⁴⁰² O termo transparência está sendo utilizado, aqui, no seu sentido metafórico corrente, que é o reflexo da titude de revelar e esclarecer tudo sempre, sem manter partes ou ideias ocultas e sem reservas mentais.

de tratamento dos acionistas e uma contínua prestação de contas ao público em geral – em inglês, *accountability*.

No caso das sociedades empresárias abertas, as regras de *governança corporativa* vêm geralmente definidas em códigos⁴⁰³ e constituem modos de se concretizar a aplicação da ética e da transparência no respectivo funcionamento e estrutura organizacional. Criam-se obrigações, como as auditorias internas independentes, a existência de conselhos de administração distanciados das diretorias - vedando-se que o mesmo indivíduo presida ambos os órgãos – e obtém-se não só a profissionalização de seus membros, como se incrementa o índice de instalação de conselhos fiscais.

As boas práticas da Governança Corporativa e as orientações assim adotadas não são novidades para o sistema normativo brasileiro.⁴⁰⁴ Princípios como a integridade e a *transparência* na gestão empresarial, a equidade no tratamento dos acionistas minoritários, a precisão e veracidade na divulgação de seus resultados financeiros foram constantes objetos da legislação comercial, como visto antes, e seu cumprimento sempre foi exigido pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, que é a agência reguladora do mercado de capitais privados.

Seu sistema objetiva:⁴⁰⁵ (a) definir princípios da administração para atender e proteger os interesses dos acionistas, desse modo incrementando o investimento; (b) identificar e solucionar os problemas das sociedades empresárias, efetuando as mudanças institucionais necessárias ao melhor desempenho da sociedade; (c) promover os alinhamentos necessários à obtenção de eficiência na alocação de recursos, controlando, induzindo ou incentivando a ação gerencial de modo a que *esta gere valor para a sociedade* e, conseqüentemente, atraia a poupança.

De sorte que a *governança corporativa* pode ser compreendida de várias maneiras; segundo Casado Filho,⁴⁰⁶ identificam-se quatro aspectos reciprocamente complementares em sua definição - um conjunto de direitos e sistemas de relações;

⁴⁰³ Sendo o primeiro deles o renomado Código Cadbury – The Cadbury Report - , inglês, datando de 1992.

⁴⁰⁴ SIMÕES, Paulo Cezar Gonçalves, in *Governança Corporativa e o Exercício do Voto nas S.A.* Rio de Janeiro : Ed. Lumen Juris, 2003, p. 121/122

⁴⁰⁵ Estudo da *Booz-Allen & Hamilton* para o 1º Seminário Bradesco Templeton de Governança Corporativa, São Paulo, 24/08/2000.

⁴⁰⁶ CASADO FILHO, Napoleão. *Governança corporativa: análise jurídica e efeitos*. São Paulo : Conceito Editorial, 2011, p. 58

uma estrutura de poder; um grupo de valores e padrões de comportamento; um sistema normativo de gestão.

Para Monks e Minow,⁴⁰⁷ a governança corporativa trataria de um conjunto de leis e regulamentos visando a assegurar os direitos dos acionistas das sociedades empresárias, tanto seus controladores como seus minoritários; também, a tornar disponíveis as informações necessárias para que o acionista possa acompanhar uma ou outra decisão empresarial que possa interferir em seus direitos enquanto acionista; além disso, possibilitar aos diferentes públicos impactados pela atuação das sociedades empresárias, o uso de instrumentos pelos quais possam assegurar-se do pleno exercício de seus direitos; e finalmente, promover a integração entre os acionistas e os diferentes níveis de administração dessas sociedades.

Para Shleifer e Vishny,⁴⁰⁸ por outro lado, a governança corporativa trataria das relações entre os acionistas e os administradores, e definiria os meios pelos quais os investidores podem assegurar-se do retorno de seus investimentos.

Para Rossetti e Andrade,⁴⁰⁹ a governança corporativa parece ser o conjunto de meios para atendimento das demandas de qualquer tipo de *stakeholders* – pessoas ou instituições com legítimo interesse na atuação e resultados da sociedade empresária.

3.3. Governança Corporativa como Sistema de Gestão

Segundo um estudo desenvolvido por Teubner,⁴¹⁰ contudo, a governança constituiria simplesmente um *sistema de gestão*. Há até quem sustente que se trata de atingir o maior grau possível de separação entre a titularidade da empresa e sua administração.⁴¹¹

⁴⁰⁷ MONKS, Robert A.G. & MINOW, Nell. *Corporate Governance*. Oxford : Blackwell, 2004, 3rd. edition, passim.

⁴⁰⁸ SHLEIFER, Andrei & VISHNY, Robert W. A survey of corporate governance. *Journal of Finance*, v. 52. 1997. .

⁴⁰⁹ ROSSETTI, José Paschoal e ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo : Atlas, 5.^aed., 596 p.

⁴¹⁰ TEUBNER, Gunther. *Unitas Multiplex : Corporate Governance in Group Enterprises in Regulating Corporate Groups in Europe*. Ed. Gunther Teubner, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1990, p. 67-204

⁴¹¹ SIMÕES, Paulo Cezar Gonçalves , op. cit.

Para estes, a governança corporativa seria, então, uma espécie de contrafluxo, ou movimento contrário, ao da *managerial revolution* percebida nos Estados Unidos em torno da década de 1950. Sob esse mais antigo nome, alusivo a uma verdadeira revolução, diversos autores norte-americanos especializados em Direito, em Economia e em Administração trataram a gradual substituição dos controladores pelos administradores, e a criação do chamado *controle gerencial* que, embora inicialmente registrado nos anos 50, veio a firmar-se nas três décadas seguintes como prática no mercado norte-americano, e veio a culminar com uma série de operações de grande concentração econômica.⁴¹²

Para diversos autores,⁴¹³ o sistema de *governança corporativa* é exercido por meio de procedimentos: a) internos, que buscam: prover direcionamento geral para a corporação e aprovar estratégias; monitorar e avaliar o desempenho da organização; aprovar os objetivos e estratégias financeiras; assegurar que os sistemas monitorem o cumprimento de padrões éticos e legais (*compliance*); e b) externos, que visam a: selecionar, avaliar, compensar e substituir os diretores da sociedade empresária e assegurar planos de sucessão; avaliar o desempenho do próprio Conselho de Administração.

No Brasil, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC define os seguintes pontos como princípios de governança corporativa⁴¹⁴: (a) transparência ou *disclosure* - um dos mais importantes princípios da boa governança; a transparência deve estar presente em todos os aspectos da gestão da companhia, principalmente nos seus controles internos de divulgação de resultados e de informações financeiras e contábeis, pois será a partir desse teor de transparência que o mercado avaliará a disposição da sociedade empresária, de prestar-se ao mercado com todas as informações que forem necessárias; além disso, será também em função do controle de transparência feito, que as informações terão precisão; (b) equidade ou *fairness*, consubstanciada no tratamento justo e igualitário de todos os

⁴¹² Um filme interessante do início dos anos 90 retrata de forma didática certas tentativas de *management buy-out* (aquisição de controle societário pelos administradores) ocorridas por ocasião da alienação de controle de importante sociedade aberta, nos Estados Unidos; trata-se de *Barbarians at the Gate*, veiculado no Brasil como *Selvagens em Wall Street*, que versa sobre episódios acontecidos quando da venda do controle societário da RJ Reynolds/Nabisco.

⁴¹³ Dentre os quais: SCANDAMIS, Nicklos. *Le paradigme de la gouvernance européenne. Entre souveraineté et marché*. Bruylant : Bruxelles, 2009.

⁴¹⁴ A cartilha de boas práticas de Governança Corporativa está disponível no site do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa: www.ibgc.org.rj.

grupos minoritários, sejam do capital ou dos demais detentores de legítimo interesse (*stakeholders*), tais como colaboradores, empregados, fornecedores, consumidores ou credores; nesse sentido, cada ação deveria representar um voto nas decisões da gestão da empresa⁴¹⁵; evidentemente, o tratamento dos acionistas minoritários deve ser feito de forma eqüitativa, possibilitando que eles, dentro dos limites legais mas sem discriminação, possam participar da gerência da sociedade empresária; (c) prestação de contas (*accountability*): ao mesmo tempo em que existe uma certa independência entre os órgãos de gestão da sociedade, estes devem atuar de modo harmônico, de forma a evitar divergências desnecessárias ou risco demasiado nas respectivas gestões; todavia, o princípio da prestação de contas deve ser algo não apenas imposto por códigos e legislação, mas deve vir a ser uma prática incorporada à cultura administrativa da sociedade empresária; assim, esse fato de tornar-se algo público possibilita que o sucesso ou insucesso de alguma medida adotada possa ser distribuído eqüitativamente entre os demais acionistas da sociedade, mesmo os não-controladores, pois a sua publicidade acarreta como efeito o julgamento que será feito por diferentes opiniões; (d) a responsabilidade corporativa: os administradores devem se forçar a ter uma visão de longo prazo; nesse sentido, devem esforçar-se no sentido da *perenidade* das organizações, cuidando de sua sustentabilidade econômica e portanto, devem incorporar considerações de ordem social e ambiental na definição dos negócios e operações; de certo modo, a responsabilidade corporativa constitui-se numa visão mais ampla da estratégia empresarial, abrangendo assim todos os relacionamentos com a comunidade em que a sociedade atua.

Trata-se, como se intui, de mecanismo complexo, que por atingir a sociedade empresária em sua competitividade, vem incorporar as exigências do próprio mercado à roupagem com a qual ela se apresenta perante a sociedade.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Sendo essa a regra prevalente no chamado Novo Mercado – esfera determinada de negociação, para cujo ingresso exige-se qualificação específica da empresa. Esse sistema surgiu por inspiração no que ocorre na Alemanha. Tendo em vista o crescimento das discussões em torno da Governança Corporativa no mercado de capitais, a BOVESPA implantou em dezembro de 2000, pelas Resoluções de ns. 264/2000 e 265/2000, o Regulamento de Listagem do Novo Mercado e o Regulamento de Práticas Diferenciadas de Governança Corporativa, aprovados pelo Conselho de Administração da BOVESPA, os quais são segmentos especiais de listagem que foram desenvolvidos com o objetivo de proporcionar um ambiente de negociação que estimulasse, simultaneamente, o interesse dos investidores e a valorização das companhias.

⁴¹⁶ Há quem procure sustentar que, qualquer que seja a realidade que se apresente após a assinatura de um Acordo de Acionistas, uma sociedade se mantém vinculada aos respectivos termos,

Sua aplicação é voltada a todos os *detentores de um legítimo interesse* nas operações desenvolvidas pela sociedade. Essa definição corresponde aos que possuem algo mais do que um simples interesse de espectador, em relação ao desempenho da sociedade.

Por sua vez, a própria lei das sociedades por ações tutela o interesse da sociedade, sobrepondo-o aos interesses de seus acionistas.⁴¹⁷ A sociedade, por exemplo, não pode participar do acordo de acionistas, pois não possui legitimidade para dele ser parte. Contudo, a doutrina é unânime ao esclarecer que sempre que um determinado acordo de acionistas estiver registrado na sede social, como dispõe o art. 118 da lei que rege esse tipo societário, supõe-se que ele tenha sido levado ao conhecimento da sociedade que nele interveio. Assim, a despeito do fato de ele não poder contar com a sociedade entre suas partes signatárias,⁴¹⁸ ele acaba sendo cogente para ela, na medida em que realmente versar sobre os temas permitidos pela lei.⁴¹⁹

No idioma inglês, é por vezes utilizada a expressão *bystander* – traduzível como o *circunstante*, ou o *terceiro espectador* - para retratar quem esteja à parte, em determinada relação jurídica. Com frequência, o epíteto de *bystander* é usado nas relações de consumo, para definir *terceiros*.

Quando, todavia, se aplica o termo *stakeholder* em relação a alguém, trata-se de assunto relativo aos princípios de governança corporativa. De sorte que *stakeholders* seriam aqueles indivíduos ou grupos aos quais o sistema jurídico reconhece alguma legitimidade para pleitear o que quer que seja, em relação à sociedade empresarial aberta.

Vale notar - para quem observasse que a *governança corporativa* seria um instituto exógeno à cultura empresarial brasileira, e portanto ao sistema jurídico brasileiro – que o fenômeno da *globalização* alterou a mecânica de formação de

se este houver sido arquivado em sua sede. Todavia, não é esse o pensamento da melhor doutrina: veja-se, por todos: MARTINS, Fran. *Comentários à lei de Sociedades Anônimas*, Ed. GEN : Rio de Janeiro, 4.ºed., revista e atualizada por PAPINI, Roberto e SILVA David Gonçalves de Andrade.

⁴¹⁷ BULGARELLI, Waldírio. *Questões de Direito Societário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1983, p.30.

⁴¹⁸ Podendo a própria sociedade, quando muito, figurar como interveniente anuente, pois não se caracteriza como parte.

⁴¹⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989, p. 215/216 e BARBI FILHO, Celso. *Acordo de Acionistas*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993, p. 86.

regras jurídicas, no sentido de que se passaram a desconsiderar certas particularidades de costumes ou sistemas nacionais, em prol de outros conceitos vigentes em sistemas alienígenas. Essa modificação não é necessariamente boa, ou bem-vinda. Mas é o que vem ocorrendo.⁴²⁰

Quando a atual lei de Sociedades por Ações completou 20 anos, houve memorável seminário, ao qual compareceram os autores do respectivo anteprojeto.⁴²¹ Questionados sobre se não teriam trazido noções alienígenas para o Direito brasileiro, ao incorporarem certos institutos à lei, responderam eles que a introdução das regras obrigando à *disclosure* (i.e., revelação de informações, ou transparência) e de normas repressoras do *insider trading* (i.e., práticas de negociação não-equitativa com valores mobiliários emitidos pelas companhias) significava de fato a adoção de princípios que num primeiro momento poderiam ser vistos como estranhos ao Direito brasileiro; mas que isso só vinha em auxílio dos pequenos investidores e da boa administração das sociedades empresárias.

3.4. Governança Corporativa – Critérios da Internacional OCDE, da Norteamericana NACD e Observações da Doutrina Brasileira

A *Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE*, órgão multilateral sediado em Paris, fornece orientação internacional sobre o tema da governança corporativa, na medida em que recomenda a adoção de certos princípios e mecanismos. Entre suas finalidades institucionais está a de “*possibilitar o maior crescimento econômico sustentável possível, e um crescimento ascendente do padrão de vida nos países-membros*”.

Decorreria disso a obtenção de uma certa estabilidade financeira, a partir da qual se concretizaria o desenvolvimento da economia no âmbito internacional.

⁴²⁰ SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de. Op. cit., p. 65

⁴²¹ EIZIRIK, Nelson, in *Reforma das S.A. e do Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 1997, p.3/4..

Os critérios da OCDE⁴²² dizem respeito, primeiro, à estrutura do Conselho de Administração das sociedades por ações e respectivos prazos de gestão; em segundo lugar, aos direitos dos Acionistas e alguns direitos dos controladores; em terceiro lugar, ao tratamento equitativo de todos os Acionistas; em quarto lugar, ao papel dos detentores de legítimo interesse na vida da sociedade empresária; em quinto lugar, aos princípios de informar e de ter transparência na gestão; em sexto lugar, ao princípio das responsabilidades do Conselho de Administração.⁴²³

Por sua vez, a associação norte-americana NACD⁴²⁴ edita princípios de boa governança num nível menos abstrato, de modo que suas regras são bastante detalhadas, abrangendo geralmente dez princípios e começando pela regra de que as bases para um bom desempenho devem ser instauradas antes de qualquer outra providência.

Além dessa regra inicial, um segundo aspecto - que decorreria da adoção dessas práticas - seria a chamada *transparência*, elemento crucial para o desenvolvimento do mercado. Tais práticas, por estarem vinculadas à administração das grandes sociedades empresárias, envolvem especificamente as atribuições do Conselho de Administração, de sorte que um terceiro ponto seria uma análise sobre as atribuições afetas aos membros do Conselho, e a qualidade do respectivo desempenho.

Um quarto princípio seria o papel importante das prestações de contas e a objetividade; um quinto seria o da liderança independente exercida pelo Conselho; um sexto seria o da integridade, ética e responsabilidade; um sétimo residiria em dar-se atenção à informação, ao planejamento, e à estratégia; um oitavo consistiria em existirem mecanismos de proteção contra um eventual “entrincheiramento” do Conselho; um nono consistiria em serem utilizadas opiniões dos acionistas na avaliação dos membros do Conselho de Administração; e afinal, o décimo seria a definição geral das comunicações existentes entre os acionistas.

⁴²² *OECD Principles of Corporate Governance*. Paris : OECD, 1999. Disponível na internet, em: <http://www.oecd.org/daf/corporateaffairs/corporategovernanceprinciples/oecdprinciplesofcorporategovernance.htm>; acessado em 17.09.2012.

⁴²³ BAKER, Kent and ANDERSON, Ronald et alii. *Corporate Governance*. John Wiley & Sons, Inc. : Hoboken, NJ. *Corporate Governance Best Practices*, p. 69

⁴²⁴ NACD: National Association of Corporate Directors, associação privada que edita regras não para países, como a OECD, mas para dirigentes e membros do Conselho de Administração de grandes sociedades empresárias abertas.

Como se percebe, é extremamente importante o *diálogo entre os participantes do sistema*. A *governança corporativa* é a maior descoberta de Justiça pragmática dos últimos tempos, pois permite a instrumentalização das companhias abertas como elementos de concretização da *função social da empresa*.

Jorge Lobo, que há algum tempo vem-se dedicando ao tema,⁴²⁵ elencou vários princípios que devem pautar a boa governança das sociedades empresárias; dentre eles, o da *eticidade* – traduzido pela necessidade de fazer coincidir os princípios que declaradamente pautam o funcionamento diário de determinada sociedade empresária com aqueles que motivam suas ações; assim, a companhia não seria obrigada a divulgar determinadas informações; todavia, se decidisse fazê-lo, deveria ser veraz, nada omitindo.

Um segundo princípio, para aquele autor, seria o da *moralidade*, que consistiria em perquirir com atenção todo o escopo de sua atuação, para evitar que, inadvertidamente, a companhia leve à insolvência algum fornecedor, por negociar vantagens excessivas no contrato de fornecimento, ou use trabalho infantil, por não procurar saber de onde vêm seus produtos para revenda e em que condições são produzidos.

Um terceiro princípio seria o do *ativismo societário*, que deve ser estimulado pelas leis e regulamentos, de molde a não se permitir que apeans um grupo pequeno de acionistas decida toda a vida da companhia; para isso, vêm sendo criadas em outros países alguns condicionamentos para permitir que grupos com apenas 1% do Capital Social possam participar mais ativamente das deliberações das grandes companhias. Um quarto princípio seria o da *proteção ao acionista minoritário*, sendo certa a relevância do investidor pessoa física, principalmente no Brasil, com um mercado de valores mobiliários relativamente pequeno.

Ainda um quinto princípio seria o do *tratamento equitativo*, sem o qual inexistiria credibilidade no mercado; um sexto seria o da *transparência*, que exige a divulgação instantânea de qualquer fato passível de suscitar alguma modificação no valor das ações postas ao mercado; um sétimo seria o da *independência dos administradores*, que enseja a eleição de alguns conselheiros sem qualquer vínculo

⁴²⁵ LOBO, Jorge. Princípios de Governança Corporativa. *Revista de Direito Mercantil*. 142, abril-junho 2006 Malheiros: São Paulo; e ainda: entrevista à *Revista da EMERJ*, v.10, n.º 37, 2007.

com quem os elegeram, para que de fato possam ser efetivamente independentes, assim profissionalizando-se sua gestão.

Um sétimo princípio seria o da *responsabilidade do administrador*, ou seja: deve ser exigido dos administradores, qualquer que seja sua função, um cuidado permanente com os interesses da companhia. Ainda para o mesmo autor, um oitavo princípio seria o da *razoabilidade*, que corresponderia a que a administração das companhias fosse cautelosa e procurasse sempre ponderar os prós e os contras, em qualquer decisão que tivesse de adotar.

Um nono – e último - princípio seria, então, o da *função social da empresa*, que aquele autor assemelha a *uma preocupação com o bem estar de alguns titulares de legítimo interesse e um compromisso básico com a integridade, a imparcialidade e o respeito pelo indivíduo*.

De sorte que, no que toca à *função social*, já se saberia como induzir ao seu cumprimento; só ainda não se fixou, com clareza, *qual seria o conteúdo genérico* dessa obrigação. Mais adiante se tratará desse ponto.

O acionista controlador, portanto, teria a incumbência de eleger bons administradores, sendo-lhe vedado eleger pessoas *inaptas* (sem o adequado treinamento técnico) ou *ineptas* (desprovidas de capacidade intelectual ou moral para receberem o treinamento necessário).

Por sua vez, bons administradores seriam aqueles que incluíssem no escopo de suas tarefas a efetiva criação de riquezas e de oportunidades de emprego, a qualificação e a diversidade da força de trabalho utilizada, e que buscassem estímulo ao desenvolvimento científico por intermédio de tecnologia, e a melhoria da qualidade geral de vida por meio de ações educativas, culturais e assistenciais na comunidade existente no entorno, e da defesa do meio ambiente.

Como é compreensível, inclui-se neste princípio a contratação preferencial de recursos (trabalho e insumos) oferecidos pela própria comunidade, fato que ocorreu num determinado caso-referência buscado, de natureza exemplar.⁴²⁶

⁴²⁶ Nos início dos anos 1990, foi desenvolvido pioneiramente pelos administradores da Companhia Siderúrgica Nacional, estatal então em vias de ser desestatizada, o Círculo de Fornecedores locais, aos quais a companhia dava prioridade no fornecimento de matérias primas e na prestação de serviços. Essa deliberação foi adotada pela Diretoria com o conhecimento e a concordância do respectivo Conselho de Administração, embora não houvesse constado de atos societários

A *governança corporativa* já é, hoje, um critério suficientemente implantado na realidade empresarial brasileira, de modo que existem diversos graus de governança definidos pela Bovespa – Bolsa de Valores de São Paulo.

Como se sabe, as bolsas de valores são, assim como certas outras entidades do mercado de balcão organizado, peças fundamentais na implantação de práticas qualitativas de governança corporativa nas companhias de capital aberto.

Funcionando como agentes auxiliares da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, as bolsas possuem a prerrogativa de serem entidades autorreguladas e podem fiscalizar os respectivos membros e as operações em seu âmbito realizadas. Para lograr isso, todavia, são-lhe reconhecidas a autonomia administrativa, a financeira e a patrimonial.

Tal iniciativa é vista por muitos⁴²⁷ como uma ferramenta importante para que o mercado de capitais se torne, cada vez mais, financiador do crescimento econômico do país.

Espera-se que o seja, pois de modo geral a economia brasileira tem muito mais a aproveitar de um crescimento econômico articulado em bases sólidas, respeitando os princípios norteadores estabelecidos na Constituição Federal, do que de um crescimento econômico cheio de altos e baixos, sofrendo as constantes investidas do capital especulativo internacional ⁴²⁸ e resultando numa sociedade injusta e numa economia desprovida de oportunidades para todos.

registrados na Junta Comercial. Constam referências à mesma, todavia, em periódicos da época e em relatos, feitos e publicados pelos participantes do processo de desestatização. Leia-se o Capítulo IV deste trabalho, para maiores detalhes.

⁴²⁷ A ciência econômica repartiu em duas vertentes o estudo sobre os impactos da organização ou superestrutura jurídica sobre os custos do Estado: de um lado, situam-se os adeptos da teoria da economia e do bem-estar; e, de outro, a análise econômica do Direito. O primeiro movimento teve como líder o teórico Arthur Pigou, de Cambridge, que estudou o fenômeno na década de 20 do século XX. Já o segundo movimento, da análise econômica do Direito, nasce com Ronald Coase, da chamada Escola de Chicago, que ensinou ali por volta dos anos 60 do século XX. Segundo COELHO, op.cit., p.50-51, a grande distinção que há entre o primeiro grupo e o segundo é que, para o primeiro, as distorções ocorridas e corporificadas pelas tais “externalidades” devem ser corrigidas pela simples tributação, ou por intervenções regulatórias do Estado. Já para o segundo grupo, caberia aos próprios interessados cuidarem da “internalização das externalidades”, sendo função do sistema jurídico apenas reduzir ao máximo os *custos da transação*.

⁴²⁸ Numa analogia interessante, inspirada no autor americano Richard POSNER, prócer do grupo dos juristas que atribuem extrema importância à análise econômica do Direito, Fabio Ulhoa COELHO ensina que não há como eliminar-se, na exploração de atividades econômicas, uma certa margem de produção de efeitos negativos ou positivos não-compensáveis. Essas conseqüências seriam apelidadas de *externalidades*, e seriam não-compensáveis como regra geral. Entretanto, em alguns casos, haveria um esforço sobremaneira intenso do agente econômico, no sentido de compensar tais conseqüências. Isso ocorreria sempre que a lei, ou a ordem jurídica, o determinasse. Adotando-se a

Convém ainda lembrar que as sociedades empresárias atualmente listadas na BOVESPA têm a possibilidade de se enquadrarem em dois níveis - 1 e 2 - ou no Novo Mercado. Um dos aspectos mais interessantes das regras estabelecidas para o Nível 1, Nível 2 e Novo Mercado, é o *caráter voluntário* da adesão.

Nesses novos segmentos de mercado, as chamadas *regras de transparência* vão se tornando crescentemente mais rígidas - ou seja, mais brandas no Nível 1, medianas no Nível 2 e muito rígidas no Novo Mercado. Todas elas, entretanto, se referem à *sociedade por ações aberta*. Isso não surpreende, uma vez que de fato é ela, como já mencionado, a epítome do sistema capitalista.

Vale, ainda, uma incursão em outros campos onde quiçá se poderiam estabelecer similares regras de *boa governança*, no intuito de sedimentar-se a função social da sociedade empresária. Isso porque, embora as sociedades por ações sejam o cerne do mundo capitalista, contudo há outras situações em que se podem - e devem - desenvolver *práticas equitativas*.

A evolução conceitual da funcionalização dos institutos jurídicos provém, como já mencionado, do antigo diploma constitucional de 1946,⁴²⁹ cuja redação aludia expressamente à funcionalização social do *direito de propriedade*.

Ora, durante décadas a participação numa sociedade por ações foi vista como equivalente à titularidade de uma “empresa”. Achava-se, portanto, que o direito do acionista era *de propriedade*, e não, como hoje se considera, *um direito de participação*. De sorte que as antigas teses sobre a *funcionalização social* do direito de propriedade gradualmente se sofisticaram para abranger o *direito de participação* num organismo que, por sua natureza e modo de atuação, é quase vivo.

3.5. Governança Corporativa: As Limitadas

metodologia e a nomenclatura econômicas, esse esforço provocaria uma *internalização das externalidades*. De sorte que, para aquele autor, quando o Direito considera relevante uma certa externalidade e determina sua compensação, opera-se a internalização. Isto é: a externalidade que seja definida como efeito não compensável, deixaria de ser reputada externalidade. (*In.* : COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial- Direito de Empresa*. Ed. Saraiva : SãoPaulo, 15.^a ed., v. I, p. 48.

⁴²⁹ Texto do art. 147 da Constituição de 1946: “ Art.147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.”

Muito embora sejam poucas as notícias sobre eventual exigência de práticas de boa governança corporativa com relação às sociedades limitadas, alguns autores já começam a discutir o tema.⁴³⁰

Isso porque há sociedades que, embora tendo caráter eminentemente empresarial, apresentam-se sob a forma de sociedades contratuais, também chamadas de *limitadas*, não sendo sociedades por ações, nem abertas. Mas, em razão de sua natureza e da forma jurídica adotada – e principalmente porque congregam, por vezes, investimentos em montante muito alto - necessitam de regras e parâmetros para que sua gestão seja *economicamente sustentável*. De resto, ocorre idêntica situação com *cooperativas* e até mesmo com *institutos e fundações* em geral – estes últimos geralmente ligados ao chamado Terceiro Setor da economia.

A administração da *sociedade limitada*, em especial, também envolve, como foi visto, certos deveres. A antiga *sociedade por quotas de responsabilidade limitada*⁴³¹ oriunda do Direito alemão⁴³² para alguns, e do Direito inglês para outros, hoje extinta em nosso ordenamento,⁴³³ era classificada pela mais respeitável doutrina como de difícil conceituação, em virtude da variedade de sistemas jurídicos que formariam sua estrutura. Evitava-se assim uma conceituação precisa, sendo sua lei de regência breve e genérica.⁴³⁴

Da brevidade da norma legal, da criatividade dos comerciantes que utilizavam esse tipo societário, do estudo dos doutrinadores e da dedicação laboriosa dos magistrados aos quais eram submetidos os inevitáveis e complexos conflitos surgidos quando de sua aplicação, veio a lume um cabedal infinito de sábios julgados – que, entre outras novidades à época, deram ensejo à chamada

⁴³⁰ Vejam-se, por exemplo, os estudos desenvolvidos e apresentados pelos seguintes acadêmicos de Direito a quem tive o prazer de orientar, em projetos de iniciação científica, no âmbito do PIBIC, na PUC, nos anos de 2005 até 2009: Camilla Eskenazi, Talitha Fernandez M. Gomes, Christopher de Moraes Araruna Zibordi e Alexandre de Aguiar Cezimbra – disponíveis em: www.puc-rio.br/ensinopesq/pibic/relatorio_resumo/index, acessado em 20.07.2012

⁴³¹ Regida pelo Decreto n.º 3.708, de 1919, resultado do trabalho de SOUZA, Herculano Inglês de, in Projeto de Novo Código Comercial, 1912.

⁴³² Ela seria a reprodução fiel da *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, a GmbH alemã.

⁴³³ Vez que foi substituída por uma forma societária bem mais restritiva e pouco dinâmica, a *sociedade limitada* do Código Civil.

⁴³⁴ LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*, Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 6ª ed., 2005, p. 67.

dissolução parcial da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, criação puramente jurisprudencial.

