

Empresa e Atividades Econômicas

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Catharina
Antonio Celso Alves Pereira
Carlos Eduardo Japiassú
Cleyson de Moraes Mello
Elena de Carvalho Gomes
Guilherme Sandoval Góes
João Eduardo de Alves Pereira
José Maria Pinheiro Madeira
Marcelo Pereira Almeida
Maurício Jorge Pereira Da Mota
Nuria Belloso Martín
Rafael Mário Iorio Filho
Sidney Guerra
Theresa Calvet de Magalhães
Vanderlei Martins
Vânia Siciliano Aieta

Empresa e Atividades Econômicas

COORDENAÇÃO:
Carlos Eduardo Guerra de Moraes
Ricardo Lodi Ribeiro

ORGANIZAÇÃO:
Marcelo Leonardo Tavares

AUTORES:

Alexandre de Albuquerque Sá
Alexandre Ferreira de Assumpção Alves
Aline Teodoro de Moura
Bárbara dos Santos Moreira
Carolina Schabbach Oliveira Ribeiro
Caroline da Rosa Pinheiro
Cláudio Luiz de Miranda Bastos Filho
Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich
Gustavo Flausino Coelho
Ivan Simões Garcia
José Carlos Vaz e Dias
José Gabriel Assis de Almeida

Leonardo da Silva Sant'Anna
Marcelo Leonardo Tavares
Maria Luiza Firmiano Teixeira
Mariana Pinto
Mauricio Moreira Menezes
Murilo Oliveira Souza
Raphaela Magnino Rosa Portilho
Ricardo José Leite de Sousa
Ricardo Villela Mafra Alves da Silva
Rodrigo Lychowski
Vinicius Figueiredo Chaves



*Copyright © 2015 by
Carlos Eduardo Guerra de Moraes / Ricardo Lodi Ribeiro*

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610, de 19.2.1998.
É proibida a reprodução total ou parcial, por quaisquer meios,
bem como a produção de apostilas, sem autorização prévia,
por escrito, da Editora.

Direitos exclusivos da edição e distribuição em língua portuguesa:

Maria Augusta Delgado Livraria, Distribuidora e Editora

Editor: *Isaac D. Abulafia*

Capa: *Alex Lethy / Comitê Direito Uerj 80*

Diagramação: *Jair Domingos de Sousa*

DADOS INTERNACIONAIS PARA
CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

E55

Empresa e atividades econômicas / organização: Marcelo
Leonardo Tavares ; autores: Alexandre de Albuquerque Sá ...
[et al.] . – Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2015.
462 p. ; 23 cm. – (Direito UERJ / coordenação: Carlos Eduardo
Guerra de Moraes, Ricardo Lodi Ribeiro ; 4)

ISBN 978-85-7987-232-7

1. Direito empresarial – Brasil. I. Tavares, Marcelo Leonardo
II. Sá, Alexandre de Albuquerque III. Série.

CDD- 346.81065



Freitas Bastos Editora

Tel./Fax: (21) 2276-4500
freitasbastos@freitasbastos.com
vendas@freitasbastos.com
www.freitasbastos.com

SUMÁRIO

Breves Notas Sobre a Criação E História da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro e Sua Incorporação à Universidade do Distrito Federal (UDF).....	9
<i>Ricardo Pereira Lira</i>	
Apresentação.....	13
<i>Sérgio Campinho</i>	
DIREITO EMPRESARIAL	
A Lei Complementar Nº 147/2014 e as Alterações ao Plano Especial de Recuperação Judicial das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.....	17
<i>Alexandre Ferreira de Assumpção Alves / Bárbara dos Santos Moreira</i>	
Companhia Institucional?.....	47
<i>Mauricio Moreira Menezes</i>	
Aspectos Jurídicos do Contrato de Opção de “Compra” de Ações de Emissão de Sociedade Anônima Legal Aspects Of Stock Option Agreement In Brazilian Corporation.....	79
<i>José Gabriel Assis de Almeida / Aline Teodoro de Moura</i>	
Solidariedade Entre Sociedades de Um Grupo Societário e Responsabilidade Perante Terceiros: Um Olhar da Teoria Geral das Obrigações, do Direito Societário e Concorrencial Solidarity Between Companies Of a Corporate Group And Third Party Liability: a Look Of The General Theory Of Obligations, Corporate And Competition Law.....	95
<i>Carolina Schabbach Oliveira Ribeiro</i>	
Reflexões Sobre a Aplicação do CDC aos Contratos Empresariais ...	121
<i>Caroline da Rosa Pinheiro</i>	

Eireli: Passado, Presente e Futuro Individual Limited Liability
Company: Past, Present And Future..... 147
Cláudio Luiz de Miranda Bastos Filho

Um Estudo Sobre a Executividade das Cédulas de Crédito Bancário 171
Alexandre de Albuquerque Sá

Direito Societário e Arbitragem: Resolução de Conflitos de Interesses.. 195
Gustavo Flausino Coelho

O Abuso do Direito no (ou Decorrente do) Contrato de
Sociedade Limitada..... 211
Mariana Pinto

Contrato de Prestação de Serviços de Gestão de Fundos de
Investimento: Análise da Responsabilidade do Gestor e do
Administrador Com Relação aos Cotistas..... 233
Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

Sustentabilidade, Empresa e Governança 261
Vinicius Figueiredo Chaves

DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

The Brazilian Legal Framework And The Elements Of The Tax
Incentives For The Promotion Of R&D: Who Can Benefit
From The Incentive Law? | O Arcabouço Jurídico Brasileiro e os
Elementos dos Incentivos Tributários Para a Promoção de PD&I:
Quem São os Beneficiários Dessa Lei de Incentivo?..... 287
José Carlos Vaz e Dias

Panorama da Legislação Sobre Inovação: Lei no 10.973/2004, Emenda
Constitucional Nº 85/2015 e o Projeto de Lei Nº 2.177/2011 309
Maria Luiza Firmiano Teixeira / Leonardo da Silva Sant'Anna

A Legalidade dos “Links” Patrocinados: Violação da Marca Pela
Concorrência Desleal Por Desvio de Clientela e Publicidade
Parasitária 331
Murilo Oliveira Souza

Os Direitos da Propriedade Intelectual na Perspectiva do
Paradigma da Inovação Aberta | Intellectual Property Rights
From The Perspective Of The Open Innovation Paradigm357
Raphaela Magnino Rosa Portilho

DIREITO DO TRABALHO

O Trabalho e as Liberdades: À Sombra das Novas Formas
de Controle.....395
Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich

Liberdade e Trabalho: Aporte Crítico Para a Teoria Contratual
do Direito do Trabalho411
Ivan Simões Garcia

A Liberdade do Exercício da Atividade Profissional: Análise
Dialética da Decisão do STF Sobre a Obrigatoriedade do
Diploma Para o Exercício do Jornalismo429
Rodrigo Lychowski

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

A Aplicação do Princípio da Solidariedade na Previdência Social....447
Marcelo Leonardo Tavares / Ricardo José Leite Sousa

COMPANHIA INSTITUCIONAL?

Maurício Moreira Menezes

Resumo:

Este artigo objetiva analisar a influência do institucionalismo sobre a estrutura jurídica das sociedades anônimas. Para esse efeito, examinam-se as origens do pensamento institucionalista e seu transbordamento para o Direito Societário. Na sequência, elaboram-se uma análise crítica do problema, muito menos para afastar a Teoria Institucional da vida das companhias e muito mais para propor seu enquadramento no cotidiano do exercício da empresa.

Palavras-chave: Direito Societário. Companhia. Teoria da Instituição.

Sumário: Introdução: um problema teórico com graves repercussões de ordem prática. 1. O positivismo sociológico e o institucionalismo. 2. O pensamento de Maurice Hauriou. 2.1. Direito subjetivo x direito objetivo. 2.2. A “ideia de obra” e as instituições. 2.3. A “instituição corporativa” e seus elementos. 3. A concepção institucionalista do interesse social. 4. A Teoria do Contrato Plurilateral no sistema brasileiro. 5. Teoria da Instituição e a empresa: uma leitura solidarista. Conclusões.

Introdução: um problema teórico com graves repercussões de ordem prática

No que se refere ao Direito Societário, já se disse em outras linhas que há supostas verdades criadas em dada época que, com o passar do tempo, acabam se tornando “verdades absolutas”, de tal sorte que as pessoas as repetem como lições inexoráveis, quase dogmas.

Uma dessas supostas verdades – disse certa vez um jurista cujo nome não é aqui revelado por ter se perdido no tempo – é a de que o dividendo obrigatório nas companhias seria de no mínimo 25% do lucro líquido ajustado.