Contudo, o tipo societário hoje existente, conhecido como *sociedade limitada*, guarda pouca relação com o tipo ao qual sucedeu. Esse veículo jurídico pode ser adotado seja por uma *sociedade simples*, desprovida de essência empresarial, ou por uma *sociedade empresária*, podendo às vezes acumular um grande volume de capital. E podendo, até, ser o meio pelo qual se controlam algumas empresas abertas.

Com o advento da Lei n.º 10.406 de 2002 - o Código Civil em vigor - seria de se esperar que ocorresse um certo avanço relativo à *sociedade limitada*; porém, nenhum avanço se deu, na medida em que, embora tenham sido editadas para a *sociedade limitada empresária* normas mais específicas, incluindo algumas de tendência protetiva com referência aos minoritários, na verdade o legislador ampliou substancialmente sua intervenção relativa a essa forma societária, se comparada com o modelo anteriormente vigente.

Se, por um lado, passou-se, com as novas regras, a visar a uma gestão mais profissional, por outro lado os sócios perderam muito da antiga autonomia que tiveram, na vigência do Decreto n.º 3.708/1919 - cujo modelo societário, como se sabe, antecedeu ao próprio Código Civil de 1916.⁴³⁵

Contrariamente ao que foi afirmado por um dos eminentes doutrinadores que elaboraram o anteprojeto da Lei n.º 10.406⁴³⁶ - ao responder à interpelação de um estudioso, que o confrontara com a noção de que *as regras do Código Civil já teriam nascido velhas* – é fato notório que as normas do Código Civil de 2002, no que toca ao Direito empresarial, são realmente antiquadas e pouco justificáveis.

⁴³⁵ Tendo provindo da lei portuguesa de 1902 que, por sua vez, foi seguidora da anterior lei alemã. Aparentemente, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada teria surgido na Alemanha, em função dos altos riscos enfrentados pelas sociedades mineradoras de carvão, cujos titulares pretenderam, com essa criação jurídica, circunscrever suas responsabilidades ao Capital Social subscrito para o empreendimento – de modo semelhante ao que já então ocorria com as sociedades por ações, mas num patamar menos complexo e mais simplificado; e prescindindo da autorização governamental para sua constituição.

⁴³⁶ Folhade S. Paulo, 21.08.1996. REALE, Miguel: *O projeto de Código Civil no Senado*. Capturado em 15.09.2012, em <http://www.mundonotarial.org/velho.html>: “No concernetne às demais questões de direito civil, fácil me seria demonstrar que o projeto n.º 634-B, aprovado pela Câmara dos Deputados, se antecipou ao estatuído na nova Constituição em matéria de propriedade ou de contrato, o que bastaria para ter-se mais cautela ao fazer-se apressada acusação de velhice.”

No caso específico das sociedades limitadas, é causa de perplexidade geral o fato de o *quorum mínimo*, para certas importantes deliberações, ser de 75% do Capital Social.⁴³⁷ O percentual é sem dúvida demasiadamente alto, o que apresenta óbices a um exercício eficaz do controle societário e reduz a utilidade prática da sociedade limitada enquanto veículo jurídico para os grandes investimentos de natureza fechada.

Por outro lado, é sabido que as sociedades limitadas não podem ser o veículo jurídico das *grandes sociedades empresárias abertas*. Abrir-se à participação do mercado - ou seja, poder emitir valores que serão adquiridos pelo público em geral - é uma prerrogativa das *sociedades por ações*, na grande maioria dos sistemas jurídicos existentes. Todavia, num esforço para ampliar as regras de *boa governança* de modo que elas possam abranger também as sociedades limitadas, tem-se interpretado que, no que diz respeito à quota detida pelo sócio no Capital Social, não se trataria de *direito de propriedade propriamente dito*, mas de *direito de participação*.⁴³⁸ Assim, a sociedade limitada guardaria, para alguns, essa especial semelhança com a sociedade por ações.⁴³⁹

Essa visão, todavia, encontra seus detratores. Silva⁴⁴⁰, em interessante análise do pensamento de Carnelutti,⁴⁴¹ menciona que vêm ocorrendo divergências na doutrina, sobre se a *quota social* seria um *direito de crédito do quotista em face da sociedade*, ou se seria de fato um *direito de participação*. Cita Troplong,⁴⁴² que imaginou ser a quota social a expressão de um crédito, e não meramente um direito genérico de participação.

Nessa linha de raciocínio, a *governança corporativa* consistiria - tanto no caso das grandes sociedades empresárias, abertas ou fechadas, como na hipótese de se acrescentarem a esse universo também as numerosas limitadas existentes no Brasil

⁴³⁷ C. Civil/ 2002: “Art. 1.074 – A assembleia dos sócios instala-se com a presença, em primeira convocação, de titulares de **no mínimo três quartos do capital social** e, em segunda, com qualquer número.” “Art. 1.076 – Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no §1.º do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas: I – pelos votos correspondentes, no mínimo, a **três quartos do capital social**, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071...”(negritos adotados)

⁴³⁸ MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. V.3, 1.ª parte, tít. 1.º. Milano : Dott. Giuffrè Editore, 1952, §152, n.º 16, p. 382-384

⁴³⁹ GASPERONI, Nicola. *Las acciones de las sociedades mercantiles*. Trad. espanhola. Manuales Soler : Barcelona, 1928, p. 59

⁴⁴⁰ SILVA, Américo Luís Martins da.op cit., passim.

⁴⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*, Padova : CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani , 1933 .nº 81, p.247

⁴⁴² TROPLONG, M. *Sociétés Commerciales*. V.I., Bruxelles: Meline Cans et Cie., 1868, n.º 140

- no respeito consciente e sistemático, por parte dos controladores e dos administradores por estes eleitos, aos direitos legais e às expectativas morais de todos os acionistas ou quotistas, embora eventualmente minoritários ou preferencialistas e portanto desprovidos do direito de voto – ou com restrições ao exercício desse direito - assim como o respeito a outros grupos de *detentores de legítimo interesse jurídico, social e econômico*, no que toca aos destinos e à própria conduta da sociedade empresarial.

O intuito de tais normas, cumpridas geralmente por diretores e acionistas ou quotistas controladores dessas sociedades, é o de maximizar *para todos* o valor das sociedades empresárias⁴⁴³.

Dentre as definições oferecidas pelos doutrinadores brasileiros, era interessante a classificação conceitual de Dionysio Gama, que há algum tempo equiparava o tipo societário das sociedades limitadas àquele no qual “*duas ou mais pessoas, ainda que algumas não fossem comerciantes, se reúnem, sob uma firma, ou denominação particular, com o capital social dividido em quotas e a responsabilidade dos sócios limitada à importância total do mesmo capital, para efetuarem em comum operações comerciais*”.⁴⁴⁴

Hoje, entretanto, como já aludido, a *nova sociedade limitada*, embora tenha ainda seu capital dividido em quotas e a responsabilidade de seus sócios seja circunscrita à totalidade do capital subscrito, rege-se por um grande número de estipulações legais - todas estabelecidas em artigos do atual Código Civil - e tem características bastante distintas do antigo modelo. De fato, a limitada dos nossos dias é *absolutamente distinta* da limitada de outrora; só o fato de ser necessário um quorum de 75% do capital social para aprovar certas modificações de características específicas de seu Contrato Social já é um indicativo de que quem a imaginou como veículo jurídico para o exercício da atividade empresarial não tinha noção de quão relevante para o bom andamento das relações societárias era o antigo quorum de cinquenta por cento, mais um – maioria simples – vigente nas limitadas de outrora.

A facilidade relativa – ou a dificuldade - para a solução de eventuais conflitos pessoais, intramuros, é um aspecto relevante para a classificação da sociedade.

⁴⁴³ JENNER, Andrew, apud GONZALEZ, Roberto Souza, “*A valorização da empresa no Mercado ao abrir o capital*”, São Paulo : Access Consulting Assessoria Empresarial, Seminário IIR Conferences, 27.11.2001.

⁴⁴⁴ GAMA, Affonso Dionysio. *Das Sociedades Civis e Comerciais*, S. Paulo, nº 149, p. 160.

Para Requião⁴⁴⁵ e Pontes de Miranda⁴⁴⁶, a sociedade limitada (referiam-se eles à *antiga sociedade por quotas*) teria aspectos que fariam com que pudesse ser considerada uma *sociedade de pessoas*, preponderantemente.

Entretanto, Bulgarelli⁴⁴⁷ a considerava, em sua forma anterior ao Código Civil de 2002, uma *sociedade de capitais*. Tratava-se na realidade de uma forma híbrida, que teria proporcionalmente em sua formação, talvez uma fração ideal de 60% de características típicas de uma sociedade de pessoas e até 40% de dados vinculados a uma de sociedade de capitais. A doutrina brasileira majoritária sempre a considerou sociedade de pessoas que poderia excepcionalmente se revestir das características de sociedade de capitais.

Atualmente, todavia, como o art. 1.053 do CC/2002⁴⁴⁸ estabelece que a limitada poderá usar como fonte supletiva a Lei de S/A, entende-se que a sociedade terá uma natureza tanto mais capitalista, quanto mais assemelhada à sociedade por ações ela se tornar. E vice-versa: ela será tanto mais personalista, quanto mais extensas forem as disposições contratuais que demandem a manifestação de vontade dos sócios para o prosseguimento da sociedade.⁴⁴⁹

Pode-se dizer com segurança, que as sociedades limitadas são o tipo societário mais utilizado no Brasil, e essa circunstância se deve ao pouco formalismo que tinha esse tipo societário, em sua antiga versão. O Decreto n.º 3.708 tinha apenas dezenove artigos e, como já mencionado, isso ensejou que os próprios usuários desse modelo societário achassem soluções para seus problemas. Na maior parte dos casos, repita-se, essas soluções foram submetidas aos tribunais e por eles canceladas, de modo que há um grande cabedal de julgados no que diz respeito aos institutos básicos da sociedade limitada de outrora.

Ocorre, entretanto, que nem todas essas decisões jurisprudenciais podem ser aproveitadas hoje, pois houve substanciais modificações no tipo societário com a

⁴⁴⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Ed. Saraiva : São Paulo, 1980, v1 e v.2.

⁴⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro : Ed. Borsó, 1971, v. 16,28,29,30,49

⁴⁴⁷ BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais, empresa e estabelecimento*. Ed. Atlas : São Paulo, 1993, 5.ªed.

⁴⁴⁸ CC/2002: “Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. Parágrafo único - O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.”

⁴⁴⁹ Exemplos disso seriam as deliberações que exigissem manifestação dos sócios prévias ao ingresso de um novo sócio, por exemplo, ou que estipularem que, sobrevivendo o falecimento de um sócio, os sócios remanescentes é que decidirão sobre a apuração dos haveres do sócio pré-morto.

entrada em vigor do novo Código Civil. Por outro lado, a falta de flexibilidade geral dos dispositivos do novo Código Civil e uma certa limitação de cunho autoritário no que diz respeito às formas de capitalização das limitadas acabaram fazendo com que essas sociedades – principalmente as mais recentes, já constituídas em cumprimento ao que dispõe o novo Código Civil⁴⁵⁰ - fossem preteridas pelas sociedades anônimas, na formalização dos grandes projetos de investimento.

Entretanto, para reiterar ponto de vista anteriormente declarado, é fato conhecido que as *sociedades limitadas* também podem submeter-se aos regulamentos de boa governança corporativa, se essas sociedades exercem atividade de modo empresarial, e se pretendem zelar pelo cumprimento da *função social da empresa*.

A Constituição Federal determina, em seu art. 170, III, que constitui norma da ordem econômica brasileira a obediência ao princípio da *função social da propriedade*⁴⁵¹. Embora hoje a doutrina mais recente estabeleça que os sócios de uma sociedade empresária não têm propriamente *direito de propriedade sobre ela*, mas sim *direito de participação nela*,⁴⁵² a lei que rege o exercício do papel de

⁴⁵⁰ Os autores do Código Civil de 2002 utilizaram a a mesma nomenclatura adotada por Inglês de Souza em seu Projeto, chamado o tipo societário simplesmente de *sociedade limitada*. Entretanto, em injustificável confusão, os mesmos autores limitaram a participação do investidor estrangeiro em sociedades no território brasileiro às sociedades anônimas, o que num primeiro momento de sua aplicação, gerou diversas decisões erradas por parte de vários Juízos. Por exemplo: em fins de 2008, decisão do juízo da 1.ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de São Paulo negou os benefícios da recuperação judicial a uma sociedade limitada que contava com empresa estrangeira entre seus sócios, sob a alegação de que se trataria de *sociedade comum*, tendo em vista que o novo Código Civil não permitia a constituição de outro tipo societário no Brasil, por parte de sociedade estrangeira, que não fosse a s/a.

⁴⁵¹ CF 1988: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

⁴⁵² Como esclarecem PEDREIRA, J. I. Bulhões e LAMY FILHO, Alfredo, et alii, in *Direito das Companhias*, Rio de Janeiro : Ed. GEN/Forense, 2009, p. 38. : “A expressão *participação social* é usada para significar o complexo de direitos e obrigações de uma posição de sócio. O sistema jurídico da sociedade define os direitos e obrigações integrantes da posição jurídica de sócio, que é termo das relações jurídicas internas do sistema. São modalidades de participação social a ação e a quota ou quinhão do sócio.”

acionista controlador⁴⁵³ estabelece com cristalina clareza a responsabilidade desse acionista por fazer com que *a empresa cumpra sua função social*.

A possibilidade da imposição de normas atinentes à boa governança às sociedades limitadas pode suscitar alguma perplexidade em especialistas afeitos ao estudo do direito societário, em decorrência da circunstância de que essas normas são usualmente mais discutidas em relação exclusivamente às *sociedades empresárias abertas*.

Contudo, considerando-se que o instituto da *governança corporativa* pode otimizar o desempenho da sociedade, parece razoável que se pense em sua aplicação⁴⁵⁴ como parâmetro de aferição do cumprimento, por parte da sociedade empresária, de sua função social.⁴⁵⁵

⁴⁵³ Lei n.º 6.404/76, arts. 116 e 116-A, a saber: “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e **cumprir sua função social**, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 116-A. O acionista controlador da companhia aberta e os acionistas, ou grupo de acionistas, que elegerem membro do conselho de administração ou membro do conselho fiscal, deverão informar imediatamente as modificações em sua posição acionária na companhia à Comissão de Valores Mobiliários e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de Valores Mobiliários.”(negritos adotados)

⁴⁵⁴ SOUZA, Thelma de Mesquita Garcia, “A governança corporativa não se limita a um conjunto de princípios, pode ser um instituto jurídico”, disponível no site jurídico da Bolsa de Valores de São Paulo, www.bovespa.com.br – novembro/2005: “As grandes empresas limitadas têm adotado esses princípios para evitar conflitos. A governança propõe a adoção de critérios e regras para a organização empresarial, para viabilizar uma gestão mais transparente e equânime. À medida que é implementada, evidentemente, os conflitos se reduzem. Em uma administração transparente, a possibilidade de serem cometidos abusos de poder e desvios de finalidades se reduz bastante. O conflito é inerente à natureza humana, e os interesses, via de regra, não são convergentes, são antagônicos. Com a governança corporativa a tendência é tornar estes interesses convergentes para uma causa.”

⁴⁵⁵ Convém recapitular-se que foi a Constituição Federal de 1946 que inaugurou no Brasil a função social do exercício do direito de propriedade em geral. “Art 147 - O uso da propriedade **será condicionado ao bem-estar social**. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.” (negritos adotados).Como se percebe, a intenção de fazer-se *funcionalizar socialmente* o direito de propriedade não é recente.

Quando Perlingieri⁴⁵⁶ declara que “a função social é operante também à falta de uma expressa disposição que a ela faça referência”, está autorizando ao intérprete da Constituição, assim como ao intérprete da lei civil ou empresarial, que busque estender também ao exercício da empresa as normas aplicáveis às atividades de gozo e de disposição do proprietário.

Isso porque o crescimento econômico e o bem estar geral devem preservar a qualidade de vida, respeitando a dignidade do ser humano, sob pena de não poderem ser capitulados como *bem-estar*, se não se valoram pela *medida do homem*.

Em qualquer instituição atuante na economia e na comunidade existe uma estrutura de governança, um conjunto de regras e procedimentos que norteiam as relações entre aqueles envolvidos diretamente no funcionamento da sociedade, com o intuito de fazer com que a mesma atinja seus objetivos e cumpra de forma eficiente as premissas contidas em seu objeto social.

O advento da Lei 10.406 de 2002, como já foi dito, alterou radicalmente o sistema das limitadas; a principal mudança, em termos de governança corporativa, foi uma certa limitação à autonomia da vontade dos sócios em dispor sobre suas próprias regras de governança e gestão; a antiga figura do gerente-delegado, hoje inexistente,⁴⁵⁷ permitia a centralização das decisões da sociedade nas mãos dos sócios, mantendo intimamente conexas as noções de *propriedade e gestão*, fato que acarretava uma distinção essencial entre esse tipo societário, tal como adotado no Brasil, e a tendência mundial, decorrente da chamada *managerial revolution* ocorrida na década de 50 - no pós-guerra norte-americano e europeu – de desconectar a titularidade da participação societária, da administração da sociedade empresária de grande porte.

⁴⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cico. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 1999, p. 228.

⁴⁵⁷ A razão pela qual já não mais existem os *gerentes-delegados* se deve à circunstância de esses serem, no regime anterior ao CC/2002, as pessoas naturais às quais os sócios pessoas jurídicas, quando eleitos para funcionar como administradores, delegavam a administração da sociedade limitada de então; agora, entretanto, *já não há mais administrador pessoa jurídica, nem o administrador eleito precisa ser sócio*. Assim, numa sociedade limitada que tenha apenas dois sócios pessoas jurídicas, nenhuma delas podendo legalmente exercer administração, elegerão elas um administrador pessoa física. A respeito, leia-se o art. 997 do CC/2002, que exige que a pessoa encarregada da administração da pessoa jurídica apresente ao registro seu *estado civil*, o que demonstra que tal tarefa não poderá ser exercida por pessoa jurídica.

Como já aludido, com a chamada *managerial revolution*, fenômeno ocorrido principalmente na década de 50, nos Estados Unidos, e daí espreado pelas demais economias desenvolvidas de mercado da Europa Ocidental, deu-se a chamada cisão entre o *direito de propriedade* ou titularidade do Capital Social, inerente até então ao controle das companhias abertas em geral, e o *poder de administrá-las*.

Enquanto o fenômeno histórico da Revolução Industrial caracterizou a cisão entre o capital e o trabalho, a chamada Revolução Gerencial chamou-nos à atenção a circunstância de que nem sempre o proprietário opera seus bens, havendo na realidade uma classe de profissionais que, administrando os grandes investimentos, pode vir a adquirir um *poder social* maior do que aquele do verdadeiro titular do bem, ou da participação societária.

A partir de então, foram observados de maneira crescente os movimentos em prol do chamado controle gerencial, que desaguaram nas crises enfrentadas no final do século XX e início do XXI – decorrentes muitas vezes dos excessos remuneratórios dos administradores, e da circunstância de que o controlador, satisfeito em auferir lucros cada vez maiores, acabou por se afastar do efetivo controle – melhor dizendo, da administração - dos empreendimentos.

O momento atual, contudo, é de reversão desse movimento. Como escreveu um antigo presidente do conselho do Banco Central norteamericano,⁴⁵⁸ vem ocorrendo gradualmente a substituição dos administradores profissionais – com suas remunerações altíssimas – pela figura do controlador, que não deseja abrir mão da responsabilidade de efetivamente controlar a sociedade empresária na qual investiu e de que participa. Da mesma forma, também no Brasil essa dinâmica é percebida.⁴⁵⁹

Todavia, não é só no Brasil que esse fenômeno de retorno dos controladores às suas sociedades empresárias, em substituição aos executivos contratados, se

⁴⁵⁸ GREENSPAN, Alan, que ocupou tal cargo de 1987 até 2006, in *The Age of Turbulence*, New York : Penguin, 2007, 563p. Também disponível no vernáculo, como *A Era da Turbulência. “O mundo altamente competitivo de hoje exige que cada empresa siga a orientação de um único estrategista. Submeter a estratégia de cada jogo à votação de todo o time é receita certa para a derrota.”* Rio de Janeiro : Ed. Campus-Elsevier : Rio de Janeiro, 2008, p. 418.

⁴⁵⁹ ODEBRECHT, Norberto: “Os donos estão d e volta. Depois do intenso processo de terceirização da gestão em companhias familiares nos últimos anos, o movimento se inverte bruscamente. (...)”Entrevista à repórter Miriam Kênia, sob o título O Pulso do Dono, revista Capital Aberto, fev. 2009, *apud* SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de. *Fechamento do Capital Social- Oferta Pública de Aquisição de Ações e Outras Modalidades*, Ribeirão Preto : Ed. Migalhas,2010, p. 61

tem observado. Nos Estados Unidos, em sequência à crise de 11 de setembro de 2001, muitas sociedades empresárias familiares lograram recuperar seus resultados rapidamente, pois as famílias dos donos voltaram ao comando⁴⁶⁰. E fizeram-no com maior celeridade do que ocorreu com as sociedades cujo controle societário estava pulverizado – e que, portanto, eram administradas em consonância com os critérios da *managerial revolution*, ou seja, pelos respectivos executivos.

Discute-se hoje o justificado receio de que as regras internacionais da *governança corporativa* sejam insuficientes para pautar a função social da empresa, se ocorrer de fato uma migração dos donos ou controladores para encabeçar a administração de suas sociedades empresárias, e se os respectivos Capitais Sociais permanecerem tão concentrados nas mãos de poucos, como tem ocorrido no Brasil.⁴⁶¹

Todavia, embora seja claro que um controle concentrado exclua uma pulverização maior no mercado, e portanto possa restringir a adoção das práticas de governança corporativa, é também evidente que não há em princípio qualquer contradição entre a figura de um líder empresário e a adesão a tais boas práticas.

No regime anterior das sociedades limitadas – nunca é demais reiterar, disciplinado de modo singelo e breve pelo Decreto n.º 3.708 de 1919 - ocorriam por vezes alguns abusos cometidos por sócios majoritários, que tinham, entre outras prerrogativas, a de pleitear judicialmente a exclusão do sócio minoritário do quadro social. Às vezes, dependendo do que constasse do contrato social, faziam-no até administrativamente, sem recurso ao Poder Judiciário. Com certa habitualidade, o argumento utilizado para esse fim era o da extinção do clima de harmonia entre eles (a chamada ruptura da *affectio societatis*). Por essa razão, o doutrinador Egberto Lacerda Teixeira⁴⁶² ponderou, em sua conhecida obra sobre as limitadas, sobre a conveniência de se notificar antes ao sócio, ainda que este se tornasse fosse remisso,⁴⁶³ por exemplo, pois a simples, abrupta e imediata exclusão seria inadequada⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de. Op.cit., *passim*.

⁴⁶¹ SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de. Op.cit., *passim*.

⁴⁶² TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Da sociedade por quotas*. São Paulo : Ed. Max Limonad, 1956.

⁴⁶³ Considera-se sócio remisso aquele que está em mora perante a sociedade e os demais sócios, com relação ao montante do Capital Social que subscreveu e não integralizou no prazo acertado.

⁴⁶⁴ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Op.cit., *passim*.

Atualmente, entretanto, ficou bem mais fácil efetuar-se essa exclusão, pois basta que conste do contrato social a previsão, e o registro público aceitará registrá-la, independentemente da anuência do sócio em vias de ser excluído, desde que possa ser comprovada a notificação prévia pessoal do sócio, convocando-o para a reunião ou assembléia em que isso será deliberado.⁴⁶⁵

No sistema anterior, a maioria necessária para a aprovação de quase todas as deliberações era a simples: *50% mais uma quota*. Isso significava que os sócios detentores de participações minoritárias praticamente não participavam da formação da vontade social, tendo os sócios majoritários um inequívoco e incontestável poder nas deliberações sociais, pois a detenção dessa maioria simples era suficiente para aprovação de todas as questões substanciais da sociedade.

Hoje, contudo, a situação é diferente. Para prevalecer na sociedade, o sócio deverá ter no mínimo 75%, diretamente ou por meio de alianças formadas com outros sócios. Tornou-se mais difícil, portanto, assumir o controle da limitada. Ou, se não mais difícil, certamente mais oneroso.

É verdade que remanesce para o sócio minoritário, como mecanismo de proteção, o *direito de recesso* – ou retirada. Já no tempo do Decreto n.º 3.708/1919, a solução encontrada pelos empresários do passado para certos casos de ruptura da chamada *affectio societatis* - e ratificada pela jurisprudência - foi a figura da *dissolução parcial*. O Código Civil é expresso em permitir que o sócio se retire, somente distinguindo entre a situação da sociedade por prazo determinado e aquela constituída por prazo indeterminado, hipótese em que qualquer sócio poderá se retirar, desde que notifique aos demais com 60 dias de antecedência.⁴⁶⁶ Na

⁴⁶⁵ É o que estabelece o Código Civil de 2002: “Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa. Art. 1.086. Efetuado o registro da alteração contratual, aplicar-se-á o disposto nos arts. 1.031 e 1.032.”

⁴⁶⁶ Cf. o art. 1.029 do Código Civil, aplicável às sociedades simples, mas extensível às limitadas, por força do disposto no art. 1.053, a saber: “Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.”Veja-se, também: “Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa. Parágrafo

sociedade constituída por prazo determinado, será necessária a existência de uma justa causa.

Na busca de parâmetros para tutela do minoritário, os autores do Código Civil pretenderam redesenhar a antiga *dissolução parcial*, buscando proporcionar ao minoritário o direito de retirar-se da sociedade mediante o reembolso integral de sua participação, após a apuração do valor das quotas de acordo com o balanço patrimonial da sociedade. Solução talvez desnecessária, pois a própria evolução das relações empresariais já havia determinado o surgimento da resposta para tais impasses por meio da *dissolução parcial*, sempre considerada cabível quando se tratasse de ruptura da *affectio societatis*, e que jamais dependeu do prazo de duração da sociedade. A rigor, muito pouca relação lógica há – se é que há alguma – entre o prazo de duração assinalado pelos sócios de determinada sociedade para a mesma, e a possibilidade da retirada espontânea de algum sócio.⁴⁶⁷

Uma outra mudança ocorrida recentemente na disciplina das sociedades limitadas - pelo menos para aquelas de grande porte⁴⁶⁸ - se deu com relação à publicidade de seus atos. Hoje, algumas limitadas optam por manter um compromisso legal com a divulgação de informações (*disclosure*) e a prestação de contas, aliada à responsabilidade pelos resultados por parte de administradores e sócios (*accountability*), sendo esses os pilares da governança corporativa. De sorte

único. Nos trinta dias subseqüentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.”

⁴⁶⁷ É evidente, por tal motivo, que o legislador somente utilizou esse parâmetro porque estava dominado pela noção básica da antiga sociedade civil, atualmente a sociedade simples, de índole personalista – e porque desconhecia inteiramente a evolução do Direito Empresarial.

⁴⁶⁸ Miguel Reale considera que seriam sociedades limitadas de grande porte aquelas com muitos sócios, como se percebe de seu texto, transcrito na Nota n.º 179. Evidentemente, há um engano nessa opinião, uma vez que a quantidade de sócios não é nem nunca foi parâmetro exclusivo para dimensionar a sociedade. Ao contrário, com a edição da Lei n.º 11.638/2007, a definição de sociedades de grande porte, limitadas ou não, é a de que, sendo uma sociedade ou um conjunto de sociedades sob controle comum que possua, no exercício social anterior, ativo total superior a R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais). Pelo art. 3.º dessa lei, aplicam-se a tais sociedades as disposições da Lei n.º 6.404/76 sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários. Há de se observar, todavia, que o conceito de *controle comum* adotado pela norma em questão não é necessariamente coincidente com o do arts. 116 e 116-A da Lei n.º 6.404/76. Como a Lei n.º 11.683/2007 se refere a sociedades que podem ser de grande porte, mas não adotam a forma jurídica de sociedades por ações, o entendimento inicial de grande parte da doutrina foi no sentido de adotar-se, para definir controle, não propriamente os arts. 116 e 116-A da lei das S/A, mas o disposto no art. 1.098 do Código Civil. Esse foi o entendimento de FRANÇA, Erasmo Valladão A e N. E ADAMEK, Marcelo Viera von, in *Sociedades de Grande Porte (Lei n.º 11.38/2007, art. 3.º)*. Direito Tributário, Societário e a Reforma da lei das S.A. Inovações da lei 11.638. São Paulo : Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 79

que, na verdade, a governança corporativa passa por uma atitude de abertura ou *transparência* maior.

É evidente a conveniência da aplicação, por iniciativa voluntária da própria sociedade empresária, de tais regras de boa governança, quando se deseja transmitir credibilidade.⁴⁶⁹

Uma modificação feita pelo legislador do Código Civil ao modelo da sociedade limitada foi a faculdade de nela se instaurar tanto o Conselho Fiscal, órgão regulado pelos artigos 1.066 a 1.070,⁴⁷⁰ e antes só existente nas sociedades anônimas, como o Conselho de Administração. É verdade que, não sendo formalmente proibidos, esses órgãos *sempre puderam ser criados na limitada* - a despeito da inexistência de previsão legal – de sorte que a inovação não foi, assim,

⁴⁶⁹ Com relação à obrigatoriedade de publicação, vale notar que, em decisão (tutela parcialmente antecipada) do juízo da 25ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo, nos autos da Ação Ordinária nº 2008.61.00.030305-7, movida pela Associação Brasileira de Imprensa Oficial – ABIO, em face da União Federal (em razão do Ofício Circular n.º 099/2008, expedido pelo DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio, pelo qual referido órgão exonerava as grandes limitadas empresárias de publicarem suas demonstrações, tornando facultativo esse procedimento) foi determinado que as sociedades de grande porte, qualquer que seja sua forma jurídica, estão sujeitas ao regime de escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, e à obrigatoriedade de auditoria independente, próprios das sociedades por ações.