Nada mais errado, porquanto a norma do art. 202, § 2º, da Lei nº 6.404/76 é de natureza transitória e se dirigia às companhias existentes à época de edição da lei e cujos estatutos deveriam ser modificados para a

inclusão da disciplina sobre dividendo obrigatório. Por conseguinte, novas companhias em nada estavam e estão vinculadas àquele percentual de 25%!

E, como se tal norma existisse, há na atualidade um número infundável de estatutos sociais de companhias que contemplam regra sobre dividendo obrigatório no sentido de fixa-lo no referido percentual. Um *nonsense*...

O mesmo problema ocorre quando se objetiva definir a “natureza jurídica da companhia” ou a “natureza jurídica do ato constitutivo da companhia”.

Há autorizadas vozes – que contam com o respeito e a admiração do autor deste artigo – que sustentam resumidamente o seguinte: as sociedades reguladas pelo código civil seriam “contratuais”, enquanto que as sociedades disciplinadas pela Lei nº 6.404/76 seriam institucionais.

Alguns se pautam na clássica lição de Rubens Requião, que comentara o seguinte: “ao raciocinar em termos de sociedade anônima como estrutura da grande empresa moderna, o pensamento oficial propendeu a fundamentar filosoficamente os estudos da reforma na teoria da instituição, formulada por Hauriou”¹.

Aqueles que são conhecedores da cultura jurídica e profundidade de Rubens Requião inferem muito bem que a opinião em tela foi impressa de modo panorâmico, em homenagem à didática buscada naquele momento. O professor não pretendeu esgotar o tema, embora sua posição tenha alcançado forte repercussão. Tanto é assim que, na mesma oportunidade, ele próprio ressaltou expressamente aquela colocação, nos termos adiante reproduzidos:

O mal, entretanto, do projeto de reforma, que se refletiu no sistema da lei hoje em vigor, foi precisamente o de não ter percebido que, quando se pode admitir que a sociedade anônima configure, após sua formação, uma instituição, não deixa ela de ser formada pelo contrato, e este da espécie plurilateral. Como instituição ela está voltada para a consecução do “bem comum”, visando principalmente aos altos interesses coletivos, desvanecendo um tanto o interesse privado, perseguido pelos acionistas. Como contrato regula os interesses pessoais de seus membros.²

Para que se tenha ideia da polêmica acerca das tendências institucionalistas da Lei nº 6.404/76, José Luiz Bulhões Pedreira, um dos autores de seu Anteprojeto e apontado por muitos como defensor da Teoria da Instituição, tornou pública sua adesão à Teoria do Contrato Plurilateral, como se vê das palavras adiante reproduzidas:

A análise da área de autonomia da vontade que continua a existir na companhia deixa evidente que a ela não se aplica esse conceito

1 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

2 *Ibidem*, p. 38.

de instituição, pois a constituição e o funcionamento da companhia pressupõem muito mais do que a vontade de criar a companhia exclusivamente nos termos de um estatuto legal (...). É inquestionável, entretanto, que o papel da autonomia de vontade do contrato de companhia é bem mais restrito do que na maioria dos negócios jurídicos nominados, dada a quantidade de normas legais imperativas, mas esse fato não decorre de peculiaridades na natureza jurídica da companhia, e sim da importância da função social desempenhada por esse tipo de contrato e pelas repercussões que suas características implicam sobre terceiros e o sistema econômico (...) a controvérsia sobre a natureza jurídica é imprecedentede, ao menos no direito brasileiro: a lei a regula como modalidade de contrato de sociedade comercial e seu regime não se ajusta ao conceito doutrinário de instituição jurídica, no sentido usado pela doutrina francesa, uma vez que o modelo legal de companhia somente pode ser adotado mediante a consumação de um contrato (salvo no caso de constituição de subsidiária integral, quando o modelo é usado mediante negócio jurídico unilateral e só se transforma em contrato quando admitido outro acionista).³

Dito isso, pretende-se neste artigo analisar a real influência do institucionalismo sobre a estrutura jurídica das sociedades anônimas. Por outro lado, procura-se responder se dita influência é suficiente para excluir o caráter contratual das companhias. Enfim, prevalece na atualidade o modelo de companhia institucional?

Não se trata apenas de apresentar uma discussão teórica. A questão do institucionalismo na vida das companhias repercute em diversos problemas societários, como a responsabilidade do acionista controlador, especialmente diante do que dispõe o art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76⁴.

Para que se esteja em condições de aprofundar a análise da controvérsia, examinam-se as origens do pensamento institucionalista e seu transbordamento para o Direito Societário, seguindo-se com críticas e propostas de seu enquadramento no âmbito da estrutura jurídica da empresa.

3 PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Natureza jurídica da companhia. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro, n. 12, p. 114, set./dez. 1998.

4 “Art. 116. (...) 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.”

1. O positivismo sociológico e o institucionalismo

Desde o advento do movimento operário e sua posterior intensificação, a partir do último quarto do Século XIX e do início do Século XX, a escola conceitualista clássica, que teve na “pandectística” alemã sua mais sofisticada expressão, começou a chocar-se com o pensamento dos mais atentos observadores da realidade socioeconômica.

Essas correntes vieram trazidas pelos avanços dos métodos empregados pelas ciências em geral, sobretudo no campo das ciências naturais, em que o empirismo havia concorrido para a ampliação do conhecimento humano. Nasceu, nesse contexto, o naturalismo jurídico, que procurou analisar o Direito a partir da realidade social da qual decorria, ou, melhor, com a qual se identificava, vez que o Direito passou a ser visto como o próprio fato social⁵.

Com origem nesse movimento, várias escolas ganharam notoriedade, dentre as quais merecem ser citadas a jurisprudência teleológica (Rudolf v. Jhering), a jurisprudência dos interesses (Ph. Heck e a Escola de Tübingen, cujos principais representantes foram Max Rümelin, Oertmann e Müller-Erzbach), e, enfim, o positivismo sociológico e o institucionalismo, este último de grande relevância para os estudos do Direito Societário, por ter servido como fonte de inspiração na formação do pensamento jurídico.

O positivismo sociológico foi inaugurado, segundo Hespánha, por Augusto Comte, para quem o indivíduo nada mais era que uma abstração metafísica, ao contrário da sociedade que, enquanto complexo global de relações entre indivíduos, era real, geral e positiva. As ciências sociais decorreriam de um modelo de ciência do geral e visariam a explicação do todo social, que abrangeria a generalidade das relações interindividuais⁶.

5 Sobre o naturalismo jurídico, Franz Wieacker elaborou as linhas a seguir reproduzidas: “(...) No entanto, as novas respostas patenteiam agora a face de um século em que as ciências naturais e do espírito tentaram explicar causalmente a realidade. A partir daqui, o direito positivo não se legitima já por uma ideia de justiça situada acima do direito e que se basta a si mesma como objectivo, mas como produto de meios e fins da realidade imanente, os quais já não se relacionam com uma justiça supra-real. Na medida em que «causas», «fins» e «motivos» pertencem a uma realidade interpretada mecanicista ou vitalisticamente mas, necessariamente, à «natureza» externa ou à «vida», todas essas tentativas de legitimação podem ser descritas conjuntamente como naturalismo jurídico. A este naturalismo foram buscar refúgio, após a crise do positivismo, pensadores da maior autenticidade moral como também, mais tarde, o mais descarado desprezo do direito. O seu impulso original foi constituído pela paixão pela verdade na concepção da realidade social e pela consideração das tarefas da moral social prática, então negada pelo formalismo da ciência jurídica e pelo positivismo legal.” (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 651).

6 HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1997, p. 200.

Por conseguinte, o institucionalismo constituiu reação crítica e direta ao voluntarismo e ao contratualismo.

O indivíduo não era visto como um ser livre e dotado de autodeterminação, mas ao contrário um ser dependente e que só sobreviveria em virtude da solidariedade social. Enfim, a ordem sociopolítica deveria ser construída segundo as condições e exigências objetivas da vida social, concretizadas em instituições transindividuais e indisponíveis, como a família, a congregação religiosa, a nação e o Estado, de tal modo a abolir o modelo “rousseauiano” de sociedade fundada em um acordo de vontades, que melhor garantisse os direitos naturais e prévios dos indivíduos.

No meio jurídico, Émile Durkheim é apontado, dentre os seguidores do positivismo sociológico, como um dos mais importantes críticos da “pandectística”, defendendo, em resumo, a objetivação da ordem social, que se deveria basear “nas solidariedades sociais objetivas geradas pela especialização e pela divisão das funções sociais”⁷. Por conta dessa objetivação, as normas jurídicas passariam a ser vistas como coisas, indisponíveis e transindividuais, estando corporificadas em instituições.

Como a história do Direito pôde constatar, essa corrente científica, à qual aderiram pensadores de elevado prestígio, resultou na recusa da superioridade dos direitos subjetivos, os quais, ao contrário, seriam criados e instituídos pelo direito objetivo e, sendo direitos derivados⁸, deveriam se propor a realizar aquilo que lhes compete no plano de organização e distribuição de deveres de cada sociedade, segundo a solidariedade social. Uma das conclusões desse pensamento foi a recusa à concepção liberal dos direitos subjetivos, cujo exercício ficaria limitado por sua função social.

A doutrina assinala que o institucionalismo surgiu ainda no final do Século XIX, tendo como principais representantes Otto Gierke (1841-1921), Walther Rathenau (1867-1922) e Maurice Hauriou (1856-1929).

Seguiu a orientação iniciada anos antes pelo positivismo sociológico e, portanto, adotou a vertente transpersonalista, analisando o Direito não do ponto de vista da pessoa considerada em si mesma, mas sob o enfoque de grupos sociais, como a família, o Estado e as pessoas morais.

Nesse raciocínio, cada uma dessas entidades (ou instituições) teria conteúdo normativo e o direito de cada um de seus membros não seria próprio (e, logo, não subjetivo), mas sim derivaria daquele da instituição.

Com efeito, o institucionalismo se opôs à visão subjetivística do Direito, sob o argumento de que tal visão impediria a apreensão das verdadeiras realidades jurídicas, isolando as relações de Direito Privado da realidade social.

7 Ibidem, p. 202.

8 Ibidem, p. 203.

A Teoria da Instituição é em grande medida creditada ao trabalho filosófico de Maurice Hauriou, intitulado “La théorie de l’institution et de la fondation”, com grande influxo nos mais diversos campos do pensamento jurídico.

Assim, a construção de Hauriou nasceu no terreno do Direito Público, ganhou contornos de teoria geral e, enfim, foi transferida para o Direito Privado.

No próximo tópico, será explorado o pensamento de Hauriou, para, então, examinar-se a concepção institucional do interesse social, criação atribuída ao alemão Walther Rathenau.

2. O pensamento de Maurice Hauriou

A Teoria da Instituição pretendeu suceder às disputas em torno do contrato social e da tensão entre o subjetivismo e objetivismo.

Hauriou iniciara seu discurso sustentando que a questão do contrato social estava ultrapassada, nos seguintes termos:

Rousseau havia imaginado que as instituições sociais estivessem doentes porque fundadas sobre pura força e que era preciso renová-las mediante o contrato social, instrumento de livre consenso. Rousseau havia feito confusão entre força e poder. As instituições são fundadas sobre poder, mas a esse se entranha uma forma de consenso; se a pressão do poder não se torna violenta, o consentimento dado pelo sujeito é válido juridicamente. Todos admitem hoje que o vínculo social, sendo natural e necessário, só poderia consistir em um *coactus volui*⁹.

Para Hauriou, a instituição teria saído, portanto, vitoriosa dessa primeira prova, mas haveria de enfrentar também a questão da relação entre objetividade e subjetividade.

Sua definição de direito subjetivo consistia em vê-lo como tudo aquilo que no Direito é fundado sobre a vontade consciente de determinados sujeitos, como, por exemplo, as situações contratuais e as disposições testamentárias. Por outro lado, o direito objetivo correspondia a tudo aquilo que, no Direito, se constitui independentemente da vontade consciente dos sujeitos determinados e que, por isso, parece fundar-se sobre si próprio, como, por exemplo, uma regra de direito consuetudinário.

9 HAURIUO, Maurice. La théorie de l’institution et de la fondation. *Cahiers de la Nouvelle Journée*. n. 4. Paris: Librairie Bloud et Gay, 1925, p. 2-45.

Examinando – continuava Hauriou – as situações jurídicas que parecem fundar-se sobre si mesmas, dependeriam elas, na realidade, das ideias que persistiriam na subconsciência dos espíritos de um número indeterminado de indivíduos. As ideias subscientes seriam aquelas que viveriam nos quadros da memória sem que fossem percebidas como vontades conscientes. Seriam ideias que se percebem e se imaginam e depois são perdidas de vista. Todavia, viveriam nos indivíduos e influenciariam, sem que estes soubessem, seus juízos e suas ações, do mesmo modo que nisso poderiam influir os objetos familiares que os circundam. Seriam objetos que habitariam dentro dos indivíduos.

Em tal modo, o subjetivo se fundaria sobre a “vontade consciente” e o objetivo sobre a “vontade inconsciente”. Colocadas essas noções, Hauriou se propôs a enfrentar a questão do antagonismo entre direito subjetivo e do direito objetivo.

2.1 Direito subjetivo x direito objetivo

Aduzia o filósofo que os juristas admitiram, em regra, que no sistema do Direito coexistissem elementos subjetivos e elementos objetivos: a personalidade jurídica, os direitos subjetivos, os atos jurídicos, constituíam o primeiro grupo; a ordem pública e tudo o que se chamava *ordenamento*, vale dizer, o complexo da lei, dos regulamentos e dos costumes, constituíam o segundo.

O sistema subjetivístico foi edificado sobre a base da personalidade jurídica, igualando a pessoa corporativa e a pessoa do Estado à pessoa natural. Segundo Hauriou, pretendeu-se fazer dessa pessoa e de sua vontade subjetiva o sustento de todas as situações jurídicas permanentes e até das regras do Direito, o que não se tratava de uma concepção nova, visto que Rousseau havia definido a lei como expressão da vontade geral. Mas essa concepção era própria da filosofia jurídica, de modo que não poderia ser generalizada no campo do Direito.

Se as leis e os regulamentos elaborados pelos órgãos do Estado poderiam ser, a rigor, considerados como volições conscientes desse último, seria impossível reportar à vontade do Estado as regras consuetudinárias, que não eram obra de nenhum órgão do Estado, e, em boa parte, eram anteriores ao Estado moderno.

Ao lado disso, Hauriou ressaltou o fato de nem sempre ter existido Estado. Nas formações primitivas ou o Direito era consuetudinário ou emanava do “poder do chefe”. Em nenhum caso exprimia a vontade de pessoas morais, que não existiam.

Para o filósofo, o sistema subjetivístico escondia muitos pontos fracos. Esse sistema pretendia assegurar a continuidade das situações jurídicas, fazendo com que elas fossem sustentadas pelas pessoas jurídicas, mas lhe faltava uma válida teoria da personalidade. Apesar de conferir a cada personalidade o substrato do poder de vontade, não explicava, de modo convincente, sua continuidade.

Os sistemas do tudo para a subjetividade e do tudo para a objetividade deviam ser rejeitados conjuntamente. Tanto um quanto outro tiveram que deixar para a História elementos importantes que não conseguiam colocar na construção jurídica. O sistema subjetivista teria declarado que o nascimento dos Estados diria respeito à História, o que significaria eliminar do Direito o momento de sua fundação. Logo, o sistema subjetivista deveria admitir que a formação das regras de direito pertenceria apenas à História, porque a regra não teria nada de jurídico até o momento em que é aceita como obrigatória pela massa das consciências, o que levaria muito tempo.

Em ambos os modos, a “operação de fundação” seria adiada, incluindo-se tanto a fundação dos Estados, como a das regras jurídicas: assim, seriam afastados do Direito os próprios fundamentos do Direito, porquanto, de um lado, os fundamentos não seriam outra coisa que fundações contínuas e, por outro lado, se deveria admitir que o fundamento do Estado e da regra de direito são fundamentos do Direito.

Segundo Hauriou, as instituições representam no Direito, como na História, as categorias da estabilidade, da continuidade e do real. A “operação de sua fundação” constituiria o fundamento jurídico da sociedade e do Estado.

À luz das referidas colocações de Hauriou e de sua declarada intenção de superar as perplexidades que constatara pelo conflito entre os sistemas subjetivista e objetivista, era natural que a Teoria da Instituição, que sucederia historicamente – conforme o filósofo – aqueles sistemas, se afirmasse quanto à fundação da instituição.

A Teoria tem essencialmente a finalidade de demonstrar que a fundação das instituições tem caráter jurídico e que, sob esse ponto de vista, os fundamentos de sua duração são também jurídicos.

De outra feita, a Teoria se aproveitou da controvérsia entre o subjetivo e o objetivo: ela admite o dualismo destas situações, porque, em tal oposição ela vê, mais que elementos separados, situações diversas, por meio das quais podem passar, conforme os momentos, tanto uma “instituição corporativa” quanto uma regra jurídica.

Eis os fundamentos da Teoria: uma instituição é uma “ideia de obra” (ou de uma “empresa” ou de um “empreendimento”) que se realiza e perdura juridicamente em um ambiente social. Para realização de tal ideia, constrói-se um poder que lhe dá órgãos. Por outro lado, entre os membros do

grupo social, interessados na realização da “ideia”, fazem-se realizações comunitárias dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos.