⁴⁷⁰ CC/2002: “Art. 1.066. *Sem prejuízo dos poderes da assembléia dos sócios, pode o contrato instituir conselho fiscal composto de três ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, residentes no País, eleitos na assembléia anual prevista no art. 1.078. § 1º Não podem fazer parte do conselho fiscal, além dos inelegíveis enumerados no § 1º do art. 1.011, os membros dos demais órgãos da sociedade ou de outra por ela controlada, os empregados de quaisquer delas ou dos respectivos administradores, o cônjuge ou parente destes até o terceiro grau. § 2º É assegurado aos sócios minoritários, que representarem pelo menos um quinto do capital social, o direito de eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente. Art. 1.067. O membro ou suplente eleito, assinando termo de posse lavrado no livro de atas e pareceres do conselho fiscal, em que se mencione o seu nome, nacionalidade, estado civil, residência e a data da escolha, ficará investido nas suas funções, que exercerá, salvo cessação anterior, até a subsequente assembléia anual. Parágrafo único. Se o termo não for assinado nos trinta dias seguintes ao da eleição, esta se tornará sem efeito. Art. 1.068. A remuneração dos membros do conselho fiscal será fixada, anualmente, pela assembléia dos sócios que os eleger. Art. 1.069. Além de outras atribuições determinadas na lei ou no contrato social, aos membros do conselho fiscal incumbem, individual ou conjuntamente, os deveres seguintes: I - examinar, pelo menos trimestralmente, os livros e papéis da sociedade e o estado da caixa e da carteira, devendo os administradores ou liquidantes prestar-lhes as informações solicitadas; II - lavrar no livro de atas e pareceres do conselho fiscal o resultado dos exames referidos no inciso I deste artigo; III - examinar no mesmo livro e apresentar à assembléia anual dos sócios parecer sobre os negócios e as operações sociais do exercício em que servirem, tomando por base o balanço patrimonial e o de resultado econômico; IV - denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à sociedade; V - convocar a assembléia dos sócios se a diretoria retardar por mais de trinta dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes; VI - praticar, durante o período da liquidação da sociedade, os atos a que se refere este artigo, tendo em vista as disposições especiais reguladoras da liquidação. Art. 1.070. As atribuições e poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal não podem ser outorgados a outro órgão da sociedade, e a responsabilidade de seus membros obedece à regra que define a dos administradores (art. 1.016). Parágrafo único. O conselho fiscal poderá escolher para assisti-lo no exame dos livros, dos balanços e das contas, contabilista legalmente habilitado, mediante remuneração aprovada pela assembléia dos sócios.”*

tão relevante como se poderia supor. Na prática, como já mencionado, as limitadas trazidas pelo Código Civil são engessadas por regras antiquadas e que só complicam sua aplicabilidade ao mundo empresarial. Isso porque, devido à conhecida criatividade dos comerciantes ou empresários, sempre houve a possibilidade, nos institutos por eles adotados, para que os mesmos os modificassem a seu bel-prazer e segundo suas conveniências - a única restrição sendo que nunca o fizessem com relação a determinado aspecto já detalhadamente regulado em lei.

Da mesma forma, a recente extinção da figura do *gerente-delegado*⁴⁷¹, que, como já mencionado anteriormente, decorria da exclusividade antes vigente para as funções de administrador da limitada, sempre outorgadas a *um de seus sócios*.

Os administradores da limitada são agora obrigados a elaborar demonstrações financeiras e prestar contas de sua gestão⁴⁷². Trata-se de exigência expressa do novo Código Civil, que aproxima as limitadas às sociedades por ações.⁴⁷³ Na verdade, sempre houve a obrigação de as limitadas declararem ao Fisco seus proventos, de sorte que sempre existiu essa obrigação de levantar Balanços e Demonstrações Financeiras. Contudo, isso era feito de modo menos formal, sem necessariamente a convocação de uma reunião de sócios para formalizar a aprovação dos demonstrativos assim levantados.

Em virtude da Lei n.º 11.638/2007, as sociedades *limitadas de grande porte* se vêem hoje sujeitas à obrigação legal de escriturar e elaborar demonstrações financeiras semelhantes àquelas elaboradas pelas sociedades por ações. E, além disso, à auditoria independente, realizada por auditor registrado na Comissão de

⁴⁷¹ Sobrevinda com a entrada em vigor do CC/2002.

⁴⁷² Veja-se o que determina o CC/2002: “Art. 1.078. A assembléia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de: I - tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico; II - designar administradores, quando for o caso; III - tratar de qualquer outro assunto constante da ordem do dia. § 1º Até trinta dias antes da data marcada para a assembléia, os documentos referidos no inciso I deste artigo devem ser postos, por escrito, e com a prova do respectivo recebimento, à disposição dos sócios que não exerçam a administração. § 2º Instalada a assembléia, proceder-se-á à leitura dos documentos referidos no parágrafo antecedente, os quais serão submetidos, pelo presidente, a discussão e votação, nesta não podendo tomar parte os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal. § 3º A aprovação, sem reserva, do balanço patrimonial e do de resultado econômico, salvo erro, dolo ou simulação, exonera de responsabilidade os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal. § 4º Extingue-se em dois anos o direito de anular a aprovação a que se refere o parágrafo antecedente.”

⁴⁷³ BORGES, Luiz Ferreira Xavier e SERRÃO, Carlos Fernando de Barros, in Aspectos de Governança Corporativa Moderna no Brasil, cit., p. 133.

Valores Mobiliários – CVM.⁴⁷⁴ Anteriormente inexistiam tais obrigações, o que provocava uma certa preocupação aos minoritários, na medida em que não tinham por vezes qualquer possibilidade de conhecer efetivamente as contas da sociedade, sem recorrer ao Poder Judiciário.

Finalmente, resta agora claro que, a exemplo do que ocorreu em outras áreas do Direito, também no âmbito da *sociedade limitada*, sobreveio a separação entre a *valoração subjetiva* do Direito privado, como expõe Giorgianni,⁴⁷⁵ e a *valoração objetiva* do mesmo.

Para Giorgianni, a evolução ocorrida no Direito Comercial demonstra que se partiu da consideração quase que exclusiva dos *sujeitos* – os comerciantes – para os atos de comércio, e, mais tarde, para o conceito de *empresa*, numa objetivação crescente, que talvez acabe por determinar uma interação exponencial entre o poder público e os exercentes das mais diversas atividades econômicas, como previa Ascarelli⁴⁷⁶.

De qualquer modo, não apenas no que diz respeito à sociedade por ações, mas também com a atual sociedade limitada, começam a distanciar-se reciprocamente as *noções de propriedade e gestão*, como ocorreu nos Estados Unidos com a chamada *managerial revolution* dos anos 50.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ “Art. 3º Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.”

Parágrafo único. Considera-se de grande porte, para os fins exclusivos desta Lei, a sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais).”

⁴⁷⁵ GIORGIANNI, Michele. O Direito privado e suas atuais fronteiras. *Separata da Revista dos Tribunais*, n.º 87, v.747, janeiro de 1998, p. 35-55

⁴⁷⁶ ASCARELLI, Tullio. *Ordinamento jurídico e processo economico*. P.59

⁴⁷⁷ Veja-se, a propósito, PANTOJA, Teresa Cristina G. Poder de Controle versus Gerenciamento nas Estatais. Estudos APEC. *A Economia Brasileira e suas Perspectivas*, v.XXVIII, 1989, p. 165/179: “*Sinteticamente, teria ocorrido um movimento, gradual porém de intensidade crescente, no sentido da valorização do profissional administrador de empresa. Os grandes conglomerados empresariais, originariamente administrados por seus donos, passaram a sofrer a influência marcante dos técnicos e profissionais da administração que, com frequência, estavam mais adequadamente capacitados a gerenciar os recursos da empresa, do que o próprio dono. Reconhecer suas limitações e tentar superá-las contratando empregados habilitados foi um fator preponderante para a permanência de determinados grupos econômicos. Pouco a pouco, no entanto, face a u’a mobilidade grande desses profissionais - motivados por propostas mais tentadoras, provenientes dos grupos concorrentes – e em razão, também, da própria necessidade de fixar o profissional na empresa até então familiar, obtendo a segurança de sua lealdade, começaram a surgir certas formas peculiares de contratação desses técnicos. As stock-options, as partes beneficiárias, os bônus de subscrição, etc., tiveram grande aplicação nesse período. Começou, assim, a haver uma crescente participação do antigo*

O distanciamento entre a propriedade e a administração ou gestão foi retratado abundantemente por diversos autores, europeus e norteamericanos. No primeiro grupo estão Savatier,⁴⁷⁸ Ripert⁴⁷⁹ e Milhaud.⁴⁸⁰

Ascarelli,⁴⁸¹ tratando do tema, levanta até um problema mais intrincado, lembrando que aqueles que concorrem para a formação da vontade empresarial podem eventualmente não ser os encarregados de manifestá-la a terceiros. Essa é, por exemplo, a situação das grandes sociedades empresárias.

No segundo grupo, estão Berle & Means.⁴⁸² Já no Brasil a tese foi sustentada com ênfase por Guerreiro.⁴⁸³

É verdade, todavia, que o Código Civil brasileiro não objetivou com clareza uma definição de *empresa*. Bulgarelli,⁴⁸⁴ por si mesmo e também citando Requião,⁴⁸⁵ menciona que, embora o Código Civil – à época do comentário ainda um projeto - determine que será *empresa* quem se estruturar para funcionar mediante o uso intensivo dos fatores econômicos de produção, tais como o capital, o trabalho de terceiros, os insumos, a tecnologia – na verdade o trabalho alheio não pode ser o único, ou o principal critério aferidor da empresarialidade, uma vez que se o exercente da atividade é profissional intelectual, dificilmente será empresário, ou titular de empresa.

A redação do CC/2002 não foi feliz na parte do Direito de Empresa, como se aludiu anteriormente. Há muitas contradições, e a consolidação das obrigações de

representante do setor trabalho, dentro da faixa representativa do setor capital. Paulatinamente começou a diluir-se, sob alguns aspectos, aquela barreira ancestral existente entre o detentor do capital e o prestador de serviços, ou fornecedor de mão de obra especializada. Sobreveio, também, uma crescente conscientização da função social do direito de propriedade, e da função social da empresa. Os sistemas jurídico-constitucionais da Europa Ocidental, em fase de reconstrução no pós-guerra e portanto receptáculo de maciços investimentos norte-americanos, atestam e corroboram essa evolução filosófica.”

⁴⁷⁸ SAVATIER, Jean. Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée, in *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965, passim

⁴⁷⁹ RIPERT, Georges. *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*. Paris : LGDJ 1958, passim.

⁴⁸⁰ MILHAUD,Edgard. Concentration et Communauté d'intérêt dans l'économie collective. *Revue de la Fac. Des Sciences Économ. et Sociales de Genève*, 1943, v. III.

⁴⁸¹ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado* . Ed. Saraiva : São Paulo, 1945, p. 367.

⁴⁸² BERLE, Adolph and MEANS, Henry. *The Modern Corporation and Private Property*. New York : Mac Millan Co., 1950

⁴⁸³ GUERREIRO, José Alexandre Tavares.Sociedade anônima: poder e dominação. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Industrial*. V.53, págs 72/80.

⁴⁸⁴ BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. SãoPaulo : Ed. RT, 1985, p. 407

⁴⁸⁵ REQUIÃO, Rubens. Projeto de Código Civil – Apreciação crítica sobre o Livro II - Da Atividade Negocial, *RT 478, 1975*, p. 11 e segs.

Direito Privado num só diploma acaba por se traduzir numa tarefa inglória para o intérprete do Direito, na medida em que os critérios que devem ser adotados para sua interpretação não são uniformes.

As críticas à redação do Código Civil, em especial no que diz respeito à empresarialidade, são inúmeras – e constam tanto de tratados jurídicos tradicionais, como de breves manifestações de estudiosos, acessíveis na *internet*.⁴⁸⁶

Isso porque, para interpretar normas da cidadania, consultam-se a Constituição e a doutrina. Todavia, ao interpretar normas específicas da *empresarialidade*, é preciso compreender-se - como condição precedente - toda a fenomenologia da *empresa*, para que se lhe possam imputar abrangências e leituras de natureza constitucional. Esse vem sendo o esforço desenvolvido com o presente estudo.

3.6. Governança Corporativa : Aplicação e Função

Já desde os anos 80 vêm sendo estudados, nas economias desenvolvidas, os efeitos perversos do fenômeno da globalização.⁴⁸⁷ Para contraditá-los, foi dada muita ênfase às práticas da *governança corporativa*, em diversos países economicamente desenvolvidos.

Dentre os precursores da adoção da governança, encontram-se os ingleses e os norteamericanos, responsáveis pela noção de que a governança corporativa se dá por meio do relacionamento entre vários participantes distintos, que acabam por

⁴⁸⁶ Veja-se, por exemplo, o que declaram sobre a limitada os autores WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge, e CASTRO, Rodrigo Monteiro de, em texto acessível no sítio: www.sasimplificada.com, acesso em 15.11.2012 : “ Ocorre que a forma societária a que o Código Civil chama de limitada não ostenta, entretanto, essas características e funcionalidades. É burocrática, formalista, inflexível, grandemente dirigida. Seu regramento é complexo e contraditório. A tudo isso se soma, sob clara orientação dos Tribunais e a pretexto da chamada teoria da desconsideração, o fato de não haver mais, há algum tempo, entre as limitadas, qualquer limitação de responsabilidade dos sócios. Não há quem o negue! Essa que aí está não é, portanto, na essência, a sociedade limitada. É forma societária que mata e sepulta a limitada, sem lhe dar quaisquer chances de reviver. Decreta o evanescimento de 80 anos de evolução jurisprudencial e marca o aparecimento de uma nova jurisprudência, claudicante, que tenta, em vão, remendar as mazelas da lei, mas que, apenas para mencionar um relevante exemplo, reduz os direitos das minorias à retirada e à apuração de haveres em um contexto de elevada informalidade.”

⁴⁸⁷ DEBS, Richard A Globalização no Mercado de Capitais, palestra na Inglaterra em 20.10.1986, cf. *Revista da CVM*, v.5,n.15,jan.fev.e mar.de 1987, p. 13/14..

vir a determinar a direção dos negócios da companhia, sempre observando, contudo, algumas práticas específicas.

Nelson Siffert Filho, em artigo precursor vindo a público no final dos anos 90, definia ⁴⁸⁸ a *governança corporativa* como a forma pela qual os controladores instituem mecanismos de monitoramento e controle em relação aos administradores, e fazem com que estes ajam de acordo com os interesses dos controladores.

Já a definição de Goyos Jr.,⁴⁸⁹ é a de que seria governança corporativa um esforço contínuo e organizado de acionistas e executivos no sentido de obter o melhor alinhamento de interesses possível; em razão de sua relevância para a ordem econômica, deveria ser exigida energicamente. Em 1991 foi iniciada na Inglaterra a elaboração do Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, chefiada por Adrian Cadbury; em seguida, nos Estados Unidos, foi lançado o Relatório Cadbury, em fins de 1992, levantando dados sobre o relacionamento entre empresas e investidores no mercado local.

As sociedades limitadas não emitem valores mobiliários passíveis de negociação no mercado de ações, nem carecem da governança corporativa como meio de atrair investidores externos; contudo, uma vantagem que poderia resultar da adoção de tais práticas de governança seria a busca de melhores resultados para a empresa. Afinal, com uma gestão transparente, que permita apontar-se qualquer erro cometido, e que esteja comprometida com critérios de eficiência econômica e social, a obtenção de bons resultados deverá constituir-se em consequência natural.

Dispondo de uma estrutura organizacional e administrativa mais simples do que as sociedades anônimas, e não se utilizando de todos os órgãos administrativos de que as anônimas precisam, as limitadas teriam um acesso relativamente simples às práticas da governança corporativa.

Mas tal acesso é validado pela observação de Fabio Konder Comparato, que esclarece⁴⁹⁰ que *todo poder jurídico reduz-se, em última análise, a uma função, cujo exercício se liga a um fim*. Leciona o autor que, na sociedade anônima, ela é quem

⁴⁸⁸ SIFFERT FILHO, Nelson. Governança corporativa: Padrões Internacionais e Evidências Empíricas no Brasil nos Anos 90. *Rev.do BNDES* : Rio de Janeiro, v.9, jun.1998.

⁴⁸⁹ GOYOS Jr., Durval Noronha. *Dicionário jurídico*. São Paulo : Observador legal, 2003.

⁴⁹⁰ COMPARATO, Fabio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1983, p. 393

exerce a função empresária, de sorte que ali não existem empresários como sócios, mas sim capitalistas.

Por conseguinte, a finalidade precípua dessa instituição – i.e., da sociedade anônima - seria a de satisfazer o interesse patrimonial dos capitalistas. Ocorre, entretanto, que para satisfazer esse interesse patrimonial, os capitalistas carecem de uma forma jurídica específica, na qual sua responsabilidade seja bem delimitada, e de modo geral tenha alguma limitação quantitativa.

De sorte que a *funcionalização do tipo societário ao interesse da sociedade como um todo* é o preço que devem os capitalistas pagar pela *limitação de responsabilidade*.

Limitação essa que é igualmente característica dos sócios da sociedade limitada empresária, razão pela qual parece razoável a ideia da adoção das boas práticas de governança corporativa também por estas, embora nenhum apelo façam elas à poupança do público.

Embora as regras de *governança corporativa* sejam vistas tradicionalmente como aplicáveis apenas às *sociedades abertas* – e portanto seu cumprimento só poderia ser exigido, exclusivamente, das sociedades por ações desse tipo – esse outro tipo societário disponível no ordenamento jurídico - ao qual, pela intensidade do respectivo uso na economia brasileira,⁴⁹¹ são igualmente impostas pela ordem jurídica algumas regras de boa governança,⁴⁹² muito embora não se trate de sociedade empresária aberta.

Comparato lembra que na Lei de Sociedades Anônimas o poder de controle vem bastante bem definido, assim como a *função social* que lhe é inerente, pelo simples fato de se constituir num *poder econômico*.⁴⁹³ Poder econômico, sim, pois, como já se aludiu, viceja a partir da detenção privada dos bens de produção, sendo essa, com efeito, a *summa divisio rerum* do novo Direito: a *propriedade estática*, sobre bens de consumo (isto é, um tipo de riqueza), vis-à-vis a *propriedade*

⁴⁹¹ Estatísticas divulgadas pelo Governo Federal demonstram que cerca de 98% das empresas de médio porte que são criadas no Brasil o são sob a forma jurídica de sociedades limitadas. Veja-se em www.dnrc.gov.br

⁴⁹² Veja-se, na Lei n.º 10.406/2002, o novo Código Civil, em seu art. 1.179, que trata da obrigação de levantar balanços anuais, patrimonial e de resultados, baseados na escrituração mercantil realizada ao longo do exercício, com observânciadas regras e técnicas geralmente aceitas pela contabilidade (art. 1.188 da mesma lei).

⁴⁹³ COMPARATO, Fabio Konder, in *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, citado, p.396

dinâmica, sobre os bens de produção (i.e., a capacidade de gerar muitas riquezas).⁴⁹⁴

Pode-se afirmar que a nova limitada, estabelecida pelo Código Civil, demanda um cerne⁴⁹⁵ de controle correspondente a 75 % do Capital Social; quem porventura ou propositalmente detiver tal participação, poderá controlá-la. Esse percentual elevado de participação societária equivale a um poder econômico, e tem de ser igualmente mitigado pela adoção das regras de boa governança.

Com efeito, Foucault⁴⁹⁶ ensinava que, no liberalismo, o mercado era um lugar de se formar a verdade sobre o Estado, e sobre a função de governar.⁴⁹⁷ Com a evolução de fins do século XVIII e início do século XIX, o mercado começou a ser percebido como uma suscetível de expor a verdade, ou de ocultá-la.

Agora, na emergência do século XXI, as crises que têm ocorrido na economia mundial têm sido decorrentes da falta de governança, e de uma tolerância talvez excessiva com relação ao princípio da auto-regulação dos mercados.

João Bosco Lodi⁴⁹⁸ situa a ascensão da *governança corporativa* como até certo ponto dependente dos fundos de pensão, dos administradores de ativos e dos bancos. Essa é a realidade que se verificou no Brasil, onde foi a partir do maciço ingresso dos fundos fechados de previdência privada no mercado que se verificou a necessidade do aperfeiçoamento dos institutos, na medida em que os recursos administrados por esses fundos obedecem a estritas regras de aplicação e gerenciamento, dada a característica atuarial e complexa de seus dispêndios.

Sem dúvida, é preciso que as medidas a serem adotadas sejam eficazes;⁴⁹⁹ contudo, nos Estados Unidos, por exemplo, muitos dos poderosos administradores de grandes sociedades empresárias abertas foram dispensados, na década de 90, em virtude também de uma percepção, por parte do público investidor, de que se os acionistas não se satisfaziam com a forma de administrar, não precisavam

⁴⁹⁴ COMPARATO, Fabio Konder, in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, São Paulo : Ed Forense, 1978, p. 475

⁴⁹⁵ Parafrazeando os autores franceses, que se referem ao fenômeno como “ *le noyveau dur*”

⁴⁹⁶ FOUCAULT, Michel.op.cit., passim

⁴⁹⁷ FOUCAULT ensinava que, durante os séculos XVI e XVII, o mercado funcionou como um lugar de jurisdição, na medida em que se constituía num lugar de regulamentação, definição de preço justo e sanção contra fraudes.

⁴⁹⁸ LODI, João Bosco. *Governança corporativa – a Governança da Empresa e o Conselho de Administração*. São Paulo : Ed. Campus, 2002, passim. 192 páginas.

⁴⁹⁹ LODI, op.cit.

necessariamente vender suas ações. Poderiam, ao invés, encetar movimentos para obter a substituição desses administradores relapsos ou excessivamente ambiciosos com relação à própria remuneração. Como se sabe, datam justamente dessa fase os primeiros códigos de boa *governança corporativa* – o que talvez explique a suposição de alguns, de que os administradores da época só aceitaram a imposição das regras, para não perderem seus lucrativos cargos.⁵⁰⁰

A *governança corporativa*, então, pode ser definida como o conjunto de práticas, processos, sistemas e procedimentos que visam à otimização do funcionamento da companhia, regulando em particular o relacionamento entre os acionistas e os administradores e, em geral, tutelando os direitos de todos os detentores de um interesse legítimo no funcionamento da sociedade.

Como a *governança corporativa* é tema originado em sistema jurídico distinto do brasileiro, cumpre recapitular-se preliminarmente sua origem, para a percepção adequada de suas características principais e de como ela se insere no Direito brasileiro.

Borges e Serrão⁵⁰¹ lecionam que o tema da governança corporativa, de que se ouviu falar inicialmente nos Estados Unidos, nos anos 80, ganhou notoriedade mundial com as recentes crises ocorridas naquele País. No Brasil, Lodi⁵⁰² associa o interesse pelo tema à ascensão dos fundos de pensão,⁵⁰³ dos administradores de ativos e dos bancos.

Oliveira⁵⁰⁴ esclarece que os tipos de governança corporativa existentes no mundo obedecem a três vertentes básicas: há o sistema fundado na proteção legal, de que são exemplos os mecanismos adotados nos Estados Unidos e na Grã-

⁵⁰⁰ Veja-se o que declara SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de, op. cit., p. 80: “A *globalização não é um modelo, é uma transformação, assim como a Revolução Industrial foi no passado. Se irreversível, não é imune a limitações que podem ser impostas por cada país ou por organismos e acordos internacionais. E ainda pelas condições da economia mundial: é certo que o processo sofrerá agora um refluxo...(...). Já a desregulação desordenada, induzida pelos interessados e defendida por correntes do pensamento econômico, assim como a lassidão na atividade fiscalizatória, são seus apêndices podres que acabaram atingindo, certamente, os grandes centros financeiros no andar de cima e os trabalhadores- contribuintes no andar de baixo.*”

⁵⁰¹ BORGES, Luiz Ferreira Xavier e SERRÃO, Carlos Fernando de Barros, Aspectos de Governança Corporativa Moderna no Brasil. *Revista do BNDES* : Rio de Janeiro, v.12, n.24, p.111/148, dez. 2005.

⁵⁰² LODI, João Bosco. *Governança corporativa: o governo da empresa e o conselho de administração*. Rio de Janeiro : Campus, 2000. 189 p.

⁵⁰³ Tanto os estatais, fechados, como os abertos, que veem suscitando o interesse da classe média na medida em que a expectativa de pensionamento público ou estatal vem-se reduzindo.

⁵⁰⁴ OLIVEIRA, Claudia. Avaliação das Boas Práticas de Governança Corporativa no Brasil. Rio de Janeiro : *Cadernos Discentes COPPEAD*, n.3, p.18/31, 2000.

Bretanha. Nesses países, as participações detidas pelos acionistas são em geral bastante pulverizadas, de um lado, e as próprias bolsas de valores são bastante antigas e eficazes em sua verificação das negociações ocorridas; a maior preocupação é com o *insider trading*, e portanto há um grande controle sobre as estatísticas das negociações havidas, assim como sobre a *disclosure* de informações privilegiadas.

Há, também, o sistema fundado nos grandes bancos e nos grandes investidores: é o modelo alemão, adotado na Europa Ocidental e também no Japão. Nesse modelo – nipo-germânico – as participações societárias são de mais longo prazo, e a propriedade fica mais concentrada na mão de poucos. Sua prioridade, ao invés de ser a de obter um valor máximo de remuneração para o acionista – como é o caso do sistema norteamericano e inglês – acaba sendo a de conciliar *dois interesses geralmente antagônicos*: o dos acionistas e o dos legítimos interessados na sociedade empresária - seja por serem seus clientes, seus empregados ou por deterem outra qualquer condição que legalmente os legitime.

Recentemente, nos Estados Unidos, diversos livros foram lançados, para tentar explicar os efeitos da grande crise econômica internacional surgida em 2008, e as perspectivas a partir daí.⁵⁰⁵

Na grande maioria deles, recomenda-se o incremento da regulamentação governamental sobre o funcionamento dos bancos e das grandes sociedades empresárias abertas. Com efeito, aumentaram muito as proibições a determinadas operações até então usuais naquela economia; todavia, trata-se de sistema jurídico distinto do brasileiro.

Com a crise, passou a ser de extrema importância a conservação da empresa. As regras impostas pela maioria dos países foram determinativas, imperativas. Já no Brasil, algumas regras novas tiveram de ser aplicadas a circunstâncias antigas. Tal foi a reforma da antiga Lei de Falências – Decreto-lei n.º 7.661/1945 – já no atual século substituída pela Lei de Recuperação de Empresas, n.º 11.101, de 2005.

⁵⁰⁵ Veja-se, por todos: SOROS, George, *The Crash of 2008 and what it means*. New York : Ed. Public Affairs , 2009

Borges e Serrão⁵⁰⁶ relatam que, na Itália, a *governança corporativa* surgiu por ocasião da batalha da aquisição da Telecom Itália pela Olivetti – que teria feito uma oferta hostil por 48 bilhões de dólares e quinhentos milhões; em seguida, com o Comitê Draghi e a modernização da Bolsa de Milão, o capitalismo familiar italiano foi sendo substituído por um modelo mais contemporâneo.

Na França, relatam também aqueles autores que, entre outras medidas, foi reduzido para apenas cinco o número de cargos que um determinado conselheiro pode ocupar, em diferentes companhias abertas; isso significou um melhor desempenho dos administradores e um mercado mais sadio.

Também a Lei n.º 11.079, de 2004 – Lei das Parcerias Público-Privadas também chamadas de PPP's – menciona a conveniência da adoção de uma boa governança, muito embora se trate de norma relativa à concessão de serviços públicos. Curiosamente, para a implementação das PPP's exige-se a constituição de uma *sociedade de propósito específico* – apelada de SPE – mecanismo que foi utilizado, no passado, para ocultar grandes investimentos – e os riscos decorrentes deles – dos acionistas minoritários de enormes companhias abertas (por exemplo, a Enron) . Agora, porém, a SPE não apenas deverá ser gerida dentro de critérios de boa governança corporativa, como deverá ter seus números – e suas demonstrações financeiras – consolidadas nas demonstrações da companhia investidora, por regulamentação da CVM.⁵⁰⁷

No Brasil, como é sabido, há um grande número de sociedades empresárias controladas por famílias, mas há também uma forte atuação, no mercado, dos fundos de pensão. Com isso, e com as privatizações dos anos 90, passou a haver um ingresso substancial de capitais estrangeiros, e também se passou a perceber, com certa frequência, o fenômeno do *controle compartilhado*.

⁵⁰⁶ BORGES, Luiz Ferreira Xavier e SERRÃO, Carlos Fernando de Barros. Aspectos de Governança Corporativa Moderna no Brasil. *Revista do BNDES : Rio de Janeiro*, v.12, n.º 24, p.111-148, dez. 2005.

⁵⁰⁷ Quando o parceiro da Administração Pública assumir *parcela relevante dos riscos* (demanda, construção e disponibilidade), consistindo naquilo que exceder a 40% (quarenta por cento) do valor total do projeto, deverá então contabilizar o ativo da SPE como ativos em seu balanço, em contrapartida à assunção de dívida de igual valor decorrente dos riscos que o parceiro público estiver a assumir. Por sua vez, as garantias de pagamento concedidas por fundos ou sociedades garantidoras, poderão ser registradas como '*conta redutora das obrigações pecuniárias*' contraídas pelo parceiro público em contratos de PPP. A constituição de fundo garantidor de PPP pelo parceiro público deverá ser registrada contabilmente como *investimento*, observados os procedimentos registraes pertinentes às participações societárias.

Esses parecem ter sido os fatores responsáveis pela gradual adoção das regras de *governança corporativa*, somados ao crescente grau de profissionalização dos administradores de ativos.