Para os estudos encerrados neste artigo, a noção de “ideia de obra” é interessante por corresponder à atribuição de relevância sociojurídica à atividade econômica organizada para produção e circulação de riquezas. Em outros termos, é perceptível que a “ideia de obra” muito se aproxima da atual noção de empresa, quando funcionalizada aos interesses de um grupo social.

2.2 A “ideia de obra” e as instituições

A instituição apresenta-se como conjunto de regras jurídicas antecipadamente estabelecidas por costumes, leis ou regulamentos. Antes de existir, todavia, corresponde à “ideia de obra”, descoberta ou lançada por seus fundadores, que apenas lhe dão o impulso inicial. A “ideia de obra”, ganhando existência objetiva e recebendo um revestimento jurídico, passa a viver por si, operando a realização de sua finalidade.

Há instituições que se personificam e as que não se personificam. Nas primeiras, que formam a categoria “instituições-pessoas”, ou corpos constituídos (Estado, sociedades, associações), o poder organizado e as manifestações comunitárias entre os membros do grupo se interiorizam no quadro da “ideia de obra”: depois de ter sido objeto da “instituição corporativa”, a “ideia” torna-se o sujeito da pessoa moral que se atua no corpo constituído.

Nas segundas, que são chamadas por Hauriou como “instituições-coisas”, o poder organizado e as manifestações comunitárias dos membros do grupo não são mais interiorizadas dentro do quadro da “ideia de obra”: existem no ambiente social, mas estão fora da “ideia”. A regra jurídica estabelecida socialmente é uma instituição desse segundo tipo, porquanto, como ideia, se propaga e vive no ambiente social, mas não gera uma corporação que lhe seja própria.

Pela Teoria de Hauriou, as instituições nascem, vivem e morrem juridicamente. Nascem mediante “operações de fundação” que a elas forneceriam o fundamento jurídico, pois seriam “continuativas”. Vivem uma vida que é ao mesmo tempo subjetiva e objetiva graças às repetidas operações jurídicas de governo e de administração, que são vinculadas por procedimentos. Enfim, morrem com operações jurídicas de dissolução ou de revogação.

2.3 A “instituição corporativa” e seus elementos

No desenvolvimento da Teoria, Hauriou propõe três elementos para qualquer “instituição corporativa”: (i) a “ideia de obra” que deve ser realizada

em um grupo social; (ii) o poder organizado posto a serviço desta “ideia”; (iii) as manifestações de comunhão, que se produzem no grupo social em relação à “ideia” e à sua realização.

Nas “instituições corporativas” ocorre o fenômeno de incorporação, que se consubstancia na interiorização, tanto do poder organizado, como das manifestações comunitárias dos membros do grupo, no quadro da “ideia de obra” a ser realizada. Em outras palavras, a “incorporação da ideia” corresponde ao momento preliminar da vida da instituição, quando os fundadores propõem aos demais uma “ideia de obra” que será levada a efeito. Da incorporação resulta o “corpus”, já espiritualizado, que leva à personificação.

A “ideia de obra” a ser realizada em um grupo social é destacada por Hauriou como o elemento mais importante de toda “instituição corporativa”. Com efeito, todo corpo constituído teria que realizar uma obra ou empresa. Uma sociedade anônima seria, neste particular, a instalação de uma empresa.

A “ideia diretiva da obra” vai além das noções de escopo e de função e, na opinião do filósofo, poderia ser melhor identificada com a noção de objeto. A “ideia da empresa” é o objeto, pois a empresa tem por objeto a realização da “ideia”. Por força dessa afirmativa, Hauriou sustenta que é por intermédio da “ideia” que a empresa se objetiva e adquire uma “individualidade social”. A “ideia da empresa” propaga-se na memória de um determinado número de indivíduos, vivendo em seu subconsciente. Assim aconteceria com as grandes corporações e com o Estado.

Os maiores seguidores da “ideia” seriam encontrados no grupo dos interessados na realização da empresa, pois eles são seus acionistas ou dependentes. Neste grupo de interessados mais diretos ela seria ainda realidade objetiva no seu subconsciente. Sem dúvida, passará, por intervalos, ao estado subjetivo das manifestações de vontade consciente, mas isso acontecerá, pelo menos aparentemente, de modo descontínuo, enquanto que as solicitações da “ideia objetiva” serão contínuas no subconsciente da memória.

Certamente a “ideia objetiva” não seria classificada em todas as memórias com a mesma interpretação. Para Hauriou, é preciso distinguir cuidadosamente entre a “ideia” considerada por si só e os conceitos subjetivos pelos quais ela é percebida pelos espíritos. Cada espírito reage sobre a “ideia” e forma um conceito. Hauriou explica o problema dando como exemplo o ideal de justiça, que, como se sabe, é concebido de maneiras diversas nas diferentes épocas. Não obstante a diversidade de concepções, não se pode dizer que não haja nada de persistente, real e de objetivo na ideia de justiça.

A “ideia de obra” que se propaga no ambiente social possuiria uma existência objetiva e essa objetividade lhe permitiria passar de um espírito ao outro, sem dissolver-se.

Toda “instituição corporativa” teria um grupo de interessados: o grupo de súditos ou cidadãos do Estado, dos associados no sindicato, de acionistas nas sociedades anônimas. O grupo pode ser determinado em parte por um poder coercitivo (como pode ocorrer no Estado totalitário), mas a influência da “ideia” e o interesse dos membros na sua realização podem explicar o que há de voluntário nas adesões. Tratam-se de aderentes que correm um risco pessoal na realização ou não da empresa.

Nos termos da Teoria, o segundo elemento da toda instituição corporativa é um poder de governo organizado para a realização da “ideia da empresa” e a seu serviço. As bases de organização dos poderes de governo remetem aos princípios da separação dos poderes e do regime representativo.

A separação de poderes produz ainda maior separação de órgãos, que garante a supremacia das competências sobre o poder de domínio ao qual os órgãos tenderiam sem essa precaução. O regime representativo responde a outra exigência. É preciso que o poder de governo de uma “instituição corporativa” aja em nome da corporação, que suas decisões possam ser consideradas como decisões da própria corporação: um corpo não é nada sem órgãos e manifesta sua vontade apenas por meio destes, mas é preciso que os órgãos manifestem a vontade do corpo e não a sua própria vontade. Esse difícil problema seria resolvido pelo princípio representativo, que também se basearia completamente sobre a “ideia de obra” a realizar. Esta “ideia diretiva” é suposta comum aos órgãos do governo e aos membros do grupo. Toda a técnica da organização representativa visa assegurar praticamente a realidade de tal visão comum da “ideia”, se possível de modo contínuo ou pelo menos periodicamente.

A subordinação da vontade diretiva à “ideia de obra” a realizar poderia produzir-se espontaneamente tanto na consciência autoritária de um príncipe absoluto como na consciência flexível sujeita à eleição popular. A eleição não pertenceria à essência do regime representativo, mas seria o elemento natural de sua técnica, já que parece assegurar a comunhão de opiniões entre os governantes e os membros do corpo.

Hauriu reconhece que nem sempre o poder de governo de uma instituição mantém a atitude de docilidade e de conformismo. Segundo suas palavras, a História dos Estados e também aquela das instituições privadas ensinam que muito frequentemente os dirigentes se afastam da preocupação do bem comum para obedecer a motivos egoísticos.

A submissão voluntária dos governantes a certas “ideias diretivas” fica bem esclarecida no exemplo da submissão dos chefes militares ao poder civil nos Estados modernos. Essa subordinação da força armada, tão contrária à natureza das coisas, seria nunca obtida por meio de simples mecanismos constitucionais. Ela resultaria da mentalidade criada pelo ascenden-

te de uma “ideia”, isto é, pela “ideia” do regime civil ligado à “ideia” de paz, considerada como situação normal. Já em 1896, Hauriou assinalava tal ascendente exercido pela “ideia diretiva” sobre o poder, chamando-o de fenômeno da instituição e insistindo sobre o caráter de aperfeiçoamento moral das organizações fundadas sobre o poder que aquela noção apresenta.

O último elemento da “instituição corporativa” consiste na manifestação comunitária dos membros do grupo e dos órgãos de governo, relativa tanto à “obra” a ser realizada, quanto aos meios a serem usados. Os movimentos comunitários se manifestam na fundação de instituições particulares: de forma quase constante a fundação seria precedida de reuniões nas quais mais ou menos acaloradamente ela seria aclamada em seu princípio.

O funcionamento das instituições comportaria fenômenos de comunhão, sobretudo em um regime de assembleia, no qual a formação de uma maioria mediante uma votação requer sempre um estado de união de vontade.