3.7. Governança Corporativa, Certificação Internacional e Autorregulação

Em 1970, a Organização das Nações Unidas deu início a uma primeira tentativa de regular e sistematizar a atuação das sociedades empresárias *multinacionais* - também apelidadas, na época, de *transnacionais*. Esse esforço decorreu do fato de que a existência de vários investimentos diretos de certas sociedades empresárias de grande porte, situadas em determinado país, em empreendimentos situados em país diverso, acabou por ensejar regras que garantissem à investidora condições mínimas de economicidade – ou lucratividade – e, de um modo geral, segurança quanto ao retorno de seus investimentos.

Em 1976, por sua vez, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que congrega as maiores economias desenvolvidas, fez publicar seus princípios orientadores do adequado funcionamento das sociedades empresárias multinacionais.

Em 1977, a Organização Internacional do Trabalho – OIT trouxe a público a Declaração Tripartite de Princípios Voltados para a Regulação da Atuação das Empresas Multinacionais. Muitos dos acordos exigidos dos países onde viria a ser realizado o investimento, então, começaram a ser vistos de forma mais crítica.⁵⁰⁸

A partir dos anos 2000, duas dessas organizações internacionais começaram a incluir também, além de princípios de preservação ambiental, algumas regras atinentes aos direitos humanos. Toda essa regulação internacional, entretanto, é categorizada pelos especialistas como *soft law* – ou seja, são princípios genéricos, orientadores mas desprovidos de sanções específicas. Pode-se considerar que, no

⁵⁰⁸ Veja-se o que se extrai do relatório *Os Investimentos das Multinacionais no Brasil – Panorama Histórico, Tendências Recentes e o Desafio do Desenvolvimento com Promoção de Direitos*. Observatório Social. Disponível em <http://www.observatoriosocial.org.br/download/ied-br.pdf>, capturado em dezembro de 2011. “ Não se pode que exista uma relação direta entre precarização de direitos e atuação das empresas multinacionais. Na maioria dos setores produtivos, as empresas multinacionais não vêm para o Brasil com o objetivo de burlar direitos sociais, trabalhistas e ambientais. (...) mas a mera existência de investimento não assegura o pleno respeito dos direitos.”

meio empresarial, esses regramentos internacionais seriam como que normas amplas de *responsabilidade social corporativa*, ou *corporate social responsibility*.

Contudo, há uma ausência de *regulamentação internacional efetiva*, para os investimentos diretos - contrariamente ao que ocorre com as tradicionais operações comerciais internacionais, tais como a compra e venda, que são objeto de cláusulas padronizadas também tradicionais, além de acordos e tratados como o que criou a Organização Mundial do Comércio – OMC. Essa ausência acaba por acarretar uma grande quantidade de operações detrimenais aos direitos dos trabalhadores e aos direitos humanos em geral. Vale dizer que, não cerceadas por obrigações multilaterais restritivas, as operações de investimento direto de origem multinacional se praticam sem grandes limites. Daí porque o item de maior realce no relatório da UNCTAD⁵⁰⁹ para o ano de 2006 foi *a busca de um marco regulatório seguro*, em especial para a produção e o investimento em *commodities*.⁵¹⁰

Embora inexista, como visto acima, mecanismo internacional para controle qualitativo do funcionamento das sociedades empresárias, o que se soma à falta de regulamentação relativa ao investimento internacional direto – como se viu – entretanto há mecanismos adotados nacionalmente por diversos sistemas jurídicos, que acabam por permitir um certo controle das atividades desenvolvidas pelas grandes sociedades empresárias. É a *governança corporativa* que edita normas específicas para o adequado funcionamento das sociedades empresárias; embora a adesão às suas regras seja de um modo geral facultativo, esse é um procedimento que contribui para uma boa imagem pública das sociedades que o adotam.

Além da *governança corporativa*, um outro critério de depuração da qualidade na atuação dos participantes do mercado mundial - vindo à baila com a globalização e o crescente cuidado com os consumidores, que são parte essencial desse mercado - é a *certificação internacional*. Baseada em mecanismos singelos que por vezes abrangem a verificação de origem, e em outras ocasiões demandam uma auditoria de processos produtivos, assim como um exame dos meios de transporte e

⁵⁰⁹ *United Nations Conference on Trade and Development*

⁵¹⁰ Denominam-se *commodities* – plural, no idioma inglês, do termo *commodity* - as mercadorias que são comercializadas internacionalmente em grande escala e usualmente *in natura*, ou mediante modesto processo de beneficiamento; seus preços se sujeitam à oferta e à procura, e são cotados na Bolsa de Mercadorias – ou Gêneros - de Londres. Sendo metais, sua cotação ocorre pela *LME – London Metals Exchange*. São exemplos de *commodities*: café, ouro, petróleo, energia, cobre, minério de ferro, laranja, soja, e tc.

armazenagem de produtos, a *certificação internacional* tem crescido bastante - e uma de suas consequências mais notórias é o inegável benefício que acarreta para o consumidor em geral.

A organização internacional encarregada de promover a padronização de produtos é a *ISO – International Standardization Organisation*, criada em 1947 em Genebra, na Suíça, abrangendo 170 países e contando com 67 comitês técnicos. Dentre os tipos de classificações emitidas pela ISO, encontram-se: normas técnicas – como, por exemplo, as da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas; categorizações – como os códigos de países, tais como BR para Brasil ou CO para Colômbia; normas de procedimento - como as de gestão da qualidade, objeto da ISO 9000.⁵¹¹

Um exemplo desses *mecanismos de certificação* está no chamado *selo verde* – ou *rotulagem ambiental* - que é uma autenticação de origem de produto feita mediante *autodeclaração*.⁵¹² Há selos verdes voluntários, de três tipos ou graus: para o selo verde ISO Tipo I, há programas de certificação, baseados em critérios de diversas origens e cujas conclusões são verificadas por um terceiro confiável; para o selo verde ISO Tipo II, há autodeclarações feitas por produtores, importadores, distribuidores e comercializadores de determinados produtos, sem todavia uma validação por parte de terceiro; já para o selo verde ISO Tipo III, há dados estatísticos e informações previamente quantificadas sobre determinado produto, baseadas em verificações independentes e que levam em conta seu ciclo de vida útil.

Os critérios adotados nessas certificações – mesmo que elas sejam voluntárias – devem ser baseados em levantamentos de estoque e em informações claras e confiáveis; esses critérios devem ser, ainda, reciprocamente independentes; não se pode discriminar contra regiões, produtos nem produtores; o sistema de aferição deve ser transparente, aberto e deve contar com uma participação ativa das universidades e de terceiros interessados.

⁵¹¹ Maiores detalhes disponíveis na internet, no sítio : www.iso.org.

⁵¹² Veja-se no link http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1283450317.pdf, acessado em 20.08.2012, uma descrição dos mecanismos denominados de “selo verde”, numa apresentação feita por FOELKEL, Celso; JULIANI, Antonio José; LADVOCAT, Guy; e MOURA, Afonso, para o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior do Governo brasileiro.

Além dessas formas, que como já se disse são eminentemente voluntárias, há outros mecanismos que se tornam obrigatórios, uma vez que são impostos pelas autoridades regulatórias de determinado país. Assim, podem ser certificações obrigatórias as seguintes: declarações de conteúdo – por exemplo, no caso de alimentos embalados industrialmente; informações sobre uso e disposição final – como, por exemplo, no caso das pilhas elétricas; advertências as mais diversas – por exemplo, rótulos apostos aos maços de cigarros, ou bulas, advertindo para contraindicações, no caso de medicamentos; atestados gerais de conformidade.

No âmbito da atividade madeireira, por exemplo, há um selo verde que é outorgado pelo *Forest Stewardship Council*, o FSC.⁵¹³ Esse selo pode ser reconhecido internacionalmente pelos consumidores de madeira e produtos derivados, como móveis e estruturas para a construção civil. Dessa forma o eventual comprador pode estar certo de haver adquirido um produto que não agride as florestas, em especial as tropicais – onde ainda há madeira valiosa em quantidade.

O *selo verde* surgiu a partir da crescente preocupação ambiental dos consumidores, principalmente os do mercado europeu. Foi quando governos e organizações não governamentais (ONGs) de vários países formularam um conjunto de normas para regular o comércio de produtos provenientes das florestas tropicais, por meio de acordos internacionais; ficou então definido que as madeiras credenciadas com o *selo verde* deveriam comercializar apenas produtos retirados das florestas de forma ambientalmente correta e enquadrados num plano de manejo certificado por organismos internacionalmente reconhecidos, como o FSC.

Todos esses mecanismos – tanto o selo verde como os critérios da ISO 9000 – são, na realidade, resultado de exigências cada vez mais intensas feitas pela população, no sentido de sua própria proteção, enquanto consumidora; e vistas como razoáveis e justificáveis, por parte das sociedades que exploram a indústria, o comércio ou a prestação de serviços de modo empresarial.

Hoje, os consumidores já não mais possuem aquela antiga ingenuidade de supor que quem lhes vende determinado alimento está necessariamente motivado pela melhor das intenções, com relação à saúde de quem o ingerirá. A economia de mercado possibilitou que o crescimento das sociedades empresárias ocorresse em

⁵¹³ Associação de produtores de madeira nos Estados Unidos.

escala macroeconômica; e aquele relacionamento pessoal tradicional, entre o dono do estabelecimento comercial e o consumidor de seus produtos, já há muito tempo está superado.

Todavia, é o *métron*⁵¹⁴ do ser humano que os diversos sistemas jurídicos estão agora tentando resgatar – porque da impessoalidade da grande escala econômica de produção e circulação de bens e serviços é que surgem os descuidos, os desmandos, a sofreguidão desenfreada na busca do lucro.

De sorte que às regras de *governança corporativa*, aplicáveis às grandes sociedades por ações abertas, somam-se na contemporaneidade as *certificações de origem e controle de processos produtivos*, convergindo todos esses fatores para um cuidado maior com o ser humano.

Isto é: à adoção crescente das certificações e das regras de governança se somou uma crescente exigência de eficiência, e uma inexorável intensificação da responsabilização desses atores do proscênio empresarial global.

Sem dúvida, essa responsabilização, por sua vez, acaba funcionando como indutora da conscientização - por parte dos investidores em geral - de que só com transparência e boas práticas, vale a pena correr-se o risco de aplicar recursos no mercado; cria-se, assim, um círculo virtuoso. E é um círculo que, como mencionado, começa pela espontânea adesão a variadas regras de sustentabilidade.

Essa realidade se dá tanto na ordem jurídica brasileira, como alhures. Carlos Henrique Abrão,⁵¹⁵ discorrendo sobre novos aspectos do Direito de empresa, pondera que esse ramo do Direito se associa, por interconexão, aos valores do Direito econômico, financeiro e da seguridade social, na medida em que a *preservação da empresa visa sobretudo ao equilíbrio das relações do capital com o mercado e os próprios empregados*. Embora esse seja um aspecto com o qual a grande maioria da doutrina concorde, todavia o autor, em seguida, pondera que há hoje no Direito brasileiro um grande desafio, que seria o de remodelar os estatutos

⁵¹⁴ Do idioma grego, significando *a medida*. Na mitologia grega, diversas penalidades eram infligidas ao ser humano que perdia seu *métron*, ou seja, a noção de sua própria medida. Leia-se, a respeito, BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega*. V.III Petrópolis: Ed. Vozes, 20.^a ed., *passim*.

⁵¹⁵ ABRÃO, Carlos Henrique. *O Novo Direito Empresarial*. Artigo publicado em 15.07.2011 no periódico Valor Econômico. Acessível na rede mundial de computadores, no endereço adiante transcrito: <http://4mail.com.br/Artigo/ViewFenacon/008150000000000>, capturado em 02.08.2012.

empresariais por meio da edição de um novo Código. Essa segunda opinião não é, contudo, a majoritária.⁵¹⁶

De fato, em estudos recentes, percebe-se uma tendência ao mecanismo da *autorregulação*. Mary L. Schapiro,⁵¹⁷ ex-administradora da *Securities and Exchange Commission* – SEC norte-americana, chegou a declarar que os padrões autorregulatórios, ao contrário das normas expedidas pelos Governos, poderiam até mesmo ir além do meramente jurídico, de encontro ao ético.

A opinião é interessante, quando se sabe que, em sequência aos escândalos surgidos com a Enron, a Worldcom etc., no início da década de 2000, nos Estados Unidos, os congressistas aprovaram a *Lei Sarbanes-Oxley* – apelidada de Sox – que, mesmo num país de *common law* – e portanto dotado de relativamente poucas normas positivadas – foi cogitada e promulgada com o objetivo duplo de promover a confiança dos investidores e também fazer com que o público em geral passasse a receber maiores informações sobre possíveis fraudes cometidas pelas grandes sociedades abertas.⁵¹⁸

Vem daí a expressão inglesa *whistleblowers* (sopradores de apitos), utilizada para designar aqueles que, em boa fé e sem violar sigilos profissionais, nem segredos industriais, alertam ao mercado sobre atos fraudulentos.

Na realidade, a lei norte-americana Sarbanes-Oxley tenta regular situações que os próprios estudiosos da *common law* prevêem como insuscetíveis de regulamentação pela via da normatividade estatal. Por exemplo, a lei veda a que uma sociedade empresária demita, demova, suspenda, ameace, assedie ou de qualquer outro modo discrimine contra algum empregado que tenha *soprado algum apito* (ou seja, tenha alertado o mercado sobre alguma fraude). Todavia, os próprios autores norte-americanos advertem que um superior, agindo de má-fé, pode conseguir causar diversos problemas para tal empregado – tais como deixá-lo num

⁵¹⁶ Tanto assim, que o Projeto de Lei n.º 1572, de autoria do Deputado Vicente Cândido, consistindo de um prolixo projeto de novo Código Empresarial, com mais de 600 artigos, tem sido fulminado em diversos fóruns de discussão como despiciendo, em época de prevalência dos microsistemas.

⁵¹⁷ SCHAPIRO, Mary L. Depoimento feito ao Comitê Investigativo do Senado Norte-americano sobre Títulos e Valores emitidos em Atividades Bancárias, de Habitação e de Urbanismo em maio de 2007, *apud* AYRES, Ian and BRAITHWAITE, John, *Responsive Regulation - Transcending the Deregulation Debate*. London : Oxford University Press, 1992, p. 158

⁵¹⁸ A informação vem na obra coletiva *Corporate Governance – Law, Theory and Policy*. Durham, NC : Carolina Academic Press, 2004. BAYNES, Leonard M., in *Just Pucker and Blow? An Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act*, p. 230/234.

canto, sem tarefas, mas todavia tendo de cumprir horários - sem que tal atitude seja vedada pela lei. Isto ocorre porque a *common law* – sendo um direito essencialmente não-positivado - não contém detalhados regulamentos sobre relações trabalhistas, por exemplo.

A partir dos anos iniciais do atual século, nas ordens jurídicas pautadas pela *common law*, os conflitos e contradições inerentes à necessidade ou conveniência de regular matérias que até recentemente vinham sendo deixadas ao critério dos investidores, numa perspectiva de livre mercado, fizeram com que se imaginasse que permitir-se a autorregulação do mercado talvez fosse uma boa solução. Entretanto, a urgência decorrente da simultânea percepção de que *o meio-ambiente* carece de uma proteção mais eficaz do que aquela que lhe tem sido dada ao longo dos anos, internacionalmente, suscitou um sem-número de artigos, ensaios, propostas e discussões relativas à necessária articulação entre as políticas aceitáveis de investimento internacional e os princípios atinentes à defesa do meio-ambiente. Não sem razão, diversos autores trabalham atualmente sobre o tema⁵¹⁹.

A despeito desses trabalhos, a adoção das normas de governança corporativa tem sido bastante gradual e vagarosa, na grande maioria das economias de mercado. Todavia, a crise das hipotecas *subprime* - ocorrida nos Estados Unidos em 2008 mas com repercussões em todo o mundo - demonstrou que, se por um lado não há sistema perfeito, nem há lei que consiga prever toda as situações, por outro lado alguns princípios básicos de normatividade estatal sobre o funcionamento das grandes sociedades empresárias abertas não deveriam deixar de ser emitidos, sob pena de se reiterarem os efeitos daquela crise, de poucos em poucos anos – com sérios prejuízos macroeconômicos, não apenas para aquele país, como para vários outros.

De sorte que, como expõe recentemente Comparato:⁵²⁰

“para a teoria capitalista (...) as relações econômicas se estabelecem no mercado de maneira puramente objetiva, sem se levar em conta a influência de interesses subjetivos e do poder privado. De modo análogo para a Escola Positivista, o Direito é pura realidade normativa, dentro da qual os valores éticos e os interesses particulares se diluem, tornando-se

⁵¹⁹ Por exemplo, PAVONI, R., *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law*, DUPUY, P.M. and FRANCONI, F., ed., in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 529.

⁵²⁰ COMPARATO, Fabio Konder, no prefácio ao livro de Gisela Gondin RAMOS, *Princípios Jurídicos*, cit., p. 16

desimportantes. O que importa não é saber porque tal e qual norma foi editada, mas sim se aquele que a editou tinha ou não competência formal para tanto. (...)

Na verdade, o grande avanço ético provocado pelo advento dos princípios, no campo do Direito, foi de duas ordens. Ele consistiu, em primeiro lugar, em reconhecer que o fundamento último de vigência das normas jurídicas é (...) **a consciência ética coletiva.** (...) Mas há outro grande avanço ético (...). Foi a transformação substancial da noção de Estado de Direito.(...)

É indispensável, ainda, dizer se, no caso, o direito real foi exercido de modo a não contrariar a função social do instituto (Constituição Federal, art. 5.º, XXIII)”

A chamada *autorregulação*, então, é forma de atuar que só funcionará a contento se houver alguns parâmetros iniciais básicos. Independentemente de se saber que tipo de regime jurídico pauta o ordenamento, é preciso que minimamente se possa ter um conjunto de princípios ou fundamentos que tenham feição universal e indiscutível.

Por exemplo, no que toca ao importante item da *subcapitalização*, foi editada no Brasil em 2009 a Medida Provisória n.º 472, depois convertida na Lei n.º 12.249, de 11.06.2012, que atribui certos efeitos tributários ao endividamento contraído por sociedades empresárias brasileiras, impactando a dedutibilidade dos respectivos juros quando incidentes sobre mútuos contraídos com pessoas – naturais ou jurídicas - vinculadas que sejam domiciliados no exterior em paraísos fiscais ou com tributação mais favorável do que a brasileira, para o contribuinte. Na verdade, a norma é complexa e foi necessária a edição da Instrução Normativa RFB n.º 1.154/2011, por parte da Receita Federal do Brasil, para que se pudessem compreender os critérios adotados. Mas, embora se tratando de norma tributária, ela parte do pressuposto de que há situações em que uma *subcapitalização* pode ser nociva ao interesse social como um todo, ainda que se trate do interesse estatal enquanto poder tributante.

Talvez por tal razão, Carvalhosa menciona que a empresa – significando a sociedade empresária de grande porte – tem uma óbvia função social, sendo nela

interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua “e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais”.⁵²¹

Embora a questão da *funcionalização social das estruturas empresariais* seja, como se viu, bastante complexa, por acarretar a recíproca influência de diversos atores do meio social, há três casos-referência de sua adequada aplicação, na visão da autora. Serão eles tratados a seguir.

⁵²¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo : Saraiva, 1977. V.3, p. 237

4. TRÊS CASOS-REFERÊNCIA ACERCA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

4.1. O Caso da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN

Coincidindo com a anotação feita por conceituado administrativista, no sentido de que *a função social só costuma ser exigida da sociedade empresária que contenha participação relevante da Administração Pública*, há um episódio curioso, que ilustraria muito bem a funcionalização da grande sociedade empresária.

A Companhia Siderúrgica Nacional - CSN foi constituída em abril de 1941 pelo Governo federal, e suas atividades produtivas foram iniciadas cinco anos após, em 1946. De certa forma, a implantação da CSN naquele momento se ligava ao esforço de guerra, e visava à cooperação com os aliados, que necessitavam um centro para a estratégica produção siderúrgica, que se localizasse longe do cenário europeu. Todavia, a criação da CSN veio a resultar no marco inicial da industrialização do Brasil.

Desestatizada em abril de 1993, a CSN hoje tem posição de liderança no parque industrial brasileiro e sua capacidade de produção anual alcança 5,6 milhões de toneladas, tendo aproximadamente 16 mil empregados.⁵²² A aquisição dos ativos da Heartland Steel, constituindo a CSN LLC, nos Estados Unidos, em 2001, significou o início do processo de internacionalização da CSN na fase pós-desestatização. Atualmente, a CSN possui, entre seus ativos, uma usina siderúrgica integrada, cinco unidades industriais, sendo duas delas no exterior (Estados Unidos e Portugal), minas de minério de ferro, calcário e dolomita, uma sociedade distribuidora de aços planos, terminais portuários, participações em estradas de ferro e em duas usinas hidrelétricas.

A época que antecedeu à sua desestatização, contudo, foi emblemática.⁵²³ Além de excelentes e variados trabalhos universitários sobre o tema, há também

⁵²² Fonte: www.csn.com.br/portal, na internet, acessada em 20.08.2012.

⁵²³ Veja-se, a respeito, a tese de doutoramento apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UERJ em 2006 por CORRÊA, Sílvia Borges, disponível em http://www.btdt.uerj.br/tde_arquivos/14/TDE-2007-01-03T134938Z-56/Publico/TESE_SILVIA2.pdf, acessada em 20.08.2012

livros, entre os quais um escrito pelo executivo a quem coube o encargo de presidir a na fase preparatória para sua desestatização.⁵²⁴ Os relatos disponíveis, portanto, são fartos e detalhados.⁵²⁵

A CSN sempre foi uma sociedade empresária cuja atuação tinha cunho político; primeiro, porque foi o berço do sindicalismo no Brasil; depois, porque foi a partir de certos eventos, como a grande manifestação sindical ali ocorrida em 1988, que o Partido dos Trabalhadores logrou obter a repercussão nacional que almejava.⁵²⁶

Durante certa fase de sua gestão, o executivo encarregado de privatizar a companhia lançou um programa denominado de “*Cinturão de Fornecedores*”.

O programa consistia em dar *opção preferencial aos fornecedores e prestadores de serviços locais*, situados ao redor da Usina Presidente Vargas, em Volta Redonda. A razão da preferência assim outorgada se ligava à necessidade que tivera a CSN, logo no início de sua fase preparatória para a privatização, de efetivar dispensas de pessoal em massa. Para compensar a população local pela perda do “emprego de carteira assinada”, o executivo eleito para privatizar a CSN optou por aumentar o número de cursos profissionalizantes na Escola Técnica Pandiá Calógeras - na época fomentada pela CSN - e determinou que, na contratação de bens e serviços, fosse dada prioridade aos fornecedores e prestadores locais, como uma forma de tutelar a comunidade em torno - assim ensejando o cumprimento da *função social da empresa*. Todavia, uma enxurrada de ações judiciais quase demoveu a CSN de seu louvável objetivo. Boa parte das ações se fundava na obrigatoriedade que tem uma sociedade estatal - a CSN era, à época, uma sociedade de economia mista -, de somente contratar mediante licitação.

A despeito das críticas formuladas por diversos agentes do meio social e jurídico com relação aos administradores da CSN - em função do parcial e momentâneo desatendimento à lei de licitações - e a despeito dos inúmeros processos judiciais enfrentados, todavia, o programa do *cinturão de fornecedores* imaginado por aquele executivo foi aplicado com êxito durante algum tempo e

⁵²⁴ LIMA NETTO, Roberto Procópio de. *A volta por cima*. Rio de Janeiro : Ed. Record,, 1993.

⁵²⁵ Vejam-se, entre outros, depoimentos feitos perante o CPDOC da Fundação Getúlio Vargas - FGV

⁵²⁶ Veja-se, a propósito, notícia divulgada por periódicos, na época dos fatos: http://almanaque.folha.uol.com.br/cotidiano_10nov1988.htm.

contribuiu para minimizar os efeitos, sobre a comunidade no entorno da usina, de demissões ocorridas em preparação para a desestatização.⁵²⁷

Todavia, é de se reconhecer que, sem dúvida, esse plano teria tido um sucesso maior – estaria, por exemplo, livre de qualquer acusação de ilegalidade – se houvesse sido aplicado *somente após a desestatização*. Recentemente, a própria CSN – livre há muito tempo dos entraves administrativos que no passado decorriam de sua qualidade de sociedade estatal – expõe em seu sítio de internet a intenção de criar um novo *cinturão de fornecedores* - desta feita já como companhia privada e portanto não mais sujeita à necessária concorrência pública - com a aparente motivação de propiciar ocupação econômica e reduzir os protestos da comunidade local, em torno de sua mina de ferro de Casa de Pedra, no Estado de Minas Gerais,⁵²⁸ ora em vias de ser expandida.

4.2. O Caso da VALE S.A.

Um segundo caso-referência do que significaria *uma adequada funcionalização social da grande sociedade empresária* pode ser buscado junto à Vale S.A., anteriormente denominada Companhia Vale do Rio Doce.

Reconhecidamente uma das grandes sociedades por ações, aberta, sediada no Brasil, a Vale foi constituída por decreto-lei do Presidente Getúlio Vargas, em junho de 1942, mediante a encampação de uma siderúrgica e uma mina de minério de ferro em Itabira, MG, até então detida por grupos ingleses e norteamericanos. Posteriormente, foram esses ativos incorporados à Estrada de Ferro Vitória-a-Minas, também ela particular e igualmente encampada pelo Governo Federal com vistas à formação da Vale.

De início resultante da encampação da Estrada de Ferro Vitória-a-Minas e tendo funcionado simplesmente como mina para extração do minério de ferro e

⁵²⁷ Veja-se notícia dada pelo periódico Diário do Vale, demonstrando que a supressão daquele programa de aquisições preferenciais acabou por acarretar insolvência a diversos estabelecimentos comerciais locais. Veja-se em <http://diariodovale.uol.com.br/noticias/1,51847,Fundicao-Voldac-atravessa-grave-crise.html#axzz2DH4cqCfI>, acessado em 23.01.2012.

⁵²⁸ Como se pode verificar no sítio de internet adiante transcrito, acessado em agosto de 2012: http://csna0006.csn.com.br/portal/page?_pageid=456,172399&_dad=portal&_schema=PORTAL

outros, a Vale foi, ao longo dos anos, expandindo gradualmente suas atividades até alcançar o beneficiamento e o transporte dos minérios que explorava. Passou a operar na navegação; na logística integrada de transportes; no reflorestamento e em muitas outras atividades correlatas, desenvolvendo parcerias internacionais e investindo não apenas no território brasileiro, como também no exterior. Hoje ela tem suas ações negociadas na Bolsa de Valores de São Paulo (BM&FBOVESPA), na Bolsa de Valores de Paris, na Bolsa de Valores de Madrid, na Bolsa de Valores de Hong Kong e na Bolsa de Valores de Nova York.

A Vale é a maior produtora de minério de ferro do mundo e a segunda maior de níquel, destacando-se ainda na produção de manganês, cobre, carvão, cobalto, pelotas, ferroligas e alguns fertilizantes, como os fosfatados e nitrogenados. É a maior mineradora das Américas e a segunda maior do mundo. Opera em 13 estados brasileiros e nos cinco continentes e possui mais de dez mil quilômetros de malha ferroviária e nove terminais portuários próprios. É a maior operadora de serviços de logística do Brasil.

Quando a Vale foi constituída, a lei que regia as sociedades por ações era, ainda, o antigo Decreto Lei n.º 2.627/1940. Embora a Vale tivesse sido criada como uma *sociedade de economia mista* – sendo, portanto, regida por uma lei específica – todavia sua roupagem jurídica era a de uma *sociedade por ações*.

A partir de 1976, entrou em vigor a Lei n.º 6.404 que, na regência das sociedades por ações, detalhou - com maior clareza do que jamais fora feito antes - que as obrigações dos acionistas controladores envolviam dar à sociedade uma *funcionalização social*.

Nesse contexto, obrigada a *cumprir sua função social* e administrada de forma consciente pelos representantes eleitos pela União Federal - sua acionista controladora - a Vale passou a ter, em seu estatuto social, na parte relativa à remuneração do Capital Social – art. 30 - a determinação de provisionamento de certas reservas contábeis.

A primeira delas seria a chamada *reserva de exaustão*, a ser provisionada em conformidade com a legislação fiscal então vigente.⁵²⁹ A segunda delas era uma

⁵²⁹ A origem histórica dessa reserva remonta a certas vantagens fiscais que no Canadá eram aplicadas às minas de carvão, para compensá-las pela crescente exaustão, decorrente da própria

reserva para expansão, para assegurar o desenvolvimento da companhia – sem ter de recorrer a empréstimos bancários nem a chamadas de Capital - em montante não superior a 40% do lucro líquido até o limite de 75% do Capital Social.⁵³⁰

A terceira delas, finalmente, era uma *rubrica contábil* consistindo de uma *reserva especial, para desenvolvimento da Zona do Rio Doce*, a ser investida naquela região, em consonância com as normas editadas pelo Conselho de Administração, “*em montante não superior a 8% do lucro líquido e até o limite de 5% do Capital Social.*”⁵³¹

As cifras a que esses percentuais corresponderiam seriam astronômicas nos dias de hoje – mas de qualquer modo, sempre foram muito grandes. Contudo, ao defini-las e alocá-las estatutariamente – especialmente a terceira, a *Reserva para o Desenvolvimento da Zona do Rio Doce* - a Vale dava pleno cumprimento, enquanto grande sociedade aberta, à sua *função social*.

Em 1994 houve uma modificação nos nomes pelos quais as reservas se tornaram conhecidas. Admitindo que não apenas a zona do Rio Doce era sua área de influência, os acionistas da Vale alteraram o estatuto de modo a modificar o nome da reserva destinatária de parte de seus lucros.⁵³²

Em 1997 sobreveio a desestatização da Vale. Hoje, tem as seguintes participações: em torno de 53,3% de seu Capital Social é detido pela Valepar S.A. – que portanto tem cerca de 33,6% do Capital Social total, entre votante e não-votante. Por sua vez, a constituição acionária da Valepar é a seguinte: Litel/Litela

extração dos minérios. Era chamada naquele país, como nos Estados Unidos, de *depletion allowance*. Também no Brasil se dá esse aproveitamento fiscal.

⁵³⁰ Ou seja, essa segunda reserva operava como se fosse um Orçamento de Capital, ou *capital budget*, evitando um desequilíbrio na relação existente entre o capital de terceiros e o capital próprio (ou, como se diz nos países da *common law*, *the debt/equity ratio*).

⁵³¹ O Anexo I ao presente trabalho contém o Estatuto Social da Vale S.A. vigente em 11.03.1985 – anterior, portanto, à respectiva privatização.

⁵³² Tal modificação foi aprovada pela AGE de 27.06.1994, que consta deste trabalho como Anexo II e pela qual se alterou a nomenclaturadas reservas contábeis regidas pelo art. 31 do respectivo Estatuto Social.

com 49% das ações,⁵³³ Bradespar com 17,4%,⁵³⁴ Mitsui com 15%, BNDESpar com 9,5%, Elétron (Opportunity) com 0,03%.⁵³⁵

No cálculo do controle acionário da Vale S.A., se forem consideradas como sob a influência do Governo Federal as ações detidas pela Previ - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil e pelo BNDES, ter-se-ia um resultado de cerca de 41% do capital votante como ligado ao Governo federal. No total, 65% do capital votante da Vale S.A. se encontram no Brasil.

Em preparação para a desestatização, todavia, a então acionista controladora – i.e., a União Federal, exercendo seu voto por meio da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – alterou alguns dispositivos estatutários, dentre os quais *aqueles que diziam respeito à compulsória formação da reserva para investimento nas áreas de influência da companhia*. De início circunscrita à zona adjacente ao leito do Rio Doce, onde inicialmente a companhia começou a explorar as minas, essa área de influência depois se ampliou consideravelmente, em sintonia com a ampliação da atividades da própria Companhia.

De sorte que, em 1994, *o nome da reserva estatutária destinada a contingenciar recursos para promover a atuação nas comunidades da zona de influência da companhia se modificou*, como aludido acima, em função exatamente da ampliação do escopo de sua própria atuação empresarial.

Ora, a mineração é sabidamente uma atividade que lesiona o meio-ambiente. Por um lado, é forçoso reconhecer-se que a Vale teve, ao longo das décadas, um desempenho notável - pois começou exportando um minério relativamente pouco valorizado, encontrado com grande fartura no território nacional, fazendo-o sem privilégios nem monopólios.

Porém, é preciso também admitir-se que foi graças ao seu constante empenho, à orientação estratégica de pessoas de grande criatividade e à enorme dedicação de várias gerações de empregados – que logrou instalar-se entre as maiores sociedades empresárias de todo o mundo.

⁵³³ Ambos são fundos de investimentos controlados pela PREVI - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil,, que por sua vez é o fundo de pensões e previdência privada dos empregados do Banco do Brasil S.A.

⁵³⁴ Trata-se de sociedade cujo controle é detido pelo Banco Bradesco S.A., e que administra suas participações em outras diversas sociedades.

⁵³⁵ Disponível em: www.vale.com.br. Acesso em: 19 set. 2016.

Há muitas décadas a Vale já não é mais uma simples sociedade mineradora – aliás, já não o era em 1997, por ocasião de sua desestatização. Tem, entre suas atividades estatutárias, aquelas ligadas à logística de transportes. Opera portos e atua de modo incisivo em projetos de infraestrutura.

Atualmente, vige o Estatuto aprovado pós-privatização, em setembro de 1997⁵³⁶ - de cujo art. 43, que trata da constituição de reservas contábeis necessárias antes da declaração de dividendos, constam apenas a *reserva de exaustão*⁵³⁷ e uma *reserva de investimentos* para assegurar o desenvolvimento das atividades que compõem o objeto social da companhia, em montante *não superior ao 50% do lucro líquido distribuível* até o limite máximo do Capital Social. Vale dizer que o contingenciamento de dotações orçamentárias destinadas especificamente à funcionalização social ou comunitária do exercício empresarial foi substancialmente reduzido.

Ou seja: em determinado momento, vários meses depois de sua desestatização, *desapareceu a estipulação estatutária* relativa a uma distribuição do lucro da Sociedade pelas comunidades onde a companhia vem atuando – o que é deveras lamentável, uma vez que *reduziu-se a funcionalidade social daquela companhia*.

4.3. O Caso do Banco Itaú S.A.

O conglomerado Itaú-Unibanco é uma das maiores instituições financeiras brasileiras. O Banco Itaú foi criado na cidade de São Paulo, SP, em 1943, ainda sob o nome de Banco Central de Comércio. Por sua vez, o Unibanco foi fundado na cidade de Poços de Caldas, MG, em 1924, sob a denominação de Casa Moreira Salles.

A união entre os dois bancos - aprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 18 de agosto de 2010 - se acelerou devido à crise mundial

⁵³⁶ Documento anexado ao presente como Anexo III - Estatuto Social da Vale pós-privatização.

⁵³⁷ A chamada *reserva de exaustão* constitui um tratamento fiscal aplicável às sociedades de cujo objeto social consta com realce atividade de mineração; originário do sistema jurídico adotado no Canadá, onde era chamada de *depletion allowance*, a reserva de exaustão leva em conta o fato de a sociedade estar explorando uma atividade que por definição esgotará seu principal ativo.

no sistema financeiro. Juntas, as duas instituições tinham, em setembro do ano de 2012, ativos de 575,1 bilhões de reais - contra 403,5 bilhões do Banco do Brasil, e R\$ 348,4 bilhões do Bradesco - um patrimônio líquido de cerca de 51,7 bilhões de reais e uma carteira de crédito combinada de 225,3 bilhões de reais. O lucro líquido somado dos dois bancos de janeiro a setembro de 2012 foi de 8,1 bilhões de reais.⁵³⁸

Todavia, embora tendo um desempenho brilhante em termos de lucratividade, o Banco Itaú optou por desenvolver sua *funcionalização social* indiretamente, mediante a instituição de uma *fundação* para esse fim.⁵³⁹ Uma das razões parece residir no fato de que um banco é uma instituição financeira altamente regulada pelo Banco Central do Brasil - cujo MNI (Manual de Normas Internas) determina que tipo de operação um banco pode desenvolver: seja ativamente, ou passivamente.

Além disso, os bancos, como é sabido, vêm sofrendo um controle cada vez maior no cenário internacional. Exemplo desse controle são as três recentes Convenções ocorridas em Basileia - na Suíça - e a partir das quais ficou acordado, entre outras regras, que qualquer garantia oferecida pelas instituições bancárias a seus clientes - tais como *cartas de fiança* - deveriam estar escrituradas devidamente, e efetivamente contabilizadas contra os respectivos resultados, uma vez que constituem possíveis perdas futuras.⁵⁴⁰ Os acordos de Basileia tomaram os números de I, II⁵⁴¹ e III.

⁵³⁸ Fonte: www.itaunibanco.com.br, acessado em 20.09.2012

⁵³⁹ Veja-se, no Anexo V ao presente trabalho, o estatuto da Fundação Itaú Social, disponível no link seguinte: http://www.fundacaoitausocial.org.br/arquivosstaticos/FIS/pdf/Estatuto_FIS_05052008.pdf, acessado em 03.09.2012

⁵⁴⁰ O Acordo de Capital de Basileia, oficialmente denominado ***International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards***, também designado por Acordo de Basileia ou Basileia I, foi um acordo firmado em 1988, na cidade de Basileia (Suíça), por iniciativa do Comitê da Basileia, que congrega bancos centrais de diversos países, e ratificado por mais de 100 nações. O acordo teve por objetivo criar exigências mínimas de Capital, que devem ser respeitadas por bancos comerciais, como precaução contra o risco de crédito e a excessiva alavancagem financeira dos próprios bancos. Assim, a partir desse Basileia I, por exemplo, os bancos só podem emprestar 12 vezes seu capital e reservas, ponderados pelo risco de crédito. Infelizmente mantiveram o erro inicial de 1935, quando estes limites foram primeiramente estabelecidos, de não reajustar o capital e reservas pela inflação do período. Assim uma inflação de 4% ao ano, multiplicado por 12 resulta numa queda de 48% do capital emprestável de um banco. Para muitos, teria sido esta a causa da crise da Dívida Externa do Brasil em 1982, quando a inflação americana atingiu 12%, obrigando os bancos a chamarem 144% de seus empréstimos de volta para poderem cumprir com a legislação de 1935.

⁵⁴¹ Sobre o chamado ***Basileia II***, vale notar que foi assinado em 2004 para substituir o anterior. Fixa-se em três pilares e tem muitos princípios básicos sobre contabilidade e supervisão bancária: 1. Guardar o Capital; 2. Supervisionar o desempenho; 3. Divulgar dados, para obter transparência e

Com a emergência da crise internacional de solvência dos anos 2008 – crise que sem dúvida envolveu diversos bancos internacionais, foi preciso mais uma vez atualizar os acordos de Basiléia. Surgiu, então, a chamada *Basiléia III*, conjunto de propostas de reforma da regulamentação bancária, publicadas em 16 de dezembro de 2010. E motivada pela observação de que a severidade da crise internacional se explicaria, talvez, pelo crescimento excessivo dos valores apresentados nos balanços dos bancos (e também fora dos balanços, nos *derivativos*, por exemplo), ao mesmo tempo em que caíam o nível e a qualidade dos recursos próprios destinados a cobrir os riscos.

Além disso, muitas instituições não dispunham de reservas suficientes para fazer face a uma *crise de liquidez que envolvesse todo o sistema*.

Nunca é demasiado enfatizar a importância das instituições financeiras para a vida cotidiana nas economias de mercado. A percepção resta clara, a partir da própria edição das normas apelidadas de Basiléia I, II e III.

Decorre daí a relevância do presente caso-referência, buscado junto ao banco Itaú-Unibanco. Atualmente um dos maiores conglomerados bancários do mundo, os controladores do Conglomerado Itaú *optaram por não inserir no estatuto do banco as condições de sua funcionalização social*. Ao contrário: decidiram exercer sua funcionalidade social de modo indireto, criando a *Fundação Itaú*, cujos atos constitutivos constam do Anexo IV ao presente trabalho.

Foi uma sábia decisão, na medida em que, se houvessem preferido exercitar sua função social diretamente por intermédio do banco comercial propriamente dito, teriam enfrentado algumas barreiras, em decorrência da regulamentação legal e dos acordos de Basiléia. Embora seja certo que os bancos de investimentos sujeitam-se a exigências menores do que aquelas aplicáveis aos bancos comerciais, todavia é igualmente certo que, por definição, um banco – qualquer estabelecimento bancário - não está profissionalmente preparado para gerir empreendimentos especificamente voltados à consecução de sua funcionalização social.

disciplina no mercado. É importante ressaltar que o fato de se ter de “levar a resultado” as contingências passivas – ou seja, opô-las às receitas operacionais - acaba por reduzir a remuneração dos respectivos acionistas, uma vez que certa parte do lucro suscetível de distribuição deixa de ser caracterizada como tal, devendo permanecer em carteira, à disposição de eventuais superveniências passivas.

Veja-se, então, o que consta do Estatuto Social da Fundação Itaú Social, registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de São Paulo e anexado sob o n.º IV ao presente trabalho:

“Art. 1.º - A pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por Itaúsa – Investimentos Itaú S.A., denominada FUNDAÇÃO ITAÚ SOCIAL, com sede na Praça Alfredo Egydio de Souza Aranha n.º100 – Torre Alfredo Egydio – 9.º andar - Parque Jabaquara, São Paulo (SP), CEP 04344-002, tem prazo de duração indeterminado e poderá manter dependências em qualquer ponto do território nacional.

II - OBJETO

Art. 2.º - A Fundação tem por objeto:

gerir o Programa Itaú Social, criado pelo Banco Itaú S.A. com o objetivo de sistematizar sua atuação em projetos de interesse da comunidade, de forma ampla e objetiva, apoiando ou desenvolvendo projetos sociais, científicos e culturais, nas comunicades onde o banco atua, prioritariamente nas áreas de ensino fundamental e saúde; e

apoiar projetos ou iniciativas já em curso, sustentados ou patrocinados por entidades de reconhecida idoneidade, habilitadas no Programa Itaú Social.

(....)

IV – MANTENEDORES

Art. 4.º - **O Banco Itaú S.A. é o mantenedor principal da Fundação.** As demais empresas e entidades que integram o Conglomerado Itaúsa serão eventuais mantenedoras.”

(negritos aditados)

É bem verdade, portanto, que os recursos financeiros ou patrimoniais que são dotados à Fundação Itaú *provêm do exercício empresarial do próprio banco comercial* – o que resulta claro dos estatutos da Fundação.

De sorte que, a julgar-se pelos documentos disponíveis nos registros públicos competentes, o banco *cumpra sua função social* pelo processo de dotar a fundação dos recursos necessários a que ela possa desenvolver a *atuação social e comunitária* que o banco *per se* não tem condições técnicas de realizar.

Isto porque, como se viu, operando necessariamente com recursos de terceiros e sob a tutela de normas administrativas rígidas, e – o que é ainda mais importante: lidando com *crédito*, componente essencial de qualquer economia, e com *moeda*, o único meio de pagamento de curso forçado em nosso País – os bancos estão jungidos por muitas camisas-de-força legais e regulamentares.

Este caso-referência foi responsável por uma mudança na perspectiva original do presente trabalho. Num primeiro momento, a ótica da autora tendia a excluir da categoria de *funcionalização social das empresas*, qualquer eventual

iniciativa que comportasse *uma delegação dessa atribuição* para alguma fundação, ou instituição congênere.

Todavia, após haver examinado uma multiplicidade de estatutos de companhias abertas, e após haver verificado a *praxis* do mercado, a autora do presente trabalho se convenceu de que uma adequada compensação às comunidades em meio às quais a companhia atua - e de onde ela extrai seus lucros - *será mais própria e corretamente concretizada se estiver ao encargo de entes especializados*, devendo, evidentemente, seus recursos serem providos pelas grandes estruturas empresariais, e sua administração ser realizada por indivíduos que - ao contrário daqueles que administram as próprias grandes sociedades empresárias - percebam o alcance e a relevância dessa funcionalização social.

Até nesse momento do exercício de sua função social, portanto – e especialmente nele - o preparo técnico e a especialização profissional devem ser valorizados.

5. CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS : UM PARADIGMA EMERGENTE

5.1. Perspectivas da Estrutura Contratual – a *Common Law*

Dentre os autores que pesquisaram o fenômeno da atividade empresarial no ambiente jurídico do Direito das gentes - a *common law* - Jensen e Meckling⁵⁴² podem ser tidos como os responsáveis pelo realce conferido à questão financeira no estudo da eficiência na administração de uma *corporation*⁵⁴³ - i.e., a sociedade por ações geralmente aberta - vinculando essa eficiência aos mesmos princípios que regem o *contrato de agência*, ou da representação.

Isso porque a teoria do *contrato de agência* geralmente oferece, no sistema jurídico da *common law*, solução para os problemas de legitimidade surgidos no âmbito da sociedade anônima, na medida em que os *acionistas controladores* são vistos como *contratantes de agentes* ou procuradores (que seriam os gerentes ou administradores) aos quais a administração rotineira da sociedade seria delegada.

Essa noção é inteiramente distinta, em sua origem, da ideia que prevalece no Direito brasileiro a respeito do mesmo assunto. Segundo a *teoria da agência*, assume-se que ambas as partes – i.e., os acionistas de um lado, e os administradores, de outro - teriam idêntico interesse em maximizar os lucros auferidos pela sociedade, na medida em que, fazendo-o, estariam também maximizando sua própria *utilidade funcional*, e conseqüentemente fariam jus a remunerações cada vez mais elevadas.

Entretanto, no caso dos acionistas – que são, evidentemente, os investidores – o objetivo de incrementar o montante de seu investimento se traduz *em aumentar o valor de suas participações na sociedade*, pelo óbvio mecanismo de aumentar o respectivo valor total de mercado.

⁵⁴² JENSEN, Michael C. e MECKLING, William. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4) : 1976, p.305-360

⁵⁴³ A expressão inglesa *corporation* define as *sociedades anônimas*, decorrendo daí o anglicismo da versão feita para o português da expressão *corporate governance*, traduzida confusamente como *governança corporativa*, ao invés de ficar conhecida como a *administração da grande sociedade por ações*, que seria uma versão bem mais fiel ao nosso idioma, uma vez que, no vernáculo, *corporations* seriam as sociedades por ações; e não, propriamente, corporações.

Já no caso dos administradores, aos quais é assinalado um período de gestão relativamente curto, o incremento de sua funcionalidade não significa necessariamente o aumento do valor da participação acionária do investidor, mas sim *o aumento dos ganhos de curto prazo*, na medida em que sua gestão será avaliada pelo parâmetro de haverem produzido, ou não, altos dividendos.

De sorte que há, na verdade, um *inevitável grau de conflito* entre as expectativas dos acionistas e as dos administradores por eles eleitos para a grande sociedade empresária aberta. E, além disso, ainda pode haver *a ocultação do endividamento*, ou a manipulação das demonstrações financeiras - como ocorreu nos Estados Unidos,⁵⁴⁴ em fins do século XX, com Enron, WorldCom e Tyco⁵⁴⁵ - e como tem continuado a ocorrer.⁵⁴⁶

Isso se dá pela simples razão de que qualquer *contingenciamento de perda* deve ser *trazido a resultado*, nas respectivas demonstrações financeiras. Ou seja: se há alguma previsão de perda iminente, essa futura perda deve ser quantificada, dentro do possível, e deve ser consignada nas demonstrações financeiras, com vistas a que sejam mantidos na companhia os recursos financeiros necessários ao seu enfrentamento.

É por tal motivo que - por exemplo - as demonstrações financeiras das companhias devem sempre conter *contingenciamento* de verbas para um possível pagamento de indenização, na hipótese de tramitar em juízo um processo de perdas e danos no qual a companhia figure como ré. Se tal processo ainda estiver, em determinado exercício social, na fase probatória, pode ser prematuro contingenciá-lo; mas certamente, tão logo se supere a fase instrutória do procedimento, e se

⁵⁴⁴ POSNER, Richard. *A failure of capitalism. – The crisis of 2008 and the descent into depression*. Cambridge, MA : Ed Harvard University Press, 2009, p. 247: “*The SEC budget was increased substantially between 2002 and 2003 in reaction to the commission’s having failed detect the Enron, WorldCom and other frauds that had come to light in the early years of the new century, yet it still failed to detect Madoff’s scheme.*” (Trad. livre: “O orçamento da SEC foi aumentado substancialmente, entre 2002 e 2003, em resposta à falta de detecção, por parte da referida Comissão (SEC), das fraudes de Enron, WorldCom e outras que surgiram nos anos inaugurais do novo século; todavia, ainda assim a SEC falhou em detectar o esquema de Madoff.”) .

⁵⁴⁵ SHLEIFER, Andrei, and VISHNY, Robert W. In: A Survey of Corporate Governance. *Journal of Finance*: 52(2) : p. 737-783

⁵⁴⁶ POSNER, Richard, op.cit. : “*No sophisticated investor would invest with someone who promised 10 percent a month. The typical Ponzi schemer is a charming con man who dangles promises of instant wealth before suckers.*” (Trad. livre: “Nenhum investidor sofisticado aplicaria recursos com alguém que lhe promettesse 10 por cento ao mês. O golpista que adota o esquema Ponzi é tipicamente um sujeito simpático, que acena com a promessa de riqueza imediata frente a pessoas ingênuas.”)

possa perceber que haverá risco de a companhia ter de pagar a indenização, deve o mesmo ser contingenciado, impactando dessa forma os resultados daquele exercício determinado e possivelmente até dos subsequentes.

Não foi sem razão que, nos escândalos societários havidos nas economias mais desenvolvidas entre o final dos anos 90 e o início do século XXI, houve um movimento no sentido da criação de uma multiplicidade de *sociedades de propósito específico* – SPE's - cuja instituição se deu para viabilizar financiamentos, de médio ou longo prazo, a projetos em fase de implantação. Isso porque a mecânica do *project financing* exige a constituição da SPE exatamente para permitir que os resultados do balanço das sociedades responsáveis pelo projeto em desenvolvimento não sejam impactados pelas incertezas do próprio projeto.

De sorte que, deslocando-se para a SPE qualquer incerteza, mantinham-se “limpos” os balanços das patrocinadoras, não sendo os respectivos resultados impactados desfavoravelmente pelas eventuais perdas que pudessem sobrevir às patrocinadoras, em decorrência do projeto então sendo implantado.⁵⁴⁷

Há de se notar que, quando selecionam perspectivas possíveis, ou projetos, para o desenvolvimento da sociedade empresária que gerenciam, seus administradores com frequência escolham aqueles em que vislumbrem uma melhor oportunidade de ter sucesso, ao invés de projeções em que haja um risco mais sensível de insucesso, mas também uma possibilidade muito maior de aumentar a riqueza dos acionistas.

O reconhecimento desse *conflicto inato* entre os objetivos pessoais dos acionistas e aqueles dos administradores por eles contratados gerou uma grande preocupação em minimizá-lo.

São corolários dessa preocupação alguns institutos da própria lei de sociedades por ações, como as *stock options* - opções de compra de ações⁵⁴⁸ -, utilizadas como elemento remuneratório para administradores especiais. E que acabam por permitir que o administrador (*na common law*, por vezes referido como o

⁵⁴⁷ Daí a denominação de *off-balance sheet mechanism* – isto é, mecanismos de investimentos que não transparecem nos balanços societários - , pela qual são essas operações conhecidas.

⁵⁴⁸ Veja-se art. 168, §3.º da Lei n.º 6.404/76, com regulamentações da CVM e do Banco Central do Brasil.

agente fiduciário)⁵⁴⁹ transmude sua roupagem para tornar-se, também ele, um investidor, ou pelo menos um acionista.

Após os escândalos de Enron e Worldcom, as práticas norteamericanas foram bastante alteradas com a edição da lei chamada de Sarbanes-Oxley – apelidada, à feição americana, de simplesmente “Sox”. Essa lei veio incrementar em muito as exigências de uma *expertise* específica, para que um indivíduo pudesse eleger-se para algum órgão da administração de uma companhia. E com ela passou-se a responsabilizar muito mais intensamente o administrador das companhias.

Tanto assim foi, que uma firma tradicionalmente especializada em buscar executivos para preencher cargos disponíveis no mercado - a Korn/Ferry - reportou em 2006⁵⁵⁰ que era crescente o percentual de pessoas que *rejeitavam a possibilidade* de submeter-se a um questionário elaborado com vistas a verificar sobre sua eventual compatibilidade com a *função de administrador* de uma companhia. Esse alto grau de rejeição à possibilidade de assunção da tarefa de *administrador de grandes sociedades empresárias* pode ser interpretado como uma relutância em aceitar-se a responsabilidade profissional incrementada que resulta desses novos tempos.

Na grande maioria dos sistemas jurídicos, o administrador de uma sociedade empresária tem o dever de *lealdade* e também o dever de *cuidar*. O primeiro desses deveres deve ser demonstrado inequivocamente perante os acionistas da companhia. Um membro do conselho de administração, por exemplo, não pode em princípio sentar-se no conselho de duas companhias, se ambas possuem interesses reciprocamente conflitantes.

Já o *dever de cuidar* se reflete na forma pela qual o administrador atua na sociedade. É certo que, na *common law*, inexistente propriamente uma obrigação de agir em consonância com a *função social da empresa* – o que há, naquele sistema, é um somatório de regras vagas sobre a chamada *corporate social responsibility*. A *corporate social responsibility* da *common law*, assim, parece constituir quase que uma extensão do princípio religioso do *dízimo* – contribuição voluntária dos mais

⁵⁴⁹ BERLE e MEANS, op. cit., passim

⁵⁵⁰ Pesquisar o relatório anual de 2006 no sítio da rede mundial de computadores (internet) adiante transcrito: <http://ir.kornferry.com/phoenix.zhtml?c=100800&p=irol-sec>

afluentes em prol dos menos favorecidos - e seria corolário do fenômeno da personificação do ente que atua ordem jurídica sob as roupagens da sociedade anônima.

No próprio Direito Alemão, por exemplo, é comum que as orientações genéricas de *governança corporativa* sejam denominadas (e até ali se utiliza para isso o idioma inglês) de *soft law*, na medida em que não são propriamente regras cogentes.⁵⁵¹

A questão básica se apresenta então, nos países em que vige a *common law*, sob a forma de *uma certa perplexidade*. Senão, veja-se: nos anos 90 do século passado, muitos empregados de origem racial afro-descendente instauraram diversos litígios judiciais contra várias das grandes sociedades empresárias norte-americanas. Dentre elas, a Texaco e a Coca-Cola pagaram, respectivamente, 176 e 192 milhões de dólares⁵⁵² a título de compensações, em decorrência de acordos judiciais.

Na realidade, foi muito divulgado, na época, o comentário de que se essas sociedades se houvessem antecipado ao contencioso, inaugurando de moto próprio políticas adequadas contra a discriminação racial, teriam poupado os valores que finalmente acabaram sendo despendidos nos acordos. Ou seja: naquela ordem jurídica, além de moralmente aconselháveis, o pluralismo e a política afirmativa de direitos humanos e de não-segregação acabam por parecer economicamente mais justificáveis do que a alternativa.

Para o sistema da *common law*, todavia, há uma distinção essencial entre a denominada *corporate social responsibility* - que usualmente prescinde de qualquer determinação legal, dependendo apenas das próprias sociedades empresárias; um exemplo dela seria uma doação voluntária para uma instituição de caridade - e a *responsabilidade corporativa* que é de fato *exigível juridicamente*. Nesta última categoria entraria a *vedação legal a qualquer tipo de discriminação*.

⁵⁵¹ HOPT, Klaus, diretor do Instituto Max Planck de Direito Comparado e de Direito Internacional Privado, em Hamburg, na Alemanha, em conferência proferida em 2007 na Fundação Getúlio Vargas, disponível em http://www.conjur.com.br/2007-set-14/professor_alemao_discute_governanca_corporativa_sp

⁵⁵² Fonte: WADE, Cheryl L. Corporate Governance as Corporate Social Responsibility : Empathy and Race Discrimination, .na obra coletiva *Corporate Governance - Law, Theory and Policy*, cit., p. 347

Uma característica muito interessante do sistema da *common law* é o fato de que, por ser eminentemente fundado em precedentes judiciais, ocorre ali uma inversão, em relação ao que acontece nos sistemas codificados. Por exemplo: num sistema como o brasileiro, para que alguém possa intuir se está agindo corretamente – ou não – com um seu vizinho, de cuja árvore cortou alguns galhos que se projetavam sobre seu terreno, causando-lhe sombras e sujando-o com folhas e frutos podres, bastar-lhe-á consultar a Constituição Federal, para saber que tipo de lei rege essa situação; e em seguida consultará o Código Civil. Saberá, então, que terá agido com correção, se meramente houver adotado uma atitude defensiva, cortando alguns galhos que se projetavam sobre seu imóvel, mas sem invadir o imóvel do vizinho. Por outro lado, se houver invadido e causado danos ao imóvel do vizinho, restará a este algum remédio processual, pois nos regimes de direito codificado, o *direito processual é adjetivo* em relação à gama de direitos subjetivos (substantivos) que as leis e a Constituição asseguram a todos. Trata-se, portanto, de um método de raciocínio indutivo.

Todavia, no sistema estrito da *common law*, o indivíduo inicialmente ignora se tem, ou não, o *direito substantivo*. Só pela percepção de que, de fato, lhe assiste o *direito adjetivo* – o que dependerá de uma verificação de todos os eventuais precedentes jurisprudenciais, desde a mais remota Idade Média – é que ele saberá que, tendo o *direito adjetivo* – e tendo, portanto, legitimidade para ingressar em Juízo - *tem também o direito subjetivo*. Trata-se, portanto, de um método dedutivo.

É evidente, todavia, que a *common law* já não opera de modo tão estrito - isto é, sem leis positivadas - dada a complexidade das relações jurídicas da contemporaneidade. Muitas adaptações lhe foram sendo introduzidas. Mas, essencialmente, continua sendo um sistema jurídico bastante peculiar.

Por exemplo, de um modo geral, inexistente lei inglesa que proíba o *enriquecimento sem causa*. Contudo, há precedentes jurisprudenciais que aludem à *causa curiana* de 93-91 antes de Cristo,⁵⁵³ permitindo que alguém recupere um

⁵⁵³ Citado por WATSON, Alan. *Legal transplants – an approach to comparative law*. Athens, Georgia : The University of Georgia Press, 1974, p. 49

determinado valor pago a maior numa transação envolvendo pagamento, com base no antigo preceito romano da *condictio causa data, causa non secuta*.⁵⁵⁴

Uma outra idiossincrasia do sistema da *common law* é a circunstância de que, no século XIX, durante certo período, deu-se que algumas legislaturas estaduais norteamericanas outorgassem autorizações bastante restritas, para a constituição de sociedades por ações; assim, com os respectivos objetos sociais exíguos, começou a ocorrer que algumas delas, por atos de seus administradores, estendessem ou ampliassem o objeto social, adentrando por áreas de atuação econômica para as quais não tinham autorização estatutária.

Alguns tribunais de então, preocupados com as consequências desse procedimento, começaram a pautar a chamada doutrina *ultra vires*,⁵⁵⁵ para invalidar as transações empresariais que houvessem sido levadas a cabo, sendo as companhias desprovidas de condições estatutárias para tal.

Todavia, a doutrina começou a ser utilizada de modo a proteger algumas companhias inescrupulosas, o que fez com que, na virada do século XX, fosse atribuída uma nova interpretação à teoria *ultra vires*, de modo a eliminar-se qualquer vestígio de incapacidade por parte da companhia, para engajar-se em algum tipo de atividade.