Esses movimentos de comunhão não se resolveriam completamente em manifestações da consciência coletiva. Aduzia Hauriou que, na verdade, são as consciências individuais que se emocionam ao contato de uma “ideia comum” e, por um fenômeno de interpsicologia, têm o sentimento da sua emoção comum. No centro de tal movimento estaria a “ideia” que se refrata em conceitos similares em milhares de consciências e nelas provoca tendências à ação. A “ideia” passa momentaneamente ao estado subjetivo em milhares de consciências subjetivas que nela se unificam: as consciências individuais a invocam e ela (“ideia”) desce no meio delas, que se apropriam dela (“ideia”), sujeitando-a.

Em uma palavra, a interpretação das consciências individuais, sob a égide da “ideia comum”, opera a fusão de todas elas na consciência coletiva¹⁰, conduzindo ao fenômeno da transpersonalização.

A comunhão na “ideia” importaria na união da vontade sob a direção de um chefe. União não apenas no consenso intelectual, mas também na vontade ativa e o início de um agir que, pelo risco enfrentado, envolve todos na causa comum. Essas comunhões assumiriam a importância de uma operação jurídica especial que consistiria, por exemplo, na operação de fundação.

Assim, tratando especificamente da constituição das “instituições corporativas”, volte-se a dizer que elas sofreriam o fenômeno da incorporação, o qual, por sua vez, as prepararia para o fenômeno da personificação. Ambos dependeriam de um fenômeno de interiorização, que deixa passar no quadro da “ideia diretiva da empresa” antes de tudo os órgãos do governo

10 Conforme bem explicado por Waldemar Ferreira (FERREIRA, Waldemar. *Compêndio de Sociedades Mercantis*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 21).

com seu poder de vontade e, depois, as manifestações de comunhão dos membros do grupo. Este tríptico movimento de interiorização, incorporação e de personificação é, segundo Hauriou, de suma importância para a teoria da personalidade. A realidade de tal movimento, quando constatada, importa na realidade da personalidade moral, base daquela jurídica; será ela a demonstrar que a tendência à personificação é um fato natural.

Curiosamente, Hauriou tentava explicar a realidade das “instituições corporativas” comparando-as às pessoas naturais, por meio do emprego de postulados próprios da psicologia.

A fase de incorporação apenas corresponderia à continuidade puramente objetiva da “ideia” e da sua ação. Para chegar a tal conclusão, Hauriou partia do pressuposto que nesse momento não se produz nenhuma manifestação de comunhão que interesse a todos os membros do grupo.

Em cada ato de vontade estaria incluído um poder. Haveria um poder nas manifestações de comunhão dos membros de um agrupamento corporativo, seja um poder executivo, seja um poder deliberativo majoritário. A ação desse poder poderia retroagir, regulando as consequências atuais de situação criada no passado, e poderia antecipar sobre o futuro, regulando situações que se criarão no porvir. Mas esta elasticidade do poder não bastaria para assegurar a consolidação das manifestações de vontade. Seria necessário que o poder estivesse a serviço de uma “ideia diretiva”, única capaz de dar continuidade a uma trajetória. Logo, apenas a “ideia diretiva”, determinando-se por si própria, para inserir-se nos atos de vontade, pode determinar, no seu próprio dinamismo, a curva desta trajetória. O verdadeiro sujeito da pessoa moral, portanto, permanece a “ideia diretiva da obra”, cuja passagem ao estado subjetivo na consciência dos membros do grupo está assegurada tanto pelas manifestações de comunhão, como pela projeção dos tentáculos de poder que as unem entre si, poder do qual uma parcela está na vontade dos órgãos, mas outra parcela está na própria “ideia diretiva”.

Assim, na fase da personificação, a “instituição corporativa” resultaria na continuidade da “ideia” no estado subjetivo, em sucessão à continuidade desta “ideia” no estado objetivo, verificada na fase de incorporação. A “ideia diretiva” tiraria dessa nova forma de continuidade as três seguintes vantagens: (i) a de poder exprimir-se; (ii) a de poder obrigar-se; e (iii) a de poder ser responsável.

Em suma, a incorporação e a personificação ostentam, pela Teoria de que se trata, uma espécie de caráter natural, cuja importância decorreria da constatação de que a incorporação realiza, para a “ideia” diretiva da instituição, a continuidade objetiva e a personificação determina, por sua vez, a continuidade subjetiva daquela “ideia”. Nisso consistiria a realidade da pes-

soa moral, da qual sucederia a pessoa jurídica, que nada mais seria que um aperfeiçoamento daquela.

A Teoria da Instituição teve larga aceitação no mundo jurídico. No Brasil, serviu como fonte de inspiração a autores clássicos, como Waldemar Ferreira¹¹, Fran Martins e, mais recentemente, Fábio Ulhoa Coelho.

3. A concepção institucionalista do interesse social

O movimento institucionalista deu origem na Alemanha pós Primeira Guerra Mundial à doutrina conhecida como “*Unternehmen an sich*”, fundada por Walther Rathenau¹², que tratou do exame da natureza do interesse social nas sociedades por ações.

Walther Rathenau não era jurista e, portanto, não pretendeu fundar uma teoria jurídica, mas apenas apontar aos técnicos do Direito a necessidade de renovar seus esquemas para adaptá-los às mudanças que então se verificavam no panorama socioeconômico.

Com efeito, sua atenção era voltada mais ao conteúdo do fenômeno e menos à forma jurídica, cuja definição reconhecia competir ao estúdio do Direito: desenganadamente, Rathenau não se propôs a construir novos conceitos jurídicos, muito menos atentou para a terminologia técnica,

11 Waldemar Ferreira externa sua adesão à Teoria da Instituição ao comentar o paralelo que existe entre os três elementos definidos por Hauriou para a instituição (ideia de obra x poder organizado posto a serviço da realização da ideia x manifestações de comunhão a propósito da ideia e de sua realização) e a incorporação da sociedade anônima: “Assim acontece, mercê dessa teoria, na incorporação de sociedade anônima. Os três elementos fundamentais nela se conjugam. Os dois momentos se sucedem. E ela surge, para a vida jurídica, íntegra na sua personalidade. Autônoma em sua volição. Dona de si mesma. Com seu patrimônio, do de seus fundadores desintegrado, no tanto da contribuição de cada qual. Mas próprio. Só dela. E ela armada para a consecução de seu destino. O transpersonalismo, assim justificado, da sociedade anônima; a deformação do papel do acionista, transmutado de sócio em credor – seriam suficientes para a arquitetura de novo sistema societário. Vai ganhando, é de notar, foros de legitimidade jurídica, na jurisprudência estrangeira, a teoria da instituição, no concernente à sociedade anônima, mercê da qual, tanto que regularmente incorporada, ela passa a subsistir por si mesma, independentemente das pessoas naturais, que a incorporaram. Podem os fundadores não ser sempre os seus acionistas, mercê da transferência de suas ações. Sendo estas ao portador, a sociedade, a bem dizer, existe sem sócios, por inteiramente desconhecidos e variáveis de momento para momento. Não tem, por isso, a mínima importância a redução dos acionistas a um só. É isso corriqueiro, ademais, nos dias correntes (...)”. (FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 22).

12 A teoria foi tornada pública pelo ensaio intitulado *Vom Aktienwesen – Eine geschäftliche Betrachtung (Do sistema acionário – uma análise negocial)*, de 1917. Essa teoria foi posteriormente examinada, com notável profundidade, na magnífica obra do jurista italiano Pier Giusto Jaeger (JAEGER, Giusto Pier. *L' Interesse Sociale*. Milão: Giuffrè Editore, 1964).

tratando indiferentemente do conceito de sociedade por ações e de empresa, esse último claramente no sentido econômico (unidade organizada para fins produtivos).

Os juristas que seguiram os passos de Rathenau tiveram que se ocupar em construir uma doutrina jurídica sobre as premissas e as observações do autor, em parte adaptando construções jurídicas preexistentes à “realidade nova”, em parte formulando conceitos originais. O próprio Rathenau havia revelado o caminho a percorrer, indicando na grande empresa industrial o elemento em torno do qual deveria edificar-se uma nova teoria jurídica da sociedade por ações.