Decorre daí o fato de que o *MBCA – Model Business Corporation Act* só preveja três hipóteses quando há verificação de excesso de poderes por parte dos administradores: a primeira é a possibilidade de qualquer acionista processar judicialmente a administração; a segunda é a possibilidade de a própria companhia processar judicialmente seus administradores; e a terceira é a de iniciativa do Ministério Público.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Essa expressão latina corresponde ao nome da ação judicial do Direito Romano destinada a permitir que se recobrasse determinado bem, entregue a outrem em virtude de uma causa pactuada anteriormente, se tal causa não houvesse ocorrido. Essa modalidade de ação ainda existe no Direito Germânico. Veja-se o parágrafo 812 I 22 do *Bürgerliches Gesetzbuch*, o BGB. Naquele país é também denominado de *condictio ob rem*.

⁵⁵⁵ Alude-se à expressão latina *ultra vires societatis*, significando: *além das forças da sociedade*. Tal doutrina visa a permitir que sejam punidos os administradores que tenham agido de modo a ultrapassar os poderes que lhes hajam sido conferidos pela sociedade e que constam dos respectivos Estatutos.

⁵⁵⁶ SOLOMON, Lewis D. and PALMITER, Alan R. *Corporations – Examples & Explanations*. New York : Aspen Publishers, 1999, p. 47

Em síntese, a *common law* é tradicionalmente um sistema no qual há poucas leis, sempre de conteúdo geral; mas há muitos princípios, subsumidos das decisões jurisprudenciais. Contudo, atualmente a *common law* está mudando sua feição. Em sistemas jurídicos como o norteamericano, onde – à parte pelas normas contrárias ao abuso da concorrência, voltadas a preservar o campo da livre-inicaitiva - inexistiam maiores pautas a delimitar a atuação das grandes sociedades empresárias – já hoje, em sequência às crises de 2000 (terrorismo, Enron, Worldcom, etc, como já mencionado) e de 2008 (hipotecas *subprime*, quebra de agentes imobiliários e de grandes bancos), há uma substancial variedade de normas restritivas a impactarem a atuação empresarial.

A conclusão que se pode extrair dessas observações não é propriamente nova⁵⁵⁷. O que é novo é a percepção da intensidade e da velocidade dessa movimentação, e a noção de que também um Direito romano-germânico-canônico, como é o brasileiro, possa migrar em direção ao da *common law*, suscitando uma gradual mas irreversível *convergência de ambos os sistemas*.

5.2. Perspectivas da Estrutura Institucional : o Direito Codificado

No resto do mundo, sustentam Borges e Serrão⁵⁵⁸ que vige um modelo de *governança corporativa* baseado na *propriedade familiar*. Na Itália e na França isso é sabidamente verdadeiro, pois há um grande quantitativo de sociedades familiares. No Brasil, pelo perfil ainda familiar das grandes sociedades abertas, a situação é semelhante à daquelas nações participantes da Comunidade Européia.

E, embora tenha sido a globalização, com seus benefícios e muitos malefícios, que acabou por precipitar a inserção do instituto da *governança corporativa* no ordenamento pátrio, pode ser oportuno, para esclarecimento mais

⁵⁵⁷ Veja-se, a respeito, GLENN, Patrick. *Legal traditions of the world*. London : Oxford University Press, 2007, third edition, p. 250: “*Legislation in the United States has also assumed civilian proportions and often receives civilian treatment. (...) Legislation, moreover, receives a broad, liberal interpretation, in keeping with civilian doctrine...*” (Trad. livre: “A legislação nos Estados Unidos assumiu uma feição civilística, e frequentemente recebe um tratamento típico do Direito Positivo. (...) A legislação, além do mais, recebe uma interpretação ampla, liberal, em conformidade com a doutrina civilista...”)

⁵⁵⁸ BORGES e SERRÃO, op. cit., p. 120

adequado do momento ora vivido, buscar-se em autores de meados do século passado, na Europa, a origem dessa preocupação.

Ripert⁵⁵⁹ ponderou que: “*se a moralidade resultasse de uma observância estrita da legalidade, não haveria necessidade de preceitos gerais de conduta cuja aplicação abrisse campo para a apreciação judicial*”. Com efeito, se todas as leis dos sistemas de direito positivado fossem sempre absolutamente morais, não se teria - no referido sistema de direito codificado - de traçar *padrões de comportamento*, como se faz na *common law*, em que há comparativamente poucas leis.⁵⁶⁰

Por outro lado, sustentou Galgano⁵⁶¹ que o conceito de pessoa jurídica, no caso das grandes sociedades por ações, poderia constituir-se numa função apenas ideológica, e não normativa, no sentido de que funcionaria como um escudo que impedisse de se verem as contradições básicas verificadas entre o princípio da igualdade, sempre proclamado, e a existência de um ente dotado de privilégios.

Ou seja: por muito tempo a indagação sobre se seriam razoáveis os poderes conferidos às sociedades por ações, num universo de recursos limitados, dominou a cena. Mas, com o tempo, a gradual mas inexorável opção internacional pelo modo de produção capitalista e a emergência de sucessivas crises de liquidez acabaram por instaurar - em escala mundial - *um sistema de governança em que o próprio veículo empresarial se autorregula*.

⁵⁵⁹ RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Paris : LGDJ, 1955, p. 176

⁵⁶⁰ RIPERT, op. cit. : “*les constituants de 1946 ont jugé utile dans le préambule de la Constitution de réaffirmer “solennellement” les principes de 1789. La solennité ne fait rien à l’affaire et l’affirmation a été globale pour éviter la discussion de chacun de ces principes. Au temps où furent déclarés les droits de l’homme et du citoyen, on croyait à l’existence des droits naturels inviolables et imprescriptibles. Mais déjà la Deuxième déclaration rappela en 1793 que le but de la société était le bien commun, et la troisième en 1795 que si le citoyen doit être bon fils, bon père, bon époux, bon ami, il doit surtout observer franchement et religieusement les lois. Après quoi il ne fut plus question des droits de l’homme que par un rappel en 1848 de l’ancienne Déclaration. L’affirmation de la valeur et de la dignité de la personne humaine a été lancée d’une façon plus large dans la Déclaration des Nations Unies du 1er. Janvier 1942, puis dans la Déclaration universelle des droits de l’homme du 10 décembre 1948.*” (Trad. livre: Os constituintes de 1964 consideraram útil reafirmar solenemente, no preâmbulo da Constituição, os princípios de 1789. A solenidade nada acrescenta ao caso, e a afirmação foi feita de forma global para evitar discussão de cada um desses princípios. Quando foram declarados os direitos do homem e do cidadão, acreditava-se na existência de direitos naturais invioláveis e imprescritíveis. Mas já em 1793 a Segunda Declaração nos lembrava que o objetivo da sociedade era o bem comum, e a Terceira, em 1795 que, se por um lado o cidadão deve ser bom filho, bom pai, bom esposo, bom amigo, ele deve sobretudo cumprir franca e religiosamente as leis. Depois disso, já não se consideravam os direitos do ser humano senão por uma recordação, em 1848, da antiga Declaração. A afirmação do valor e da dignidade da pessoa humana foi lançada de modo mais amplo pela Declaração das Nações Unidas de 1.º de janeiro de 1942, e em seguida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.)”

⁵⁶¹ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice...* . op. cit, p. 102.

Como se viu anteriormente, numa abordagem típica da *common law*, poder-se-ia estabelecer que as regras e práticas da *governança corporativa* são destinadas a eliminar o conflito embutido no relacionamento entre os acionistas e seus prepostos ou *agentes* – como ali são reputados os administradores das grandes empresas abertas.

No Brasil, entretanto, onde o sistema jurídico é de base romano-germânica-canônica, a *teoria institucional da empresa* vem sendo crescentemente adotada, de modo que o papel dos administradores *enquanto prepostos dos acionistas* perdeu muito de sua relevância, na medida em que aqueles primeiros são vistos como os representantes legais da própria sociedade que administram⁵⁶².

De sorte que não prevalece, aqui, o conceito da *responsabilidade fiduciária* do administrador *enquanto agente* - associação de ideias típica de um sistema jurídico em que *o contrato é absolutamente cogente*, por espelhar a vontade dos contraentes que livremente o pactuaram. Aqui, ao contrário, nenhum contrato será cogente se contrariar preceito ou princípio legal; de sorte que o administrador da sociedade por ações é responsabilizado em decorrência direta de seu papel de *administrador e representante legal, uma vez que são detalhados legalmente* os respectivos deveres.

A despeito disso, é crescente a responsabilização dos administradores de companhias abertas com fundamento em seus *deveres fiduciários*,⁵⁶³ sendo igualmente certo que, nas transcrições das deliberações do Colegiado da CVM vê-se com alguma frequência a alusão ao *dever típico do agente*.

Parte importante da doutrina ensina⁵⁶⁴ que, no Brasil, os controladores são aqueles que possuem maiores vantagens, nas relações desenvolvidas pelas grandes sociedades empresárias abertas. Não há, como na Alemanha, um sistema de co-gestão, que valorize a contribuição dos trabalhadores, equalizando, pelo

⁵⁶² Decorre daí a gradual mas inexorável eliminação da expressão “*mandato*”, na lei e na doutrina, sendo certo que, no Direito brasileiro, esta vem sendo substituída pelo conceito de *prazo de gestão*.

⁵⁶³ Conforme vários processos administrativos sancionadores da CVM, disponíveis em www.cvm.gov.br, acessos sucessivos em 2010, 2011, e 02.10.2012. Também referidos na obra de SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de .

⁵⁶⁴ SALOMÃO, Calixto, op. cit., passim

menos nesse aspecto, o valor do capital ao do trabalho. Nem há, no Brasil, uma real e eficaz *praxis* de tutela do minoritário.⁵⁶⁵

No momento da *recuperação judicial*, Salomão⁵⁶⁶ aponta para uma inadvertida equiparação *somente dos acionistas minoritários com os credores quirografários*, sem que os acionistas controladores possam almejar idêntica equiparação. Ao contrário: segundo Salomão,⁵⁶⁷ a lei teria equiparado os controladores ao próprio *devedor* – art. 64 – o que acarreta, na fase de administração da recuperação propriamente dita, a permanência do controlador, num esquema tripartite de controle: administrador judicial, controladores e credores.

Isto é: como apontado pela doutrina, *as próprias leis especiais confundem a figura do acionista controlador com a figura da sociedade propriamente dita*.

Sendo recorrente esse fenômeno, seria de se esperar que, no Brasil, sobreviesse uma certa mitigação do tradicional conflito inerente às posições de administrador e acionista - na medida em que a lei de regência do tipo societário que é o veículo da grande sociedade empresária aberta⁵⁶⁸ demanda que os administradores ajam em estrito cumprimento dos deveres que *a própria lei lhes impõe*: de diligência,⁵⁶⁹ de lealdade, de informar, e outros.

Todavia, esses deveres vêm descritos, na lei, de modo bem genérico. É mais como se se tratasse de uma orientação um tanto vaga, que o legislador procurasse dar ao público em geral.

De fato, como aponta Lobo,⁵⁷⁰ um exame atento dos arts. 153 a 157 da Lei n.º 6.404/76⁵⁷¹ autorizaria a supor-se que a lei instituiu, na realidade, *padrões éticos de*

⁵⁶⁵ Veja-se, por todos, SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de, op. cit.

⁵⁶⁶ SALOMÃO, Calixto, op.cit., passim.

⁵⁶⁷ Idem, ibidem

⁵⁶⁸ Lei n.º 6.404/1976, com alterações.

⁵⁶⁹ Estabelecidos esses deveres a partir do art. 153 da lei n.º 6.404/76, mas já anteriormente existentes no antigo Código Comercial do Império (Lei n.º 556, de 25.06.1850, que reputava dever do mandatário, parte no *contrato de mandato mercantil*: “ Art. 140 – *Dá-se mandato mercantil, quando um comerciante confia a outro a gestão de um ou mais negócios mercantis, obrando o mandatário e obrigando-se em nome do comitente. (...ommissis...)* Art. 142 – *Aceito o mandato, o mandatário é obrigado a cumpri-lo segundo as ordens e instruções do comitente; empregando na sua execução a mesma diligência que qualquer comerciante ativo e probo costuma empregar na gerência dos seus próprios negócios.*”

⁵⁷⁰ LOBO, Jorge. *Princípios de Governança Corporativa. Revista do Ministério Público*. Riode Janeiro. MPRJ, n.31, jan./mar.2009

⁵⁷¹ Lei n.º 6.404/76: “SEÇÃO IV- Deveres e Responsabilidades- *Dever de Diligência* - Art. 153. *O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.*

Finalidade das Atribuições e Desvio de Poder. Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. § 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres. § 2º É vedado ao administrador: a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia; b) sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito; c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembléia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo. § 3º As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia. § 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais. *Dever de Lealdade* Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir. § 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários. § 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança. § 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação. § 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001) *Conflito de Interesses* Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse. § 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros. § 2º O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido. *Dever de Informar* Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. § 1º O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembléia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social: a) o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou através de outras pessoas, no exercício anterior; b) as opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido no exercício anterior; c) os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo; d) as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível; e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia. § 2º Os esclarecimentos prestados pelo administrador poderão, a pedido de qualquer acionista, ser reduzidos a escrito, autenticados pela mesa da assembléia, e fornecidos por cópia aos solicitantes. § 3º A revelação dos atos ou fatos de que trata este artigo só poderá ser utilizada no legítimo interesse da companhia ou do acionista, respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem. § 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia-

conduta, repartindo alguns comportamentos em *padrões exigidos* (arts. 153 a 157) e *condutas permitidas* (art. 156).

Por outro lado, embora genericamente redigidos, tais artigos permitem uma perfeita compreensão do que desejou estabelecer o legislador. São na verdade *padrões de conduta – standards of behavior*.

As normas que trazem *tais padrões de procedimento* têm-se tornado cada dia mais comuns em nosso ordenamento. São exemplos cabais dessa modificação de nosso sistema, as normas vigentes sobre o trato com menores, constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA,⁵⁷² e também o Estatuto do Idoso⁵⁷³.

Pereira e Oliveira⁵⁷⁴ discorrem sobre o *cuidado*, enquanto *expressão humanizadora* - no que parafraseiam Waldow⁵⁷⁵ - e sustentam que, por um lado, *cuidar de alguém* realizaria a plenitude da humanidade do indivíduo; por outro lado, *ser cuidado por alguém* seria também necessário para que esse mesmo indivíduo possa atingir sua plenitude.

Sem dúvida, tal padrão de interpretação legislativa é *novo* no sistema jurídico brasileiro. Mas nem por isso deixa de ser prestigiado pela jurisprudência. Veja-se, a respeito disso, o acórdão no REsp n.º1159242, da 3.ªTurma do STJ , de que foi relatora a Min. Nancy Andrighi , j. 24.04.2012⁵⁷⁶

geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia. § 5º Os administradores poderão recusar-se a prestar a informação (§ 1º, alínea e), ou deixar de divulgá-la (§ 4º), se entenderem que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia, cabendo à Comissão de Valores Mobiliários, a pedido dos administradores, de qualquer acionista, ou por iniciativa própria, decidir sobre a prestação de informação e responsabilizar os administradores, se for o caso.

§ 6º Os administradores da companhia aberta deverão informar imediatamente, nos termos e na forma determinados pela Comissão de Valores Mobiliários, a esta e às bolsas de valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, as modificações em suas posições acionárias na companhia. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

⁵⁷² Lei n.º 8.069, de 13.07.1990

⁵⁷³ Lei n.º 10.741, de 01.10.2003.

⁵⁷⁴ PEREIRA, Tâniada Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 309

⁵⁷⁵ WALDOW, Vera Regina, apud PEREIRA, Tania da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de, op. cit., passim

⁵⁷⁶ “Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e ao adolescente...”

Há em diversas leis brasileiras menções frequentes ao “*dever de cuidado*” que se deve manter no trato de idosos e de crianças.⁵⁷⁷ Não há, todavia, na norma, nenhum esclarecimento sobre *como deve ser mantido tal cuidado – ou em quê ele consistiria*. Esse é um dos problemas que surgem quando se dá a migração dos sistemas jurídicos da *common law* e romano-germânico, em direção um ao outro.

De sorte que a adoção de regras comportamentais um tanto vagas, em que na verdade o que se busca é a *concreção de uma finalidade específica da norma*, vêm-se tornando características de nossa ordem jurídica, como se pode perceber nos mais diversos ramos do Direito.

Mas isso já começara a ocorrer ao tempo de Ripert, pois aquele autor, examinando a moral e o lícito ao estudar a coercibilidade dos contratos, escreveu:

*“la réglementation de la propriété ne consiste plus alors seulement dans l’interdiction des actes nuisibles à autrui, elle a pour objet les conditions dans lesquelles l’exploitation est poursuivie. La tendance du législateur à diriger l’économie se traduit par l’obligation imposée aux propriétaires d’utiliser leurs biens selon les instructions qui leur seront données. Les propriétaires se résignent a suivre les ordres des pouvoirs publics parce qu’ils leur demandent en échange leur protection pour une exploitation fructueuse.(...) Au contraire, la séparation de la propriété et de l’exploitation crée une situation nouvelle.”*⁵⁷⁸

Assim, ao se compreender o *direito de propriedade* como acarretando o de exploração econômica, mediante certos parâmetros legais, ter-se-ia que qualquer relação contratual que ocorra com relação a esse direito, nada mais seria do que a *expressão permitida legalmente*, dessa mesma exploração econômica.

De sorte que o fato de a *common law* regular o relacionamento existente entre um acionista e os administradores por ele eleitos para a gestão de determinada sociedade empresarial, como uma relação *nitidamente contratual*, não

⁵⁷⁷ Vejam-se, por exemplo, além da famosa decisão relatada pela Min Nancy Andrighi, no STJ, registrada como REsp n.º 1.159.242 – SP (2009/0193701-9) os seguintes diplomas legais: Decreto 36.615 de 23.05.1960, art. ; Decreto-lei Lei n.º 3.724 de 10.01.2001, art. 125; Decreto-lei n.º 3.804 de 24.11.1941, art. 178; Lei n.º 6153, de 05.01.2012 , art. 3º Decreto n.º 3724 de 10.01.2001; art. 125; Lei (ERJ) n.º 6153 de 05.01.2012, art. 3.º; Decreto n.º 40.043 d2119 de 07.04.1994; e 27.09.1955; Lei n.º 1.583 do Município de Matozinhos, art.29; Lei n.º 2561, de 27.07.2009, Lei n.º 1909 de 31.12.1999.

⁵⁷⁸ RIPERT, Georges. *Les forces crâtrices du droit*. LGDJ : Paris, 1955, p. 212. Trad. livre: “a regulamentação da propriedade, então, não consiste apenas na interdição de atos nocivos a outrem; ela terá por objeto as condições nas quais a exploração pode se dar. A tendência do legislador, de dirigir a economia, se traduz numa obrigação, imposta aos proprietários, de somente utilizar seus bens de acordo com as instruções que lhes serão dadas. Os proprietários se resignam a seguir as ordens dos poderes públicos porque eles lhes pedem, em troca, sua tutela, de modo a assegurar uma exploração frutífera.” Nesse contexto, segundo o mesmo autor, ocorreria um *contrato imposto*, na medida em que, por exemplo, no caso da retomada de um imóvel locado, o proprietário teria o dever de usá-lo para si.

se constitui numa construção teórica assim tão distante do sistema adotado no direito codificado, que define o *status* do acionista como detentor de uma *relação de participação*, toda ela regida pela lei específica.

Talvez esse fenômeno explique em parte a convergência agora verificada entre ambos os sistemas jurídicos.

No Brasil, como se sabe, a índole familiar que prevalecia nas grandes sociedades abertas acarretou uma desconsideração pelas responsabilidades inerentes ao privilégio de *explorar empresarialmente* determinado bem de produção. Foi assim por muitos anos, até que, motivadas pelas mudanças verificadas nas subsidiárias de grandes grupos estrangeiros, as sociedades empresárias brasileiras de grande porte começaram a se organizar e adotar critérios mais profissionais de administração – preocupadas, também, com o alcance de seus produtos e serviços, em mercados cada dia mais exigentes.

Tais critérios, embora oriundos de sistemas jurídicos exógenos e portanto carecendo, por vezes, de alguma adaptação, já estão inexoravelmente incorporados ao Direito brasileiro. Prova disso são as recentes decisões de tribunais brasileiros – levantadas sob a coordenação de Gama⁵⁷⁹ – no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica das grandes sociedades empresárias personificadas pelo ordenamento.

Essa *desconsideração* deve ser sempre episódica, a doutrina é unânime⁵⁸⁰ em advertir. Antes da promulgação do Código Civil de 2002, a doutrina vinha sendo aplicada pela jurisprudência sem que houvesse substrato legal expresso e com a consciência, por parte dos julgadores, de tratar-se de *instituto exógeno* – tanto assim que, para metabolizá-lo ao ordenamento pátrio, foi preciso encontrar-se, nos tribunais, uma curiosa - mas hoje pouco eficaz ou já não mais necessária - distinção entre o que seria *uma versão maior da teoria*, e outra, *menor*. Em seguida à edição da Lei n.º 10.406, todavia, a situação se modificou, na medida em que o respectivo art. 50 passou a incorporá-la em definitivo ao sistema brasileiro.

⁵⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da *et alii*. *Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica- Visão Crítica da Jurisprudência*. Ed. Atlas : São Paulo, 2009 p.190 e segs.

⁵⁸⁰ Leiam-se, por todos: ALVES, Alexandre F.A.A *Desconsideração da Personalidade jurídica e o Direito do Consumidor: um Estudo de Direito Civil-constitucional*, in TEPEDINO, Gustavo.(coordenador) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Riode Janeiro : Renovar, 2008. E SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano : Giuffrè, 1966.

Em última análise, a penalidade imposta pelo instituto da *desconsideração da personalidade jurídica* é a contrapartida à radical *desfuncionalização* da grande sociedade empresária. Penaliza-se com esse instituto até mesmo uma pequena sociedade empresária. Essa foi a forma encontrada pelo ordenamento - e pela magistratura, ao decidir sobre conflitos - para talvez provocar a conversão em *hard law*⁵⁸¹ daquilo que sempre foi considerado *soft law*,⁵⁸² ou seja, a *função social da empresa*.

5.3. O Paradigma Emergente: Construindo a Função Social

Embora historicamente sempre tenham ocorrido influências recíprocas entre os diversos sistemas jurídicos, os tempos atuais se caracterizam, como aludido, por evidenciarem uma *acelerada convergência* dos dois principais: a *common law* e o regime romano-germânico.

Diversas razões poderiam ser citadas como justificativas desse movimento migratório: de um lado, o relativo insucesso do sistema da *common law* norte-americana em pautar e limitar a busca desenfreada pelo lucro.

Ficou bastante claro, após 2008, que a crise econômica enfrentada desde então pelos Estados Unidos - e responsável pela grande recessão que, anos depois, ainda vem afetando aquele País - foi resultado de um grande volume de *mútuos* contratados por instituições financeiras tradicionais, porém garantidos por hipotecas de segundo e terceiro grau, e remunerados mediante taxas *subprime*.⁵⁸³

⁵⁸¹ Regra cogente

⁵⁸² Conduta aconselhável, porém desprovida de coercibilidade.

⁵⁸³ Como descreve o próprio ex-presidente do banco central norteamericano, GREENSPAN, Alan, *The Age of Turbulence*. New York : Penguin books, 2008, 2.ª ed., p. 508: "*Turbulence is surely the word for the rush of financial and economic calamities that have struck since this book first went to press in mid-2007. What began as a disturbance in a relatively small segment of American finance, the subprime mortgage business, cascaded quickly beyond the housing market and beyond U.S. borders, disrupting much of the world's financial system and casting a pall over many nations' prospects for economic growth*" (Trad. livre: "Turbulência é certamente a palavra adequada para definir a série de calamidades econômicas e financeiras que nos assombrou, desde que este livro foi inicialmente publicado em meados de 2007. Aquilo que teve início como um distúrbio num segmento relativamente pequeno das finanças norteamericanas - os negócios das hipotecas contratadas mediante taxas de juros abaixo da média do mercado - acabou por se despejar rapidamente, como uma enxurrada, para além do mercado imobiliário e das fronteiras norteamericanas, causando uma ruptura em grande parte do sistema financeiro mundial e lançando uma mortalha sobre muitas das perspectivas de crescimento econômico de vários países.")

Essa percepção da causalidade eficiente no caso da grande crise de 2008 acarretou um crescente monitoramento estatal dessas instituições, fato que se constitui numa substancial *modificação de paradigma*, numa ordem jurídica pautada pela não-ingerência estatal sobre a livre iniciativa.⁵⁸⁴

Em segundo lugar, a repercussão dos efeitos deletérios da crise norte-americana sobre as demais economias, em especial aquelas do bloco europeu, já originariamente conturbado pelas ondas migratórias internas provenientes de Ásia e África, além de depauperado pela incapacidade de suprir suas reduzidas reservas previdenciárias com recursos adequados.

Em terceiro lugar, a emergência de economias que, como a brasileira e a indiana, começam a se organizar e voltar seus esforços para uma melhor distribuição de renda, resgatando a cidadania de suas populações, para tornar esse processo redistributivo cada vez mais pleno.

É o somatório dessas circunstâncias que acaba por suscitar uma interação cada vez maior dos diferentes sistemas jurídicos. Não foi sem qualquer fundamento lógico, que determinadas grandes sociedades empresárias passaram, no Brasil, a elaborar o chamado *Balanço Social*.⁵⁸⁵

Trata-se não de uma determinação legal propriamente dita, mas de uma obrigação moral, livremente assumida por diversas sociedades empresárias de grande porte.⁵⁸⁶ Assemelha-se bastante à chamada *ação participativa*, típica do denominado *terceiro setor*⁵⁸⁷ da economia – e constitui na verdade mais uma dessas certificações que tanto atraem aos consumidores e terceiros interessados, na

⁵⁸⁴ É característica típica do sistema da *common law* norte-americana, evitar a edição indiscriminada de normas positivas, em especial impedindo que sejam utilizados mecanismos legais de contenção daquilo que constitui a própria base filosófica do modo de produção capitalista: a livre iniciativa. Como mencionado, naquele sistema jurídico, a responsabilidade dos administradores é vista como a de *agentes fiduciários*. Mas vem daí a contradição básica, reconhecida pela maior parte dos autores e já objeto de comentário neste trabalho, no sentido de que há conflitos intrínsecos e de impossível solução, no caso da *teoria da agência*, ou *representação fiduciária*.

⁵⁸⁵ TINOCO, João Eduardo Prudêncio. *Balanço Social. Uma Abordagem da Transparência e da Responsabilidade Pública das Organizações*. São Paulo : Ed. Atlas, 2001, p. 34.

⁵⁸⁶ TINOCO, op.cit., declara: “O balanço social tem por objetivo ser equitativo e comunicar informação que satisfaça à necessidade de quem dela precisa. Essa é a missão da contabilidade, como ciência de reportar informação contábil, financeira, econômica, social, física, de produtividade e de qualidade”.

⁵⁸⁷ FLORES, Jorge Oscar de Mello atribui a origem da noção de “balanço social” à prática norte-americana, in *Balanço Social*. Conferência proferida em 19.11.1998 e reproduzida na *Revista Carta Mensal* n.º 529, publicação da Confederação Nacional do Comércio – CNC : Rio de Janeiro, 1998.

medida em que foi primeiramente trazido à baila, no Brasil, pelo sociólogo Herbert de Souza, criador em 1997 do Ibase (Instituto de Análises Sociais e Econômicas).

Como afirma Moura,⁵⁸⁸ o Balanço Social é a representação contábil “*de atividades resultantes de princípios éticos e políticas administrativas a serviço de melhorias sociais na comunidades interna e externa das empresas, desvinculadas de qualquer obrigatoriedade legal.*”

Em nenhum outro campo do Direito poderia estar mais claramente colocada a questão da *influência recíproca dos sistemas jurídicos*, do que no sistema empresarial, em que as interações se fazem de modo célere, como é característico desse ramo do Direito.

Em atendimento às regras de procedimento que provêm dos países mais desenvolvidos, foi implementada a certificação SA8000 – *social accountability* – pela qual se propõe o *controle da qualidade ética do trabalho*.⁵⁸⁹

Quando se estuda essa normativa, percebe-se que se trata de procedimento de pluralismo explícito, onde se rejeita qualquer restrição ao trabalho feminino, ou ao trabalho do deficiente físico ou mental, ou ainda ao trabalho de indivíduo de determinada raça, cor de pele ou estamento social.

As certificações aqui descritas se originam em geral de organizações não-governamentais ou simplesmente de associações privadas. Todavia, há determinados investidores institucionais que adotam uma atitude proativa, e passam a expedir normas pelas quais os administradores de seu portfólio devem se pautar. Esse é o caso do famoso CalPERS, citado na maioria dos trabalhos publicados nos Estados Unidos sobre governança corporativa.⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ MOURA, Miriam Nóbrega de. *O Balanço Social e o Direito*. Rio de Janeiro : Ed. Lumen Juris, 2002, p. 112

⁵⁸⁹ MOURA, Myriam Nóbrega de. *O Balanço Social e o Direito*. Op.cit., p. 144

⁵⁹⁰ CalPERS é o apelido do fundo de pensão estabelecido pelos professores servidores públicos do Estado norteamericano da Califórnia, que fornece serviços de pensionamento e aposentadoria e assistência médica a um contingente de mais de 1,6 milhões de servidores públicos e mais de 2.500 empregadores. É o maior fundo desse tipo dos Estados Unidos, e seus ativos somam cerca de 165 bilhões de dólares. O CalPERS elabora uma listagem, anualmente, denunciando as companhias que possuem a pior governança corporativa, e o pior desempenho. E isso tem acarretado melhorias no desempenho dessas sociedades, como atesta MALLIN, Chris, Institutional and Other Shareholders, in *Corporate Governance - A Synthesis of Theory, Research and Practice*. BAKER , H. Kent and ANDERSON, Ronald. New Jersey : John Wiley and Sons , 2010, p. 407

De sorte que a *funcionalização da empresa* passa por uma exigência proativa da qualidade do desempenho das grandes sociedades empresárias abertas, por parte dos próprios acionistas e investidores institucionais.⁵⁹¹

Além disso, há de se notar que todas as demais certificações internacionais existentes, tais como por exemplo, o *selo verde* - também chamado de ISO14000 - dizem respeito à *exigência de efetividade da função social da empresa, em especial a grande sociedade empresária aberta*.