Em síntese, a Teoria, como ela resulta da elaboração do pensamento de Rathenau no plano jurídico, ostenta as seguintes características:

- (i) acentuada impositação publicística dos problemas das sociedades por ações, vista como a forma jurídica típica da grande empresa, a qual atrairia, pela complexidade e importância da própria estrutura, interesses de diversos gêneros. Entre tais interesses, aqueles dos acionistas representariam só uma categoria e seriam merecedores de igual ou menor tutela relativamente àquela própria dos interesses dos trabalhadores e dependentes, dos consumidores, e do interesse coletivo, o qual coincidiria com o desenvolvimento da economia nacional. A sociedade, só ou coligada a outras em grupo, seria engrenagem da economia coletiva e operaria segundo o interesse geral de se obter uma produção maior e melhor, cuja importância o tornava superior em face das aspirações individualistas do acionista ao lucro;
- (ii) conseqüente reconhecimento de um interesse próprio da empresa, identificável não no alcance de um maior lucro para os acionistas, mas na maior eficiência produtiva da própria empresa, justificando, por tal razão, o autofinanciamento como meio para chegar a esse resultado;
- (iii) tendência a subtrair dos sócios – que seriam “*dominati da egoistici scopi di guadagno personale*”¹³ – o controle da atividade empresarial, para confiá-lo a uma administração (“*Verwaltung*”) estável, tornada o mais possível independente das mutáveis maiorias de mutáveis acionistas. A posição dominante da Diretoria (“*Vors-tand*”) na moderna sociedade por ações é apresentada como uma necessidade inelutável, que a lei deveria reconhecer. A Diretoria tenderia, por sua própria natureza, a uma composição aristocrática ou monárquica: sua supremacia derivaria da união de diversos processos de trabalho e seria resultado das exigências de planeja-

13 JAEGER, Giusto Pier. *L' Interesse Sociale*. Milão: Giuffrè Editore, 1964, p. 22.

mento e iniciativa comercial e especulativa. Não se poderia contrastar essa fatal tendência histórica e pretender impor à sociedade uma constituição democrática, que anularia o espírito de iniciativa. Para esse escopo, a doutrina institucionalista favorece a emissão de ações de voto plural, ou a reserva do direito de voto para um número relativamente pequeno de ações, que deveriam pertencer à Diretoria.

- (iv) redução de todos os direitos dos acionistas, que ficariam condicionados ao “*superiore interesse dell’ impresa*”¹⁴, para com a qual eles têm obrigação de fidelidade. Conseqüentemente, os direitos de sócio à informação, à impugnação das deliberações assembleares e aos lucros têm seu exercício subordinado àquele interesse da empresa. Rathenau era contrário à vasta publicidade dos negócios sociais, sob a justificativa que se deveria evitar que os concorrentes pudessem intrometer-se na sociedade. Sustentava que as normas de proteção da minoria e do singular acionista apresentariam grave perigo. O Estado deveria preocupar-se em tutelar um interesse originário e mais forte, consubstanciado na produtividade, tida, em última análise, finalidade maior do capital investido.

Rathenau concluiu que a empresa de grande dimensão, destacando-se dos sócios proprietários e de seus interesses privados, deveria ser deixada livre para perseguir seus próprios fins, que seriam aqueles destinados a construir riqueza para a comunidade, a oferecer trabalho, a melhorar a técnica e a favorecer o progresso científico. Deveria ser incentivada a se associar em grupo de sociedades, destinando os lucros da própria atividade aos investimentos e às pesquisas e sempre se expandindo, para alcançar a dimensão ideal.

Na visão de Rathenau, os pequenos acionistas seriam os piores inimigos da empresa e os maiores obstáculos que se lhe interporiam na busca das funções acima ventiladas. Eles, movidos pelo instinto de lucro pessoal, exigiriam sacrifício do interesse geral em proveito de seus interesses de ganho imediato, e encontrariam tutela absolutamente injustificada, com base em ultrapassadas fórmulas jurídicas. Enquanto isso, a empresa, forte pilar para a conservação do Estado, teria seus interesses prejudicados em favor das minorias, cujo direito determinaria ao grupo de controle a repartição entre os sócios dos lucros (que deveriam, ao contrário, ser retidos e investidos para melhorar a produção) e a divulgação de informações sobre os negócios sociais (apesar dos danos que poderiam ser causados à empresa, por conta da exposição à concorrência).

14 Ibidem, p. 23.

A Teoria da Instituição, elogiável construção jus-filosófica, teve o mérito de afastar, no campo do Direito Societário, o primado da autonomia da vontade, consagrada pelos códigos oitocentistas, particularmente no Brasil pelo Código Comercial e pelo Código Civil de 1916. Entretanto, essa Teoria mostrou-se insuficiente para explicar a constituição e o desenvolvimento das relações internas na sociedade, sobretudo naquilo que se refere à constante tensão entre os diversos interesses existentes no âmbito dessa categoria associativa.

Uma análise superficial da Teoria da Instituição conduz à conclusão que a objetivação da “ideia da obra” e sua posterior subjetivação na pessoa formada a partir da sociedade pretenderam retirar do grupo de controle a prerrogativa de fazer valer seus interesses a qualquer custo. Nessa linha, o transindividualismo apresentou-se louvável para a efetividade de um interesse coletivo e geral, produzindo a prevalência do interesse social sobre o interesse pessoal dos sócios. Vê-se que os juristas que aderiram à Teoria da Instituição assim o fizeram por estarem legitimamente em busca dos fundamentos jurídicos que impedissem a sujeição de um sócio (ou de um grupo de sócios) à vontade egoística da maioria.

Não obstante, o institucionalismo serviu, por via transversa – e embora muitos neguem essa correlação – para agravar a clássica dicotomia doutrinária consubstanciada na classificação do fenômeno associativo em sociedade de pessoas e sociedade de capitais. Esta última – cujo arquétipo corresponderia à sociedade anônima – figuraria como uma verdadeira instituição, desde a sua criação (que seria sucessiva, abrangendo a “incorporação” e a “personificação”), passando por sua vida e morte. Nela (sociedade anônima), a voz do sócio perderia intensidade para dar lugar à voz do ente social, ainda porque suas qualidades pessoais seriam desinfluentes para o sucesso do empreendimento (ou “da obra a realizar”), prevalecendo, na base da relação societária, o montante do capital entregue para a realização da empresa.

Naquilo que se refere ao sistema brasileiro, há os que defendem ter sido a atual Lei de Sociedades por Ações formulada com o propósito deliberado de reconhecer na sociedade uma natureza de instituição, em virtude dos objetivos governamentais por ocasião da elaboração e promulgação daquela lei, que deveria propiciar a aplicação de um modelo societário cabal para o desenvolvimento da grande empresa nacional¹⁵. Esse

15 Anote-se o importante registro histórico a respeito do pensamento dos autores do Anteprojeto da Lei de Sociedades por Ações, que mais tarde viria a convolar-se na Lei nº 6.404/76, por ocasião de seu encaminhamento ao Governo Federal: “O Anteprojeto, como orientação geral, teve presentes os seguintes objetivos e diretrizes: a) criar modelo de companhia adequado à organização e ao funcionamento da grande empresa privada, requerida pelo atual estágio da economia brasileira; (...) f) em contrapartida dessa liberdade de organização, definir os deveres dos administradores e acionistas controladores, nacionais

escopo não foi – como acima se sustentou – suficiente para afastar o contratualismo da estrutura societária.

Particularmente, o argumento empregado na defesa da suposta natureza institucional das sociedades anônimas refere-se ao modo de sua constituição, nas hipóteses em que os fundadores apelam para a poupança popular mediante lançamento público de ações (constituição por subscrição pública, prevista nos arts. 82 e ss. da Lei nº 6.404/76). À vista dos atos que são sucessivamente praticados, com a destacada atuação da figura dos fundadores (que se sobressaem como líderes do processo), a constituição por subscrição pública em muito se assemelharia à “incorporação” referida por Hauriou, vez que o empreendimento a ser realizado deveria ser objetivado dentre os investidores interessados e posteriormente subjetivado na pessoa da sociedade, surgida após o cumprimento das formalidades legais.

Como não é necessário o comparecimento de todos os subscritores de capital na assembleia de constituição da sociedade, disso se deduziria que não poderia esta ser formada a partir de um contrato, porquanto não se admitiria sua celebração sem a presença das partes. Contra esse argumento, deve ser salientado que a própria lei acolhe os fundamentos jurídicos que demonstram ser a sociedade anônima constituída por um contrato, ainda que tal constituição se dê por subscrição pública de capital¹⁶.

Assim, inicialmente, com referência ao conteúdo do contrato, note-se que as regras do jogo devem ser amplamente divulgadas junto aqueles que recebem a oferta de ingresso na sociedade.

Há, portanto, a obrigação de submeter ao controle da Administração Pública (mediante prévio registro na Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do art. 82, da Lei nº 6.404/76) documentos que dizem respeito tanto aos aspectos econômico-financeiros da empresa (estudo de viabilidade e prospecto), quanto à disciplina jurídica da sociedade (projeto de estatuto social), que deve ser clara sobretudo quanto aos direitos e obrigações dos futuros sócios e ao sistema adotado para a administração da sociedade (incluindo-se mecanismos de divulgação de informações que garantam a transparência da gestão).

e estrangeiros, e instituir sistema de responsabilidade efetivo e apropriado à função social do empresário, de que resultam deveres para com os acionistas minoritários, a empresa, os que nela trabalham e a comunidade em que atua. (FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 135). Como se disse nas linhas introdutórias deste artigo, esse pensamento não corresponde à adesão dos autores do Anteprojeto à corrente institucionalista.

16 Vejam-se nesse sentido as opiniões de Rubens Requião (REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p. 15) e de Modesto Carvalhosa (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 66).

Esses documentos ficam à disposição dos interessados, os quais, os tendo como base, formam sua opinião acerca da conveniência ou não de integrar aquele grupo social. Caso efetivamente o interessado consinta com os termos da oferta, subscreverá ações, sendo o ato de subscrição aquele pelo qual tal pessoa manifesta formalmente sua vontade de integrar o contrato plurilateral de sociedade, aderindo a seus termos, oportunidade em que externa igualmente a aprovação das cláusulas e condições encerradas no projeto de estatuto social (art. 83, Lei nº 6.404/76).

A natureza contratual do ato constitutivo da sociedade anônima, por outro lado, exsurge nítida da regra legal que exige o quórum da unanimidade para alteração do projeto de estatuto social (art. 87, § 2º, Lei nº 6.404/76), porquanto só a totalidade das partes pode modificar as normas contratuais com as quais consentiram, previamente, no ato da subscrição¹⁷.

Por último – e aqui já se trata da sociedade em pleno funcionamento, enquanto contrato normativo, de trato sucessivo e de organização – é imprescindível afirmar que o mecanismo do direito de retirada do sócio nada mais representa que a prerrogativa de denúncia unilateral do contrato, que não tem o efeito de extingui-lo (justamente por seu caráter de plurilateralidade), mas sim de resolvê-lo relativamente ao sócio denunciante, o qual passa a ser credor da sociedade pelo valor do reembolso de sua participação. O direito de retirada – prova mais clara da natureza contratual da sociedade – encontra-se regulado pelo Código Civil (art. 1.029, para as sociedades simples, e art. 1.077, para as sociedades limitadas) e pela Lei nº 6.404/76 (arts. 137, 223, § 4º, 230, 236, parágrafo único, 264, § 3º e 270, parágrafo único, para as sociedades anônimas). Seu exercício varia, em regra, de acordo com a facilidade de alienação da participação societária de cada tipo, segundo as premissas abstratamente consideradas pelo legislador.

17 Além do fundamento legal, a posição defendida nesta dissertação conta com a base científica exposta por Tullio Ascarelli com as seguintes palavras: “Na realidade, na constituição ‘sucessiva’, há, tão-somente um processo para disciplinar a conclusão de contrato social entre ausentes. Cada manifestação de vontade é comunicada aos fundadores (ou àquele fundador que seja para tal fim indicado pelos demais), dada a dificuldade prática de comunicá-la, individualmente, a todos os subscritores. O contrato conclui-se mediante as subscrições, que não constituem, por isso, contratos preliminares, ou contratos em favor de terceiros, mas representam, diretamente, a oferta de cada subscritor de aderir ao contrato de sociedade, por intermédio dos fundadores. Não há nenhuma relação contratual entre os fundadores e os subscritores; o contrato de sociedade assenta, diretamente, nas declarações de vontade dos subscritores. A possibilidade de assembleia constituinte deliberar por maioria, bem como os limites dessa possibilidade, decorrem da circunstância de que já foram manifestadas as declarações de vontade, necessárias para formar o contrato (...)” (ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 391-393).

De toda forma, a principal crítica à Teoria da Instituição excede a problemas dogmáticos e se vincula à própria razão de existir de uma sociedade. Chega-se assim à discussão sobre a noção de interesse no âmbito da sociedade, de fundamental relevância para os propósitos deste trabalho.

O fundamento teórico da concepção institucionalista de interesse social – consubstanciado no reconhecimento à empresa de um interesse autônomo, independente daqueles interesses dos que dela participam – foi desde logo objeto de críticas, firmadas na impossibilidade de atribuir interesse a um ente abstrato, que, além de inexistir de fato, não teria reconhecimento jurídico como sujeito de direitos. Segundo Jaeger, os críticos da doutrina já afirmavam que os portadores de interesses são somente os indivíduos singulares. E porque a empresa é instrumento de que os capitalistas se servem para obter seus lucros, se algo realiza os interesses dos capitalistas, se poderá dizer que esse algo é no interesse da empresa, mas não se poderá nunca atribuir a essa última um escopo próprio, que não possa reduzir-se ao escopo de um particular grupo de homens¹⁸.

A essa antiga crítica, acresça-se que a empresa, como abstração e objeto de direito, ostenta, antes de um escopo próprio, uma importante função, que efetivamente nada tem a ver com a natureza da relação que se constitui entre sócios na atualidade e que deve ser examinada em consideração aos princípios e valores previstos no ordenamento jurídico, precisamente ao princípio da função social da propriedade (art. 170, III, C.F.). É certo que essa função, como acima já se disse, aproxima-se do institucionalismo, no sentido de atender a interesses que não apenas do empresário, mas sim interesses de caráter geral. A diferença, porém, é que tais interesses devem ser ponderados à luz da cláusula geral de tutela da pessoa humana, princípio que preside o sistema.

Em contrário, a concepção institucionalista do interesse social preocupa-se *prima facie* em negar o exercício de direitos de sócio, em proveito da duvidosa satisfação dos interesses da pessoa formal ou entidade institucional. Logo, naquela orientação, o sócio é visto como aquele a quem não se deve distribuir lucro, a quem não se devem informações a respeito da gestão empresarial e, em suma, aquele que não poderia intervir na vida política do grupo social de que faz parte.

Essa crítica já havia sido formulada por Enzo Roppo, em sua célebre monografia “O Contrato”. Após dissertar sobre a objetivação da vontade no contrato de sociedade mediante aplicação da Teoria da Instituição, inclusive ressaltando-a como uma evolução do modelo individualista anterior e tendente à tutela de terceiros com quem a sociedade se relaciona, o acadêmico italiano coloca na ordem do dia os efeitos do institucionalismo no plano interno da sociedade, destacando o problema da desconsideração

18 JAEGER, Pier Giusto. Op. cit., p. 25.

dos interesses das minorias no grupo social e concluindo que tal resultado vem produzindo a discussão sobre a revalorização, ao máximo, do elemento contratual nas sociedades¹⁹.

Em outros termos, a doutrina de Rathenau eleva a pessoa formal à categoria superior relativamente às pessoas naturais, cujos interesses legítimos e cujas expectativas – criadas por força da confiança depositada nos dirigentes da corporação – devem ser sumariamente postas de lado, em benefício da atividade econômica em si mesma considerada.

Essa vertente – que bem revela a que ponto chegaram os defensores da concepção institucionalista da sociedade – contrasta com os valores atualmente consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro. A sociedade, por seu caráter instrumental, deve se propor à realização dos legítimos interesses dos sócios. Desse modo, os interesses da pessoa jurídica, resultantes do contrato, apenas devem prevalecer quando, indiretamente, beneficiem os interesses dos destinatários finais do resultado social.

Esse raciocínio pode e deve ser seguido em qualquer espécie de organização societária, da mais modesta sociedade limitada à grande sociedade anônima de capital aberto. Por trás desses grupos societários, subjazem interesses patrimoniais e até existenciais da pessoa humana, não apenas dos sócios, mas dos trabalhadores, prestadores de serviços e demais agentes da comunidade influenciados pela atividade econômica levada a efeito pela sociedade²⁰.

Ao lado disso, registre-se que a concepção institucionalista do interesse social vai de encontro com as disposições da lei acionária brasileira de 1976, que, dentre outras medidas, criou, em franca tutela dos interesses de acionistas minoritários, o mecanismo do dividendo obrigatório (art. 202, da Lei nº 6.404/76, aperfeiçoado recentemente pela Lei nº 10.303/2001),

19 Veja-se a passagem em que Roppo trata do problema: “O prevalecer da organização sobre o contrato e sobre as relações contratuais que lhe subjazem, manifesta-se, porém, não só em relação ao exterior, mas também no interior da própria organização, reflectindo-se na posição de cada sócio (...) por outras palavras, à grande massa dos sócios-contratantes está, de facto, precluído o exercício dos seus direitos contratuais, e, neste sentido, bem pode dizer-se que o contrato, o conteúdo de vontade, os interesses subjetivos e as expectativas que ele exprime, são deixados de fora pelo predomínio da instituição (a qual, por outro lado, observando as coisas de modo realista, aqui não constitui mais que uma cobertura dos interesses e das posições predominantes dos sócios-contratantes pertencentes ao grupo dominante). Com o propósito de remediar esta situação e de assegurar a tutela aos accionistas minoritários, alguns propõem, justamente, acentuar e revalorizar ao máximo, na disciplina jurídica das sociedades, o elemento contratual.” (ENZO, Roppo. *O Contrato*. Tradução por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 308).