Para Guimarães da Silva,⁵⁹² todavia, a funcionalização social da empresa não a obrigaria ao investimento em *projetos sociais exteriores à própria sociedade*, mas sim ao **reinvestimento interno**: de um lado, capacitar os funcionários; de outro lado, bem estruturar a sociedade para que cumpra adequadamente seu objeto social.

No entanto, lições obtidas em economias mais desenvolvidas do que a brasileira - em termos de distribuição de renda - demonstram, com relação às companhias abertas, que a funcionalização social delas passa por um engajamento até mesmo das bolsas em que seus valores são negociados. Há cerca de 50 anos, a Suprema Corte norteamericana deliberou, no conhecido caso Silver,⁵⁹³ que a prevalência de padrões éticos era essencial na vida em sociedade.

Na lição de Comparato⁵⁹⁴, se alguém desejar apontar uma instituição social que, por seu poder de transformação, seu dinamismo e sua influência, sirva de

⁵⁹¹ RAMOS, Gisela Gondin. *Princípios Jurídicos*. Belo Horizonte : Ed. Forum, 2012. A autora cita, numa perspectiva ricamente inovadora, a circunstância de que a empresa – significando a sociedade empresária – tem o papel constitucional de financiadora da seguridade social, conforme estatuído no inciso I do art. 195 da Constituição Federal; e assume ainda o papel de financiadora da educação básica pública, por meio da contribuição social do salário-educação, tal como previsto no art. 5.º do art. 212. E cita, também, o art. 218 da CF/1988, que trata do investimento estatal em pesquisas.

⁵⁹² SILVA, Geraldo José Guimarães da. *A Crise da Empresa no Direito Falimentar Comparado*. Tese de doutoramento submetida à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 232/233.

⁵⁹³ Silver versus NY Stock Exchange, 373 US 341,366 (1963), citado por FLECKNER, Andreas, *Fordham Law Review*, vol. 74, p. 2618 – “It requires but little appreciation of the extent of the Exchange’s economic power and of what happened in this country during the 1920s and 1930 s to realize how essential it is that the highest ethical standards prevail as to every aspect of the Exchange’s activity. What is basically at issue here is whether the type of partnership between Government and private enterprise that marks the design of the Securities Exchange Act of 1934 can operate effectively to ensure the maintenance of such standards in the long run.” (Trad. livre - “Sequer é preciso muita análise do poder econômico da Bolsa, e do que ocorreu neste país nos anos 1920 1930, para perceber-se como é essencial que os mais elevados padrões éticos devam prevalecer em cada aspecto da atividade da Bolsa. O que está em jogo aqui é basicamente saber-se se o tipo de parceria entre o governo e a empresa privada que foi o desígnio da lei da SEC, em 1934, pode operar de modo a que de fato seja assegurada a manutenção de tais padrões, a longo prazo”).

⁵⁹⁴ COMPARATO, Fabio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro : Forense, p.3.

elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, este instituto é a *empresa*.⁵⁹⁵

De sorte que a convergência atual dos sistemas jurídicos propicia uma preocupação maior com a paz social e com uma aplicação concreta do *princípio da solidariedade*. Os dispositivos constitucionais que pautam a ordem jurídica brasileira acabam por ter uma aplicação mais possível e menos mediata, se determinadas adaptações ocorrem, permitindo que sistemas alienígenas permeiem as regras legais vigentes – como ocorre com as *regras de procedimento da common law*, em nossa ordem jurídica – assim como é o caso da prevalência de alguns de nossos princípios, na *common law*.⁵⁹⁶

Assim, entre a *funcionalização social da empresa* – vista como uma obrigação certa, mas ainda de contornos pouco nítidos, assumida livremente pelas sociedades empresariais sob a forma de *governança corporativa* e pela adesão às *certificações* as mais diversas - e exercida nas modalidades sugeridas pelos próprios mercados – e a *desconsideração de sua personalidade*, e portanto de sua autonomia patrimonial há um campo vasto, que a *lex mercatoria* da atualidade vem mapeando com os baluartes da dignidade do ser humano, a tutela da boa-fé e do crédito, tudo a construir uma civilização adequada ao tempo que se vive.

⁵⁹⁵ Aqui o termo é utilizado como o *ente exercente da atividade empresarial*.

⁵⁹⁶ Podem ser aí citados os seguintes: o da limitação de responsabilidade, em face da superveniência de um caso fortuito ou de uma força maior. Curiosamente, na *common law* inexistiam, até recentemente, as causas legalmente excludentes de responsabilidade, vistas como tais. Agora, todavia, em seguida aos atentados terroristas de 2001, já se pode encontrar a estipulação de *act of God* como circunstância formalmente exonerativa de responsabilidade – inclusive em apólices de seguro de transporte internacional.

CONCLUSÕES

Em dado momento da elaboração do presente trabalho, o vislumbre da intensa migração recíproca dos sistemas jurídicos existentes deixou a autora perplexa. Em especial, a amplitude e variedade dos instrumentos compensatórios postos à disposição dos empresários em geral, com vistas à promoção das compensações sociais, ambientais e econômicas devidas foi razão de grande satisfação, na medida em que o sistema econômico mundialmente hegemônico – o capitalista - encontra aí sua epifania.⁵⁹⁷

Na verdade, a seleção do meio preferencial para que cada sociedade empresária, ou cada empresário - qualquer que seja sua dimensão comparativa – adote uma certa *conciliação com o meio social* em que atua é tarefa simples, dada a multiplicidade de escolhas à disposição.

Na consulta a autores nacionais e estrangeiros para localizar algum tipo de *funcionalização social* para o grande privilégio que é poder-se constituir uma sociedade empresária, que *explorará bens de produção visando ao lucro* – privilégio que todavia é justificável e compatível com a economia de mercado – foram encontradas algumas frases marcantes.

Mitchell,⁵⁹⁸ por exemplo, escreveu:

“as grandes sociedades empresárias jamais atingirão qualquer nível de responsabilidade social, enquanto seus propósitos e objetivos forem estreitamente controlados pelo Estado. Em outras palavras: a lei que exige um foco restrito na maximização dos lucros, junto com a outra norma que direciona os esforços a atender exclusivamente aos interesses dos acionistas fazem com que os administradores acabem por se comportarem um tanto como crianças, sob a supervisão de adultos – seguem as regras simplesmente por serem regras, **sem terem qualquer preocupação com as consequências de seus próprios atos.**”(negritos aditados)

Essa ideia coincide com a de Comparato,⁵⁹⁹ que recentemente declara:

⁵⁹⁷ O termo provém do grego *epiphaneia*, inicialmente associado à liturgia católica mas posteriormente apropriado pelos ingleses, que o utilizam com certa frequência, significando um súbito lampejo de consciência, uma repentina compreensão integral de algo, um fenômeno de percepção súbita, como na expressão: *I Just had an epiphany*, querendo dizer: *Acabei de perceber a absoluta coerência de algum fenômeno.*

⁵⁹⁸ MITCHELL, Lawrence E. Cooperation and Constraint in the Modern Corporation: an Inquiry into the causes of Corporate Immorality. *Texas Law Review*, 73, 477, 480, 1995.

⁵⁹⁹ COMPARATO, Fabio Konder, no prefácio ao livro de RAMOS, Gisela Gondin, já citado, p. 16 e seguintes

“ ... contra o formalismo vazio e insensato (de Kelsen) levantou-se a nova teoria dos princípios jurídicos. (...) Não foi por isso surpreendente que a acolhida dada por Kelsen à obra pioneira de Joseph Esser, de 1956, tenha sido negativa. (...) Acontece que, contrariamente às lições da Escola Positivista, os princípios entraram definitivamente na teoria jurídica e acabaram sendo expressos em textos constitucionais e tratados internacionais. (...)”

Mas há grande avanço ético provocado pelo advento dos princípios na vida jurídica.

(...) Ao cabo, portanto, de dois milênios, retomamos agora, graças ao **reconhecimento da supremacia absoluta dos princípios jurídicos**, a límpida concepção dos grandes juristas romanos, para os quais o Direito não é mera técnica a serviço de quaisquer finalidades, mas a “ciência do justo e do injusto (Ulpiano) ou a “arte do bom e do equitativo.(Celso).” (negritos adotados)

De sorte que é justamente a consciência individual *da consequência dos respectivos atos* que deve pautar o convívio em sociedade. Um ente personificado deve se pautar pelos mesmos princípios aos quais se curva o cidadão. E mais: a um ente personificado dotado de poder tão grande – como *aquele que lhe permite explorar bens de produção em busca de lucro* – incumbe exercê-lo de modo compatível com o privilégio.

Se é verdade que os dispositivos legais do ordenamento brasileiro tiveram como paradigma, por séculos, o cidadão dotado de patrimônio,⁶⁰⁰ por outro lado é também verdade que na atualidade é a Constituição Federal que exerce o papel de consolidadora de todas as liberdades e obrigações democráticas. E ela o faz mediante um critério principiológico.

A adoção desse critério principiológico não detrai da importância das regras positivadas concretamente, por elas próprias; ao contrário, demonstra que há uma absoluta coerência entre as regras e os princípios.

A primeira das conclusões obtidas com o presente trabalho é a de que, na realidade, os sistemas da *common law* e o do Direito codificado vêm convergindo, na busca de patamares ideais de Justiça. Com a elevação dos parâmetros da vida em sociedade, de uma escala meramente legal, para a grandeza constitucional e principiológica, é inevitável uma aproximação dos sistemas – até porque, são, ambos, originários do Direito romano (um, do Direito romano clássico; e outro, do

⁶⁰⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutriana/texto.asp?id=507>. Acesso em: 29 ago. 2010.

Direito que os romanos cunharam para as populações dominadas, o *jus gentium*) e está o mundo hoje, *unificado* (embora ainda desunido) *pela globalização*.

A doutrina norteamericana mais contemporânea já começa a identificar o desvio na evolução da teoria clássica de Berle & Means⁶⁰¹ - no sentido de que, se os administradores da companhia devem se esforçar por agir sempre no melhor interesse dos acionistas, o Direito deveria indicar como se reduzem os custos inerentes à distinção entre o simples acionista e o controlador. Estes custos residem na evidente distinção entre aquele que é contratado para administrar interesses de terceiros - e que tem sua remuneração vinculada ao sucesso dessa administração - e os cuidados que devem ser tidos com as estimativas de ganhos futuros – que não devem ser superestimados, sob pena de se virem a pagar remunerações hipertrofiadas a tais administradores.

Assim, usando-se um só argumento - rotineiramente adotado pelo movimento em favor da *análise econômica* do Direito - pode-se perceber como a teoria da *responsabilidade fiduciária* do administrador é ilusória, na medida em que o uso da metáfora do *agente* ou *representante* acaba por subtrair do acionista, como do investidor, seu condão de ser humano.

Explica-se: na *common law* originária, há geralmente uma estrutura contratual vigente, para que se compreendam as obrigações. Assim, é preciso que se perceba qual a natureza do contrato firmado, para que se possam avaliar as repercussões do mesmo na sociedade. Criou-se, então, a *teoria da agência*, como já mencionado, pela suposição de que exista um contrato de agência ou representação comercial, entre os acionistas e os administradores.

Todavia, se há esse contrato, isso significa que a criação da companhia se terá dado apenas para que o contrato pudesse existir. Com isso, a companhia assumiria uma dimensão tão importante ou impessoal, que seus acionistas perdem a humanidade,⁶⁰² equiparando-se a figmentos da imaginação.

Essa ideia foi exposta por Greenwood, que finaliza seu ensaio declarando que, em suma, com o surgimento das grandes sociedades empresárias abertas, foi criado um instituto para um propósito determinado, e ele foi deixado num tipo de

⁶⁰¹ BERLE & MEANS, op. cit.

⁶⁰² GREENWOOD, Daniel J.H. Fictional Shareholders - for whom are corporate managers trustees, revisited. *Southern California Law Review* 1021 (1996)

piloto automático, de modo que ele vem desempenhando seu papel, independentemente de ser, ou não, ainda útil ou benéfico.

Para aquele autor, as grandes sociedades empresárias costumariam exceder de seus poderes porque *lhes faltariam alguns princípios moderadores*, que lhes mitigassem o poder excessivo.⁶⁰³

Um desses princípios seria justamente, para aquele autor, a *migração em direção um sistema* onde fosse possível equiparar-se o *acionista ficto*, ensejador da idéia contratual, a um ser humano:

“the old task of corporate law has been to tie the managers to the shareholders; the new task must be to align the fictional shareholder more closely with us.”

Vale dizer-se, então, que num sistema regido pelos precedentes e pelos contratos – como o da *common law* - é essencial que haja determinada expectativa de um certo comportamento por parte dos agentes econômicos. E, num sistema regido por leis e princípios constitucionais – com o nosso - é fundamental que as regras positivadas sejam moduladas por princípios gerais que possam esclarecer a forma ideal do atendimento às próprias regras.

A segunda conclusão do presente trabalho talvez já houvesse sido antecipada por Giddens,⁶⁰⁴ na medida em que aquele autor apercebeu-se da prospectiva *eliminação de direita e esquerda*, enquanto movimentos ou predileções políticas, e da emergência do que chamou de *terceira via*.⁶⁰⁵

Trata-se, quanto ao tema objeto deste trabalho, da *emergência de um novo padrão interpretativo das normas*, decorrente da exigência de maior acuidade na percepção de tudo que está ao redor de cada um.

Isto é: embora as determinações provenientes dos princípios constitucionais possa não ser concreta, “sob medida”, para o caso que se pretenda esclarecer, o fato de haver princípios a serem atendidos acarreta uma expectativa legítima, da parte de todos os participantes do sistema, de que estes venham a ser obedecidos. E é a frustração dessa expectativa mesma que, *contrario sensu*, torna mais gravoso o desatendimento aos princípios.

⁶⁰³ Idem, ibidem, p. 303,

⁶⁰⁴ Tal como didaticamente explicado por CAPELLER, Wanda, in *Relire Giddens- entre Sociologie et Politique*. Paris : LGDJ, 2011, p. 128

⁶⁰⁵ GIDDENS, Anthony. *Beyond left and right*. London : Cambridge University Press, 2000.

No caso das sociedades empresárias, não apenas a frustração dos meros circunstantes ou dos legítimos interessados (isto é, quer sejam *bystanders* ou *stakeholders*) – e portanto qualquer que seja a origem da respectiva legitimidade para participar - é digna de preocupação.

Mas também a exaustão dos recursos naturais do planeta e as formas de exploração empresarial devem ser objeto de funcionalização, pela razão mesma de que são finitos os primeiros, e muito deletérias, por vezes, as últimas.

De sorte que, percebida a *interconexão dos interesses*, é improvável que se ignore, ou desconsidere, o *métron* do ser humano na apreciação da funcionalização da atividade empresarial. Funcionalização essa que, embora possa ser deixada ao critério do próprio ente verificar como – ou sob que modalidade, dentre tantas as possíveis - lhe convirá exercê-la, deverá sempre ser devidamente cuidada - e exercida direta ou indiretamente - pela pessoa jurídica empresarial.

Esta é a regra que se origina da nova *lex mercatoria*, traduzindo um paradigma novo no mundo jurídico globalizado. *Funcionalizar o empreendimento em consonância com a abordagem jurídica principiológica* é condição, assim, para o exercício da empresa, com os direitos e prerrogativas que lhe são peculiares.

Tal condição pode ser exercida mediante os princípios da *governança corporativa* ou da *certificação internacional*, ou por qualquer outro meio a critério do exercente da atividade empresarial. A certificação chamada de *selo verde*, por exemplo, nada mais é do que uma atestação de que a sociedade empresarial a ele sujeita terá atendido a todas as normas de sustentabilidade e *preservação ambiental*.

Ainda não há, contudo, penalidades graves para quem *simplesmente se omite ao cumprimento desses deveres inerentes à funcionalização*. Mas isto não significa que se trate de normas desprovidas de valor, por serem carentes de sanção. Com a crescente sofisticação e conscientização dos participantes dos mercados, todavia, em breve haverá sanções; e com certeza partirão das próprias comunidades afetadas pelo exercício empresarial.

Mas já existem penalidades importantes para quem *frontalmente contrarie* esse dever. Exemplos disso são fornecidos, no Brasil, pela caudalosa jurisprudência sobre a *desconsideração da personalidade jurídica* das sociedades empresárias.

Isto é: já se pode perceber uma exigência crescente em relação aos participantes ativos na economia de determinadas comunidades. Quanto maior o peso da respectiva participação, maior a responsabilização.

Em síntese, então, a *funcionalização das estruturas empresariais* é exigência contemporânea, não apenas decorrente dos *princípios constitucionais*, mas do próprio fenômeno da *globalização* - com vistas a neutralizar os efeitos perversos desta última.

Os métodos para promovê-la são inúmeros, desde as regras mais singelas de boa governança - que possam ser adotadas, por exemplo, num pequeno restaurante de bairro - até às mais sofisticadas, atinentes aos conglomerados de sociedades transnacionais - como, por exemplo, exigências de que as sociedades que costumam utilizar mão-de-obra de modo intensivo evitem efetuar despensas imotivadas em grande escala.

Há normas que indicam mais diretamente a direção correta a ser adotada - normas penais, trabalhistas, administrativas, ambientais, fiscais - e há princípios gerais que mostram o rumo de maneira menos concreta, um pouco mais abstratamente. Mas o grande fiscal, em última análise, é a sociedade.

E a sociedade será tanto mais eficaz em sua atuação fiscalizatória e eventualmente repressiva, quanto mais celeremente forem percebidas, por todos, sua importância e suas características principais.

De sorte que, de um lado, a sociedade é o caldo de cultura em que fervilha um novo sistema, resultante de uma convergência de dois outros: um tipo de nova *lex mercatoria* - *definindo expectativas e alinhando obrigações procedimentais* para muitos de seus mais ativos participantes. E, de outro lado, é onde se vem produzindo, pela reiterada *práxis*, a normativa da funcionalização das sociedades empresárias.

Em síntese, é justamente o esforço de conciliação dos princípios constitucionais com as normas - algumas delas talvez ainda um tanto vagas - de cuidado com o meio-ambiente, com os trabalhadores, os consumidores, os detentores de legítimo interesse e até os circunstantes - que vem permitindo a emergência de um novo paradigma jurídico, o da plena *funcionalização social* da empresa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. O Novo Direito Empresarial. *Valor Econômico*, 15.07.2011. Disponível em: <<http://4mail.com.br/Artigo/ViewFenacon/0081500000000000>>. Acesso em: 02 ago. 2012.
- ABRÃO, Nelson. *Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1989, 4.ed.
- AHRENS, H. *Cours de Droit Naturel*. Bruxelas : Bruylant-Christophe, 1860.
- ALCÁNTARA, Cynthia Hewitt de. Uses and abuses of the concept of governance. *International Science Journal* 155, 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. Coimbra : Almedina, 1994, 6.ed.
- ALMEIDA PRADO. *Transmissão da Propriedade Imóvel*. São Paulo : Saraiva, 1934.
- ALMEIDA, J.C. MOITINHO DE. *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado* Lisboa : Almedina, 1971.
- ALMEIDA, Lacerda de. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1910.
- ALPA, Guida. *Effeti Del Contratto dei Confronti dei Terzi*. Milano : Giuffrè, 2000.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil-constitucional. In: TEPEDINO Gustavo (Org). *Novos temas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3.ed. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1999.

- ALVIM, Agostinho. *Da Compra e Venda e da Troca*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- AMARAL, Francisco, O Contrato e sua função institucional. *Studia Juridica – Colloquia. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* : Coimbra Ed., v.48, n.º 6, 1999/2000, Separata de Conferências.
- _____. *Direito Civil Brasileiro: Introdução*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra : Almedina, 1998.
- ALBERT, Michel. *Capitalismo contra capitalismo*. Lisboa, 1992. , p. 101
- ANTONIO BENTO DE FARIA, *Código Comercial Brasileiro Annotado de Accordo...*, 2ªed., Rio de Janeiro :Jacintho Ribeiro dos Santos, editor, 1912.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, Brasília: Ed. UNB,1999, trad. Mario da Gama Kury
- ARNAUD, André-Jean. *Dictionnaire de la Globalisation*. Paris : LGDJ, Lextenso éditions, 2010.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo, e RIBEIRO, Ademar. A revolução do empresariado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo : n.º 9.
- ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.
- ASCARELLI, Tullio. Personalità giuridica e problemi delle società, in *Rivista delle società*, v. 2, 1957
- _____. *Corso di diritto commerciale*. Milano : Ed. Giuffrè, 1962, 3.ª ed.
- _____. *Teoría de la concurrencia y de los bienes imateriales*. Madrid : Bosch,1970
- _____. *Ordinamento giuridico e processo economico* Madrid : Bosch
- _____. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas : Bookseller, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1968.

_____. *Direitos Reais*. Coimbra : Coimbra, 1985.

ASHFORD, Robert. What are the ways of achieving corporate social responsibility? Binary economics, fiduciary duties, and corporate social responsibility: comprehending wealth maximization and distribution for stockholders, stakeholders, and society. *Tulane Law Review*, New Orleans, n.º 76, jun.2002

ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel. *A Sociedade em Conta de Participação*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1989.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Tradução de Maria Cristina Cupertino. São Paulo : Landy, 2000.

BAKER, H. Kent and ANDERSON, Ronald, *et alii*. In : *Corporate Governance: a Synthesis of Theory, Research and Practice*. New Jersey : Ed. John Wiley & Sons, Inc. , 2010.

_____. Ronald et alii. *Corporate Governance*. Hoboken, NJ : John Wiley & Sons, Inc. *Corporate Governance Best Practices*.

BALANDI. Per una definizione del diritto della sicurezza sociale, in *Politica del Diritto*, 1984.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *A Sociedade Anônima Atual*. São Paulo : Ed. Atlas, 2004

BARCELLOS DE MAGALHÃES, Roberto. *A Nova Lei das Sociedades Por Ações Comentada*. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1977, v.II

BARCELLONA, Pietro, *Il declino dello stato: riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*. Bari : Dedalo, 1998.

_____. *L'Individualismo Proprietario*. Torino : Boringhieri, 1987.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais : o*

princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro/São Paulo : Renovar, 2002.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo : Forense, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996

_____ org., in *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 3.^a ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2008,

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1977, v.I

BATTISTIG - *Lo spazio e l'assicurazione*, Milano : Ed. Scientifiche Italiane, 1995.

BENKE, Carlos Alberto. *Acionista Minoritário na Sociedade Anônima – Direito de Fiscalização*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003

BERLE, Adolf and MEANS, G. *The Modern Corporation and Private Property*. New York : McMillan, 1932

BERMAN, Harold J. *Law and Revolution – II - The Impact of the protestant reformation on the western legal tradition*. Cambridge, MA : Belknap Press, Harvard University Press, 2003.

BERTOLDI, Marcelo M. *Curso Avançado de Direito Comercial*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2003, v. I

BERTSCHHINGER, P.P. *Know-how en seguro y reaseguro*, Madrid: MAPFRE, 1977

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1935, p.43.

BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol.2, ed. Rio, 1979.

_____. *Theoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.

_____ *Direitos Reais*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate, 1999.

_____ *Dalla Struttura alla Funzione*. Milão: Edizioni di Comunità

BORBA, José Edvaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 13.^aed.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier e BERGAMINI JUNIOR, Sebastião. O Risco Legal na Análise de Crédito, *Revista do BNDES*, v.18, n.16, p.215/260, dez 2001, Rio de Janeiro.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier e SERRÃO, Carlos Fernando de Barros, Aspectos de Governança Corporativa Moderna no Brasil. *Revista do BNDES : Rio de Janeiro*, v.12, n.24, p.111/148, dez. 2005.

BOSSUYT, Jean., *In Governance at a Crossroads*, na obra coletiva *Democratic Governance – A new Paradigm for Development?*, p. 344 e seguintes. London : Ministry of Foreign and European Affairs, Hurst & Co., 2009. Editado por: Séverine Bellina, Hervé Magro e Violaine de Villemeur. 554 páginas.

BOTTI, Paulo Eduardo Freitas. *Introdução ao resseguro (para brasileiros)*, São Paulo: 1995.

BRANDÃO, Junito de Souza, in *Mitologia grega*, v. I, II e III. 20.^aedição, Petrópolis, Ed. Vozes.

BRECCIA, Umberto. *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*. Milano, 1968.

BRINZ, Alois von. *Lehrbuch der Pandekten*. Erlangen : G. Verlag, 1876.

BROOK, Timothy. O Chapéu de Vermeer – O Século XVII e o começo do mundo globalizado. Rio de Janeiro : Ed. Record, 2012.

BRUGI, Biagio. *Instituciones de Derecho Civil*. México: Unión Tipografica Hispano Americana, 1946.

BRUNNER, H. *Zur Rechtsgechichte der römischen und germanischen Urkunde*. Berlin, 1872, reimpresso em 1961

BUFNOIR, C. *Propriété et Contrat / Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*. Paris : Arthur Rousseau, 1924.

BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo : Ed. RT, 1985.

_____. *Sociedades comerciais, empresa e estabelecimento*. 5.ªed. São Paulo : Ed. Atlas, 1993.

_____. *Manual das Sociedades Anônimas*. São Paulo : Ed. Atlas, 1996

_____. *O Novo Direito Empresarial*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2001

BUSNELLI, Francesco. *La Lesione Del Credito a Parte di Terzi*. Milano : Giuffrè, 1964.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALASTRENG, Simone. *La Relativité des Conventions*. Paris : Sirey, 1939.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003

CALCINI, Fabio Pallaretti. *Abuso de Direito e o novo Código Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, n.830, dez.2004

CAMPINHO, Sergio. *O Direito de Empresa*. 6.ªed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005,

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANTELMO, Vincenzo. *Il Diritto Legale all'Acquisto*. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1980.

CAPELLER, Wanda. *Relire Giddens - Entre Sociologie et Politique*. Paris : LGDJ, 2011.

CARBONNIER, Jean. *Sociologia jurídica* , Coimbra : Almedina, 1979.

CARDOSO, Vladimir Mucury et alii . *O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional*.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. 1.^a ed, Roma: 1940.

_____. *Teoria Geral do Direito*, Coimbra, 1942,.

_____. *Teoria giuridica della circolazione*, Padova : CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani , 1933.

CARTAXO, Ernani Garcia. *As Pessoas Jurídicas em suas origens romanas*. Curitiba : Ed. Guaíra, 1943.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro : Ed. Freitas Bastos, 1945, vols. I,II, t.III; 5.^a ed., vol. IV . Campinas : Bookseller Ed., 2001, vol. II, t.III.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

_____. *Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi

CARVALHOSA, Modesto e LATORRACA, Nilton. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v.3. São Paulo : Saraiva, 1998.

_____. *Acordo de Acionistas*. São Paulo : Ed. Saraiva, 1984

CATEB, Alexandre Bueno. A Sociedade em Comum, in *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2004

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli e MARQUES, Claudia Lima (coord) *et alii* *Direitos do Consumidor Endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo : Ed. RT:, 2006

CHALHOUB, Melhim N.. *Propriedade Imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHAMPAUD, Claude. *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*. Paris : LGDJ, 1962.

CHAUFTON - *L'Assurance*, Paris, 1884, p. 216, apud Pedro ALVIM.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e Democracia*. São Paulo : Ed. Cortez, 1997

CHERUBINI - *Profili del mutuo soccorso in Italia dalle origini al 1924*, in *Prev. sociale*, 1961.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Código Comercial e legislação complementar anotados*. 3ª ed. São Paulo : Ed. Saraiva, 1997.

_____ *Manual de Direito Comercial*. São Paulo : Saraiva, 2000

COMPARATO, Fabio Konder, *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo : Ed. Saraiva, 1995.

_____ *Função social da propriedade e dos bens de produção, in Direito Empresarial : estudos e pareceres*. São paulo : Saraiva, 1999.

_____ *A Reforma da Empresa*. Rio de Janeiro : Revista Forense, n.º 290, p.9, jun.1985.

_____ *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1983.

_____ *Essai D'Analyse Dualiste de L'Obligation en Droit Privé*. Paris : Dalloz, 1964.

CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra : Ed. Almedina, 1997,1406 p.

CORRÊA. Luiz Fabiano. *A proteção da Boa Fé nas Aquisições Patrimoniais*. São Paulo: LEX, 2001.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. Belo Horizonte : Livraria Del Rey, 2003

COSTA, Philomeno J. da. *Anotações às Companhias*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1980, v.I

COSTA, Salustiano Orlando de Araújo, que se assinava o CONSELHEIRO

ORLANDO, em seu *Código Commercial do Brazil (annotado)*, Rio de Janeiro : Laemmert & C., editores-proprietários, 1896

COSTA JÚNIOR, Olympio. *A Relação Jurídica Obrigacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COTTINO - *Diritto Commerciale*, II, Padova, 1978.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky. 1976.

CREMIEU – *De la reassurance, essai d'une théorie générale*. Paris : LGDJ

CUNHA, Rodrigo Ferraz P. Reorganizações Societárias no Novo Código Civil, in *Direito de Empresas no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2004

CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por Ações*. São Paulo : Saraiva, 1973.

DANTAS, San Thiago. *Programa de Direito Civil*. Vol. I, 3.^aed., revista e atualizada por TEPEDINO, Gustavo et alii. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2001.

DAVIES, Christian Galvão e SCALZO, Juliana Canarim. Função Social da Empresa e do Contrato. *Revista de Direito Internacional e Econômico, Porto Alegre, n.º 14*, jan./fev./mar. 2006, p.14

DEBS, Richard A Globalização no Mercado de Capitais, palestra na Inglaterra em 20.10.1986, cf. *Revista da CVM, v.5,n.15,jan.fev.e mar.de 1987, p. 13/14..*

DE GREGORIO e FANELLI, *Il Contratto di assicurazione*, Milano : Giuffrè, 1987.

DE SMET - *Les assurances maritimes* : Paris : LGDJ, 1934,.

DEAN, A.H. The Federal Securities Act: I, *Fortune* 50, 106 (August 1933)

DEL VECCHIO - *Le assicurazioni di Stato nei Ducati di Modena e Parma*, Bologna, 1911.

DESSAL, RENÉ – *El seguro mañana*, Madrid : MAPFRE, 1977

- DIAS, José Aguiar. *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro : Forense, 1987, v.I e II.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Civitas :Madrid, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004
- DINIZ, Eli. Globalização, reforma do estado e teoria democrática contemporânea. São Paulo *Perspec. vol.15 no.4* São Paulo Oct./Dec. 2001. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400003>>. Acesso em: 22 ago. 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro.- Teoria Geral do Direito Civil*. 3.ªed. São Paulo : Saraiva, 1993, v.I
- DONATI - *Manuale di diritto delle assicurazione private* – Milano, 1960.
- DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones generales del derecho privado*, Madrid : Casa Editorial , 1912.
- _____. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. POSADA, Adolfo G.;JAEN, Ramon; e POSADA, Carlos G. Buenos Aires : Heliasta, 1975.
- DUWORKIN, Ronald - *Questioni di Principio*, org. por Maffettone. Milano, 1990.
- _____. *Los Derechos en Serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.
- BUSSI, E. *La formazione dei dogmi*. Milano : Giuffrè, 1950
- EHLICH, Eugen. *Fundamentos de Sociologia do Direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986.
- ELIACHEVITCH, Basile. *La Personnalité Juridique en Droit Privé Romain*. Paris : Ed. Sirey , 1942.

ENDEMANN. *Goldschmitt's Zeitschrift*, v.X, Berlin, 1950.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1977.

ESCARRA, Jean. *Manuel de Droit Commercial*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1947.

ESSER. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatsrechts*, Tübingen,1956,ou: *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. esp., Barcelona, 1961

FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e da Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: SAF, 1988.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Sociedades Limitadas*. São Paulo : Ed. Atlas , 2003.

FÉRES, Marcelo Andrade. Empresa e Empresário : do Código Civil Italiano ao Novo Código Civil Brasileiro, in *Direito de Empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2004

FERRARA, Francesco. *Teoría de las personas jurídicas*. Madrid : Editorial REUS, 1929.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. *Equilíbrio contratual*.In: LOTUFO, Renan (Coord.) *Direito Civil-Constitucional – Cadernos I*. São Paulo : Max Limonad, 1999.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. São Paulo : Freitas Bastos,1947, v.I

_____ *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo : Saraiva, 1961, 4.º v.

FERRI,Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino : Ed. UTET, 1994

FLECKNER, Andreas. *Fordham Law Review*,vol. 74, p. 2.618

FLORES, Jorge Oscar de Mello. Conferência proferida em 19.11.1998 e reproduzida na *Revista Carta Mensal* n.º 529, publicação da Confederação Nacional do

Comércio – CNC : Rio de Janeiro, 1998.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*.

FONTAINE, Marcel, e GHESTIN, Jacques, *Les Effets du Contrat à L'Égard des Tiers*. Paris: LGDJ, 1992.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1986

FREEMAN, R.Edward and REED, David : Stockholders and Stakeholders: a New Perspective on Corporate Governance, *in California Management Review*, 25-3, 1983.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.

FREITAS, Juarez de. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FRITZ, Christian. *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der EU*. Wien : Linde, 1996.

FURTADO, Celso. *Brasil. A construção interrompida*. Rio de Janeiro : Ed. Paz eTerra ,1992.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord.) *Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica - Visão Crítica da Jurisprudência*. São Paulo : Ed Atlas, 2009, 246 p.

_____. (Coord) *et alii. Função Social no Direito Civil*. 2.ªed., São Paulo : Ed Atlas, 159 p.

GAMBARO, Antonio. *Danno Ambientale e Tutela degli Interessi Diffusi*, *in Per una Riforma della Responsabilità Civile per Danno all'Ambiente*, Milano : Giuffrè.

_____. *Note sul Principio di Tipicità del Diritti Reali*, em *Clausole e Principi Generali nell'argomentazione Giurisprudenziale degli Anni Novanta* (org. Luciana Cabella Pisu e Luca Nanni). Milano : CEDAM, 1998.

GARCEZ, Martinho. *Direitos das Coisas*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio,

1915.

GARCIA, Antonio Roman. *La Tipicidad en Los Derechos Reales*. Madrid : Montecorvo, 1994.

GASPERONI, Nicola. *Las acciones de las sociedades mercantiles*. Trad. espanhola. Barcelona : Manuales Soler, 1928.

GÉNY. Risques et responsabilité – À Propos de Deux Thèse Récentes, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo I(1902).

GHERSI, Carlos A. Funciones y responsabilidad de la empresa en el Mercosur. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.723, jan.1996

GIANNINI, Gennaro. *Danno da Menomazione Psichica*, in *Medicina e Diritto*, 2ª edizione, Milano : Giuffrè

GIERKE, Julius von. *Derecho comercial y de la navegación*. Buenos Aires : Tip. Editora Argentina, 1957.

GIDDENS, Anthony. *Beyond Left and Right*. London : Cambridge University Press, 2000

GIL, Antonio Herandez. *Obras Completas*. Madrid: Espasa-Calpe, 1989.

GIORGIANI, Michele. O Direito privado e suas atuais fronteiras. *Separata da Revista dos Tribunais*, n.º 87, v.747, janeiro de 1998.

GOBBI - *Le società di mutuo soccorso*, 2ªed, Milano : Giuffrè, 1901, 1909

_____ *Osservazione sulla relazione fra caratteri economici e caratteri giuridici dell'assicurazione*, in *L'Assicurazione in generale*, rist.2ª ediz., Roma, 1974.

GOLDSCHMIDT ,L – *Handbuch des Handelsrechts*, Erlangen : G. Verlag, 1874

_____ *Storia universale del Diritto commerciale*, trad. italiana, Torino, 1913.

GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro : Forense

- GOMES, Orlando. *Novas Questões de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1979..
- _____. *Significado Ideológico do Conceito de Direito Real*, em *Escritos Menores*. São Paulo :Saraiva, 1981
- _____. *Contratos*, 17ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1996
- _____. *Direitos Reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2004.
- GOMEZ, José. *Del Contrato Real y de la Promesa de Contrato Real*. Santiago: Nascimento, 1947.
- GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Anais. Fortaleza : 3,4 e 5 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.ligiatavares.com/gerencia/uploads/arquivos/24cccb375b45d32a6dfb183f8122058.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2011.
- GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos Reais e Autonomia da Vontade (a Tipicidade dos Direitos Reais)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GONETTA. *Le società di mutuo soccorso e cooperative in Europa e specialmente in Italia*, Pistóia, 1887.
- GOYOS Jr., Durval de Noronha. *Dicionário Jurídico* . São Paulo : Observador legal, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo : Malheiros, 1996
- GRECCO, *Contratto di lavoro* n.24.26
- GREENSPAN, Alan. *The Age of Turbulence*. New York: Penguin Books, 2008
- GREENWOOD, Daniel J. H. Fictional Shareholders – for whom are corporate managers trustees, revisited. *Southern California Law Review* 1021 (1996)
- GUIMARÃES, Ruy Carneiro, *Sociedades por Ações*. Rio de Janeiro : Forense, 1960, v. 1
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Conselho Fiscal e o Direito à Informação. *Revista de Direito Mercantil (RT)* n.º 45, 1982

_____ *Regime Jurídico do Capital Autorizado*. São Paulo : Saraiva, 1984

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Desconsideração da Pessoa Jurídica (aspectos de direito material e processual) *Revista Forense*, n.º 371.

GUTTON, em seu *La società e i poveri*.

HABERMAS, JÜRGEN. *La Constelación Posnacional*, 1998, trad esp. de 2000, Barcelona : Ed Paidós

HALPERIN - *Les assurances en Suisse et dans le monde, leur rôle dans l'évolution économique et sociale*, Neuchâtel, 1956.

HALPERIN, Isaac. *Seguros*, Buenos Aires, 1972.

_____ *La notion de sécurité dans l'histoire économique et sociale*, in *Revue d'histoire économique et sociale*, 1952

_____ *Seguros, exposición crítica de la Ley 17.418* : Buenos Aires, 1972, 297

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*, trad.espanhola, Barcelona : Ed. Ariel, 1987.

HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Trad. por Carlos Ruiz del Castillo. Madrid : Instituto Editorial REUS, 1923.

HEGEL, G.-W. Friedrich. *System der Philosophie, 1 – Die Logik - Sämtliche Werke, Jubiläumsausgabe in zwanzig Bänden*, Stuttgart, 1929, Ed. Glockner, Hermann

HEMARD. *Théorie et Pratique des Assurances Terrestres, 1924*, in Publicação nº 15- IRB, Noções Fundamentais de Seguros.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes N. *Revista Jurídica*, n.117, p.57, jan./fev.1987.

HOUIN, Corinne. *Le Droit de Preemption*. Paris: LGDJ, 1979.

IPPOLITO. *Lineamento di una teoria unitaria delle assicurazioni private e pubbliche*, in *Assicurazioni*, 1982.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano : Giuffrè , terza edizione,1979.

ITURRASPE, Jorge. *Medios para Forzar el Cumplimiento*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1993.

JAYME, Eryk. *Narrative Normen im internationalen Privat-und Verfahrensrecht*. Tübingen : Nomos Verlag, 1993.

_____Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado, in *Revista dos Tribunais* : São Paulo, n.º 759, p.25

JENNER, Andrew; apud Roberto Souza Gonzalez, “A valorização da empresa no Mercado ao abrir o capital”, São Paulo : Access Consulting Assessoria Empresarial, Seminário IIR Conferences, em 27.11.2001.

JENSEN, Michael C. e MECKLING, William.In *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*. *Journal of Financial Economics*, 3(4) : 1976.

JHERING, Rudolf von. *Der Geist des Rechts - Eine Auswahl aus seinen Schriften*. Bremen : Buchwald, Fritz, 1965.

JOHNSON Jr., Charles J. and MCLAUGHLIN, Joseph. *Corporate Finance and Securities Laws*. Aspen Law and Business : New York, 1997.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des lois et de leur relativité*, 1939, Paris

_____ *Les Transports*, Paris, 1919.

_____ *De la Responsabilité du Fait des Choses Inanimées*, de 1897, que em 1930 foi resumida pelo próprio Josserand numa conferência publicada sob o nome: *L'Évolution de la Responsabilité*, in *Evolutions etActualités*, pp. 29-51, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936.

_____ *Relatividad y abuso de los derechos. Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Santa Fé de Bogotá : Temis,1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid : Ed. Ariel, 1980.

_____ *Kritik der reinen Vernunft*, 2ª ed., Berlin : Georg Reimer, 1911

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, 4.^a ed., São Paulo : Ed. Martins Fontes , 1994, 427.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *O Contrato de Seguro no Direito Brasileiro*, Labor Juris, 1^a ed, 2000.

LA TORRE, Antonio. *Riflessioni sulla storia dell'avaria comune*, in *Diritto marittimo*, 1987

_____ *L'Assicurazione nella storia delle idee*, 2^aedizionale, Milano: Giuffrè, 2000.

LACERDA, J. C. Sampaio de. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo : Saraiva, 1978

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo* n.º 190, out./dez.1992, Rio de Janeiro.

_____ *O Capital Social no sistema jurídico americano*. Revista Forense, v. 346, 1999, Rio de Janeiro : Forense

_____ e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro : Renovar, 1992.

LANDIM, Francisco. *A Propriedade na Teoria da Aparência*. São Paulo: Cid, 2001.

LAVELEYE, Émile. *De la Propriété et des ses Formes Primitives*. Paris: Germer, 1874.

LE GOFF, Pierrick. Faut-il supprimer les sociétés à risque limité? Apport et critique de l'analyse américaine du droit des sociétés. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.51(3), juin à septembre 1999.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo :Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LIRA, Ricardo-César Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LISBOA, José da Silva. *Princípios de Direito Mercantil*, Rio de Janeiro : Forense,

1874

LOBO, Jorge. A empresa : novo instituto jurídico. *Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.5.,n.17, 2002.*

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.42, abr./jun. 2002.*

_____. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutriana/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 29 ago. 2010.

LODI, João Bosco. *Governança Corporativa*. São Paulo : Ed. Campus , 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

LOPES, Mauro Brandão. *A Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo : Saraiva, 1990.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LOZANO, A. Guardiola. *Manual de Introducción al Seguro*.

LUCCA, Newton de. A reponsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras. *Revista de Direito Mercantil (RT) n.67*

LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*, Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 6ª edição, 2005.

LUÑO. Antonio-Henrique Pérez. *La Seguridad Jurídica*. 2ª ed. Barcelona : Ariel, 1994.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *Sobre a analítica do poder de Foucault*. Tempo Social, Rev. Sociologia da USP : São Paulo, 7(1-2), outubro de 1995.

MAMEDE, Gladston. *Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias*. São Paulo : Ed. Atlas, 2004

MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Específica*. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2ªed., Revista dos Tribunais : São Paulo, 1995.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. 4.ªed., São Paulo : RT, 2002

_____. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes : o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. *Revista da Esmese : Sergipe, 2004, n.º 07*

MARTIN, in *The History of Lloyd's and of Marine Insurance in Great Britain*, London, 1876.

MARTINS, Fran. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, artigo por artigo*. Rio de Janeiro : Ed. GEN, 2010, 4.ª edição, revista e atualizada por Roberto Papini e David Gonçalves de Andrade Silva.

_____. *Curso de Direito Comercial*. 34.ª ed., Rio de Janeiro : Ed. GEN, 2011, revista, e atualizada por Carlos Henrique Abrão

MARTINS DA SILVA, Américo Luís. *Introdução ao Direito Empresarial*. 2.ªed. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2005.

MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de Seguro – Responsabilidade Civil das Seguradoras*, 1ªed., Rio de Janeiro : Ed. ForenseUniversitária, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. São Paulo : *Revista dos Tribunais*, n.680, jun 1992.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *O Conceito de Valor Mobiliário*. *Revista de Direito Mercantil (RT) n.59*

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MAZEAUD, Henri et MAZEAUD, Léon. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit*

Français, tomo I, nº 2, Paris.

MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2004, v.I

MENDES, Isabel Pereira. *O Registro Predial e a Segurança Jurídica nos Negócios Imobiliários*. Coimbra: Almedina, 1992.

MENDES, João José de Souza. *Bases Técnicas do Seguro*, São Paulo: Manuais Técnicos de Seguro, 1977.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 6.^a ed., Rio de Janeiro : Ed. Freitas Bastos, 1963.

MENDONÇA, M.I.Carvalho de. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, v.2, Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1955

MENEZES CORDEIRO, António. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____ *Direitos Reais*. Coimbra: Reprint, 1979

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. V.3, 1.^a parte, tít. 1.^o. Milano : Dott. Giuffrè Editore , 1952, §152, n.^o 16, p. 382-384

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____ *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MITCHELL, Lawrence E. Cooperation and Constraint in the Modern Corporation: An Inquiry into the Causes of Corporate Immorality. *Texas law Review*, 73, 477, 480, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1960.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro : Anaconda Cultural, 1986,p. 61

MONTES, Angel Cristobal. *La Estructura y los Sujetos de la Obligacion*. Madrid: Civitas, 1990.

MORAES, A *Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, vol. 1, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ.

_____ *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____ *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2006, 592 p.

_____ *Na Medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2011

MORANDI . *Estudios de Derecho de Seguros*, Buenos Aires, 1971.

MORENO, Alfonso Perez. *La Reversion en Materia de Expropiacion Forzosa*. Sevilha: Universidade de Sevilha, 1967.

MOURA, Myriam Nóbrega de . *O Balanço Social e o Direito*. Rio de Janeiro : Ed. Lumen Juris, p. 2002, p. 144

MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Textos de Direito Civil*. Campinas: Juruá, 1998.

MUSSNICH, Francisco A. M. Reflexões sobre o Direito de Recesso na Minirreforma da Lei das Sociedades por Ações. *In A Reforma da Lei das S.A.*, coord. por Jorge LOBO, São Paulo : Ed. Atlas, 1998

NACD: National Association of Corporate Directors, que edita regras não para países, como a OECD, mas para dirigentes e membros do Conselho de Administração.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo : Ed. LTr, 2002, p.213.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*. Curitiba: Juruá, 2001.

NASCENTES, Celio Olympio. *Curso de Resseguro e retrocessão*, apostila do Centro

de Estudos da FUNENSEG.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

_____. *Teoria do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOAILLES, Luis. *Derechos Reales y Privilegios*. Buenos Aires: Arayu, 1955.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. 1.^a ed. São Paulo : Ed. Saraiva, 1979. 694 p.

OLIVENCIA, Manuel. Corporate governance y ordenamientos de Derecho civil. *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores* n.2. Madrid, mar.2001..

ORTOLAN, J. *Explication Historique des Instituts de L'Empereur Justinien*. 12^a ed. Paris: Librairie Plon, 1883.

PANNUNZIO, Vincenzo, in *Teoria giuridica dell'impresa*, Milano :Giuffrè, 1974, p. 8-12

PANTOJA, Teresa Cristina G. Os conceitos norte-americanos de *creditworthiness* e *equityworthiness* como reflexos da mudança de paradigma. *Rev. Direito, Estado e Sociedade*. v.9.n.º19, p.157 a 177, ago/dez 2001.

_____. Poder de Controle versus Gerenciamento nas Estatais. Estudos APEC. *A Economia Brasileira e suas Perspectivas*, v.XXVIII, 1989, p. 165/179:

PARENTE, Norma. Governança corporativa. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n.º 15, janeiro-março de 2002.

PAPI. *Lezioni di economia politica e corporativa*, 1940, p. 99,.apud ASQUINI.

PASQUALOTTO, Adalberto *et alii*, coord. de Claudia Lima Marques, José Reinaldo de Lima Lopes e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, in *Saúde e Responsabilidade: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde*, Biblioteca de Direito do Consumidor-13, Ed. Revista dos Tribunais, SP,1999.

PASSARELLI, F. Santoro. *Dottrina generale del diritto civile*. Napoli, 1954.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de Capital nas Sociedades Anônimas*.

1.ªed., Ed. Saraiva : São Paulo, 1988, p. 20

PEREIRA, Caio Mário da Silva - *Instituições de Direito Civil*, v.I, II, III, Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1998.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*, São Paulo : Ed. Martins Fontes, 1999.

PEREZ, Viviane. Dissertação de mestrado na UERJ: *Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito*. Orientador: TEPEDINO, Gustavo. 2006

PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli : Ed. Scientifiche Italiane, 1984.

PERSIANI. *Sicurezza sociale (diritto interno)*, Appendice, vol. VII, p. 212 e segs. : Torino, 1987

PERSICO, Clemente. *La riassicurazione – 1926*

PICARD et BESSON. *Traité générale des assurances terrestres*, Paris : Sirey, 1938, v.I, .

PICARD, Maurice et BESSON, André. *Traité général des assurances terrestres*, Paris, 1938

PIPES, Richard. *Propriedade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, nota 1 ao n.º3.007.

PONT, Manuel Broseta. *La Empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid : Ariel, 1956.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro : Ed. Borsói, 1971, v. 16,28,29,30,49

POSNER, Richard A. *An economic analysis of law* . 4.ªed. Boston : Little Brown, 1992.

_____ *A Failure of Capitalism* Cambridge, MA : Harvard University Press, 2009, 346

POTHIER, R. J. *Traité des Obligations*. Paris: M. A. F. Masson, 1883.

QUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997.

_____. *Du Droit Individualiste au Droit Social*. Archives de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique, Paris : Sirey, n.3-4, 1931.

RAMÍREZ, Federico Arcos. *La Seguridad Jurídica – Una Teoría Formal*. Madrid: Dykinson, 2000.

RAMOS, Gisela Gondin. *Princípios Jurídicos* Belo Horizonte : Ed. Forum, 2012

RANOUIL, Véronique. *La Subrogation Réelle em Droit Civil Français*. Paris: LGDJ, 1985.

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. (vol. 2 - Teoria Geral do Direito Subjetivo. Análise dos elementos que constituem os direitos subjetivos - atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval). São Paulo: Revista dos Tribunais. (Sem data)

REINHARDT, Rudolf. *Gesellschaftsrecht*. Tübingen : Mohr, Siebeck, 1973, p. 18, n.º 36.

REALE, Miguel. *Projeto do Código Civil* São Paulo : Ed. Saraiva, 1986

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo : Ed. Saraiva , 1980, v1 e v.2.

_____. *Curso de Direito Comercial*. 14.ª ed., São Paulo : Ed. Saraiva, 1984, 1.º vol.

_____. *Projeto de Código Civil – Apreciação crítica sobre o Livro II - Da Atividade Negocial*, RT 478, 1975.

RIBAS, Conselheiro Joaquim. *Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

RIPERT, Georges. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris : Dalloz.

_____ *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 4.^a ed., 1949.

RITTNER, Fritz. *Die werdende juristische Person*. Tübingen : Ed. Mohr, 1973..

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____ *Direito de Empresa*. 4.^aed., Rio de Janeiro : Forense, revista, atualizada e ampliada, 2011, 1.164 p.

ROCHA, Clóvis Paulo da. *A Eficácia da Transcrição*. Rio de Janeiro: tese.

RODOTÁ, Stefano. *El Terrible Derecho*. Madrid: Civitas, 1986.

_____ *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano : Ed. Feltrinelli, 2006, terza edizione

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Sociais* . São Paulo : Ed. Atlas, 1988

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988.

ROSSETTI, José Paschoal e ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 5.^aed., São Paulo : Atlas, 596 p.

ROTONDI, Giovanni. Dalla 'Lex Aquilia' all'Articolo 1.151 Cod.Civ., 1916, *Rivista di Diritto Commerciale*, republicado em *Scritti Giuridici*, vol.II(*Studi sul Diritto Romano delle Obbligazioni*), Milano : Hoepli,1922.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1958.

SALEILLES, Raymond. *Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile*, nº50 e ss.. Paris : Librairie du Recueil,Sirey, 1938, orig. escrito em 1897.

_____ apud MARTINS, Pedro Baptista, in *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3.^a ed., Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1997.

_____ *De la personnalité juridique*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1929.

SALVIOLI. *L'assicurazione e il cambio marittimo nella storia del diritto italiano*,

Bologna, 1884.

SAN TIAGO DANTAS. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*. (revista por Gustavo Tepedino *et alii*). Rio de Janeiro: Forense. 2001.

SANTOS JUNIOR, E. *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v.XIX, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1958

_____ *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 11ªed., v.XIX.

SAPORI. *Il giusto prezzo nella dottrina di S. Tommaso e nella pratica del suo tempo*, reproduzido na coleção org. por CAPITANI, *L'etica economica medievale*, Bologna, 1974.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SAVATIER, René. *Traité de Responsabilité Civile*, Paris : LGDJ, 1951.

SCHÄFER, Hans-Bernd e OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid : Tecnos, 1991, p.21

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHWARZENBERG. *Ricerche sull'assicurazione marittima a Venezia*, Milano: 1969.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil, vol. VI (Direito das Coisas)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

- SERVER. *El Cumplimento Forzoso de las Obligaciones*. Zaragoza : Cometa, 1995.
- SHLEIFER, Andrei, and VISHNY, Robert W. In: A Survey of Corporate Governance. *Journal of Finance*: 52(2) .
- SIFFERT FILHO, Nelson. Governança corporativa: Padrões Internacionais e Evidências Empíricas no Brasil nos Anos 90. *Rev.do BNDES : Rio de Janeiro*, v.9, jun.1998.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *Sociedades empresariais*, Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2006, vol.I.
- SILVA, Geraldo José Guimarães da. *A Crise da Empresa no Direito Falimentar Comparado*. (tese de doutoramento submetida à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo : Malheiros, 1967
- SIMÃO FILHO, Adalberto. *A Nova Sociedade Limitada*. Barueri : Ed. Manole, 2004
- SOLOMON, Lewis D. & PALMITER, Alan R. *Corporations – Examples and Explanations*. Boston, Toronto, London : Little Brown & Co., 1990
- ____SCHWARTZ, Donald E. & BAUMAN,Jeffrey D. *Corporations – Law and Policy*. Minnesota : West Publishing, 1990, 2.ª impressão
- SOUZA, Herculano Inglês de, in *Projeto de Novo Código Comercial*, 1912.
- STAJN, Rachel. O direito de recesso nas sociedades comerciais. *Revista de Direito Mercantil (RT)* n.71.
- ____ *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- TARELLO, Giovanni. *La Disciplina Costituzionale della Proprietá*. Gênova:

Universidade de Gênova, 1972.

TARGA. *Ponderazioni sopra la Contrattazione Marittima*, cap.LII, n.23, Genova, 1692

TARTUFARI, Luigi. *Dei Contratti a Favore di Terzi*. Verona: Tedeschi, 1889.

TAVARES PAES, Paulo Roberto. *Manual das Sociedades Anônimas*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Da sociedade por quotas*. São Paulo : Ed. Max Limonad, 1956.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes, *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*, em *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro : Renovar

_____. (org). *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira, em *Studia Juridica 48*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, separata.

_____. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro : Padma, vol.2, 2000.

_____. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança : a exegese da cláusula to the best knowledge of sellers. In: *Temas de Direito Civil*.vol.2. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

_____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TEUBNER, Gunther. *Unitas Multiplex : Corporate Governance in Group Enterprises in Regulating Corporate Groups in Europe*. Bade-n-Baden : Ed. Gunther Teubner, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990.

THALER, Richard, A behavioral approach to law and economics, *50 Stanford L. Rev.*1471(1998)

THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela Antecipada, *RJ 232*, p.5-20.

TINOCO, João Eduardo Prudêncio. *Balanço Social. Uma Abordagem de Transparência e da Responsabilidade Pública das Organizações*. São Paulo : Ed Atlas, 2001.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima*. São Paulo : Ed. Atlas, 1997

TORRENTE, Andrea. *Manuale de Derecho Privado*. Milano: Giuffrè, 1952.

TOSCANO, Giovanni. *Danno Biologico e Danno Morale*, in *Medicina e Diritto*, 2ª. Edizione. Milano : Giuffrè Editore, 510 p..

TOURINHO, Marcelo Abreu dos Santos. in *A Função Social e seus reflexos sobre a empresa*, monografia de conclusão de bacharelado na PUC, orientador CHEDIAK, Julian Fonseca Peña, 2008.

TRIBONIANO, *apud* José Lamartine Corrêa de Oliveira : *quod cujuscumque universitas nomine* (Digesto, Tít. III, 4).

TROPLONG, M. *Sociétés Commerciales*. V.I., Bruxelles : Meline Cans et Cie. 1868, n.º 140

TUHR, Andreas von. *Derecho Civil: Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Buenos Aires: De Palma, 1947.

TUNC, André. Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni . *Revue Internationale de Droit Comparé* n.46(1) , Paris, Société de Législation Comparée, 1994

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1959, 3 vols.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em Geral*. 2 v. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*,v.3: São Paulo : Atlas, 2002.

- VERRUCOLI, Piero. Enti pubblici e imprese, in *N. Riv. di Diritto Commerciale*, 1951.
- _____ Riforma tributaria ed evoluzioni del concetto di impresa, in *Riv. Soc.*, vol. 22, F. 3-4, 1977, p. 382-413; e também GALGANO, Francesco, in *La riforma dell'impresa*, in *Riv. Soc.*, vol.21, F 34, 1976
- _____ *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano : Giuffrè, 1964
- VETTORI, Giuseppe. *Efficacia e Opponibilità Del Patto di Preferenza*. Milão: Giuffrè, 1988.
- VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça, 1979.
- VIVANTE, Cesare. *Del Contrato de Seguro - De la Prenda – Del Deposito em los Almacenes Generales*. Colección BOLAFFIO, ROCCO, VIVANTE. *Derecho Comercial*, v.14. Buenos Aires : Ediar Soc. Anón. Editores, 1952, trad. por Santiago Sentís Melendo da 6ª edição da Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1935.
- _____ *Os Comerciantes*, in *Tratatto di diritto Commerciale*. 5.ªed., rev. e ampliada, 3.ª impres., Milano : Ed. Vallardi, revista por COMPARATO, Fabio Konder, *RDM*, 102:134-8, abr./jun.1996
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1975.
- _____ *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos*. São Paulo : Ed. Juarez de Oliveira, 2005
- _____ *Comentários ao Novo Código Civil, Livro II – Do Direito de Empresa*, coord. Salvo de Figueiredo Teixeira. Ed. Forense : Rio de Janeiro, 2005, v. XIV
- WADE, Cheryl L. Corporate Governance as Corporate Social Responsibility : Empathy and Race Discrimination, na obra coletiva *Corporate Governance - Law, Theory and Policy*. Durham, NC : Carolina Academic Press. Edited by Thomas

Woo,2004

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge, e CASTRO,Rodrigo Monteiro de, na internet, em texto acessível no sítio. Disponível em: <www.sasimplificada.com>. Acesso em: 15 nov. 2012

WATSON, Alan. *Legal transplants – an approach to comparative law*. Athens, Georgia : The University of Georgia Press, 1974.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. México : Ed. Fundo de Cultura Económica, 1992.

WESTERMANN, Harm Peter. *Direito das Obrigações*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1983.

WINDSCHEID, Bernhard u. KIPP, Theodor - *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt, 1906

WOLFF, Martin. *Derecho de Cosas*. 10ª ed, Barcelona: Bosch, 1971.

ZANINI, Carlos Klein. *A Dissolução Judicial da Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2005