20 Esses agentes correspondem na atualidade ao conceito de *stakeholders*. O tema será novamente enfrentado por oportunidade do exame da função socioeconômica da empresa (seção nº 5 deste artigo).

instituto originariamente brasileiro, que teve o escopo de coibir a apropriação injustificada de lucros pela sociedade, prática usualmente adotada pelos sócios controladores na etapa anterior à edição da Lei nº 6.404/76 e que colaborava para a mediocridade do mercado acionário no Brasil.

No sistema que atualmente vigora no País para as sociedades anônimas, o critério da distribuição de lucro pode ser fixado no estatuto social, “desde que sejam regulados com precisão e minúcia e não sujeitem os acionistas minoritários ao arbítrio dos órgãos da administração ou da maioria” (art. 202, § 1º, Lei nº 6.404/76).

A alteração do critério previsto no estatuto social para a distribuição de lucro que resulte em redução do dividendo obrigatório, além de exigir o quórum qualificado de metade das ações representativas do capital social (se maior quórum não for exigido pelo estatuto da companhia fechada, ou da companhia aberta cujas ações não estejam admitidas à negociação no mercado de capitais, nos termos do art. 136, III, da Lei nº 6.404/76), enseja o exercício do direito de retirada do acionista dissidente.

Acresça-se que as justificativas de não distribuição do dividendo obrigatório encontram-se exaustivamente previstas em lei, correspondendo aos casos em que o interesse da sociedade vai ao encontro dos interesses singulares dos acionistas, especificamente os seguintes: (i) não oposição de qualquer acionista presente à assembleia geral²¹ (titular ou não de ação com direito a voto), independentemente de seu percentual no capital social, donde se vê que a tutela legal se verte para a satisfação de interesses patrimoniais da pessoa do sócio; (ii) verificação de a sociedade não ter condições econômico-financeiras para a distribuição do lucro, mediante documento elaborado pela administração e submetido à assembleia, caso em que, se companhia aberta, a Comissão de Valores Mobiliários deverá ser informada, mediante o encaminhamento de exposição justificativa; de todo modo, ressalte-se que tais dividendos devem ser anotados à conta de reserva especial, para que sejam pagos em exercícios subsequentes, na hipótese de não terem sido absorvidos por prejuízos e à vista da melhora das condições econômico-financeiras da companhia (art. 202, §§ 4º e 5º); (iii) aprovação em assembleia de orçamento de projeto de investimentos, elaborado

21 Na companhia aberta, além da não oposição do acionista, a lei exige que a não distribuição do dividendo obrigatório decorra do propósito da companhia de captar recursos no mercado, por meio de lançamento de debêntures não conversíveis em ações (art. 202, § 3º, da Lei nº 6.404/76), à vista da conveniência de se manter a companhia capitalizada objetivando o aumento de sua capacidade de endividamento, o que, por sua vez, vai produzir condições para que a mencionada captação se realize em bases menos onerosas para a companhia. Como se vê, o interesse social aqui é legítimo porque guarda relação com os interesses dos sócios de colher, no futuro, os resultados dos investimentos realizados para o desenvolvimento da atividade social.

pela administração, que fundamente a retenção de lucros, devendo tal orçamento ser revisado anualmente (inclusive quanto à correta aplicação dos recursos e ao efetivo progresso do projeto) caso sua duração seja superior a 1 (um) exercício social (art. 196, Lei nº 6.404/76).

Outra orientação da lei brasileira, que bem mostra o obsoletismo da concepção institucionalista do interesse social, consiste no dever de informar dos administradores de companhia aberta ao público em geral acerca da tomada de decisões administrativas, ou deliberações sociais, ou sobre a ocorrência de fatos relevantes, que possam afetar os negócios sociais e influenciar a cotação dos papéis da companhia negociados em mercado (chamado de “*disclosure*”, previsto no art. 157, § 4º, Lei nº 6.404/76). O dever de informar é tido hoje como uma das mais relevantes práticas de boa governança corporativa e de valorização do acionista, vindo fundado no princípio da transparência.

Em conclusão à crítica da Teoria da Instituição como fundamento científico das relações societárias, cabe transcrever breves palavras de Antônio Manuel Hespánha:

No domínio do direito privado, o positivismo procurou temperar o individualismo e liberalismo ferozes, protegendo as partes mais fracas das relações jurídicas (trabalhadores, crianças). Permitiu e deu voz a sujeitos jurídicos colectivos (como os sindicatos) destinados a reforçar o poder negocial de certos sujeitos individuais. Laicizou a constituição da família e introduziu medidas no sentido da igualdade dos cônjuges. Mas a tudo isso subjazia uma concepção organicista, que tendia a anular o indivíduo perante a tutela do grupo ou, mesmo, do Estado, como garante da harmonia social (...) Finalmente, embora tenha introduzido muitos elementos válidos para a análise do direito como fenômeno social e para o traçado de políticas do direito, o naturalismo positivista tendeu a «coisificar» o homem, transformando-o num mero objecto de influências causais. Por outras palavras, ignorou a «dimensão interior», a capacidade de escolha e, consequentemente, a ética da liberdade e da responsabilidade que se liga a ela (...) Mas esta coisificação do homem e das relações sociais instaurou, em geral, um instrumentalismo jurídico em que o direito – como simples técnica de engenharia social, ao lado de outras – pode ser posto ao serviço de qualquer política. Exemplos dramáticos desta instrumentalização produziram-se nos regimes totalitários europeus deste século. Mas podem detectar-se também, embora sob formas menos chocantes, nas tecnocracias contemporâneas.²²

22 HESPANHA, Antônio Manuel. Op. cit., p. 210. Outra observação respeitante à Teoria da Instituição corresponde ao fato dela ter sido desenvolvida na Alemanha por conta de situ-

A referida passagem de Hespanha retrata, a um só tempo, os efeitos valorosos do positivismo jurídico (e, portanto, do institucionalismo, que nele se inspirou) e as indesejadas consequências de sua aplicação, acima comentadas.

4. A Teoria do Contrato Plurilateral no sistema brasileiro

Pelo aqui exposto, o melhor entendimento parece ser aquele que defende a adoção, pelo sistema brasileiro, da Teoria do Contrato Plurilateral, no âmbito da disciplina jurídica das sociedades.

Nessa linha, ao lado dos aspectos contratualistas da sociedade anônima, refletidos na Lei nº 6.404/76, e acima comentados, o Código Civil dispõe, no art. 981, que “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”.

O professor Sylvio Marcondes enfrentou diretamente a controvérsia acerca da natureza da sociedade, aderindo expressamente à teoria preconizada por Ascarelli. Por força de seu caráter de plurilateralidade, o contrato de sociedade – diferentemente do que dispunha o Código Civil de 1916 – não veio disposto no Título VI (“Das Várias Espécies de Contrato”) do Código de 2002, estando regulado ao lado do empresário e ostentando obrigatoriamente finalidade econômica. Leia-se adiante a posição do redator do Anteprojeto:

No Projeto de Código Civil, a associação e as sociedades têm um tratamento diverso, inclusive pela natureza jurídica dos respectivos institutos. A associação é ato de união, definido no art. 51 do Projeto (...). Ao passo que a sociedade é contrato, cuja natureza parece hoje bem assentada na doutrina de Ascarelli: um contrato plurilateral, dadas as relações dos sócios, reciprocamente, entre si, dos sócios com a sociedade, da sociedade com terceiros e dos sócios com terceiros. E nesta qualificação de contrato plurilateral que o Projeto

ações excepcionais e de emergência, produzidas por uma guerra que, de maneira até então desconhecida, tumultuou todos os aspectos da vida da nação e gerou um sucessivo período de retomada, caracterizado primeiramente por uma desvalorização monetária jamais vista, depois pela crise econômica de 1929, que atingiu a Alemanha de modo particularmente trágico. Os adversários da teoria, notando que ela tinha surgido em um período tão anormal, eram naturalmente levados a acentuar sua coligação a tais situações, qualificando os princípios nos quais ela se inspirava como uma “filosofia do desastre”. Há ainda quem sustente que a Teoria esteve inclinada a servir aos interesses dos regimes de força que se instauraram em países europeus na fase posterior à Primeira Guerra Mundial, por meio do controle das corporações e da atividade econômica, conduzindo, por exemplo, à vinculação dos sindicatos à Administração Pública.

define a sociedade, no seu art. 1.018 (...) A sociedade, por sua complexidade, não poderia, em código unificado, estar ao lado de outros contratos, como acontece no atual Código Civil. Tanto no Código suíço, como no Código italiano, que são códigos unificados, a sociedade é objeto de um título em separado, porque, embora os contratos sejam normalmente onerosos, o de sociedade não é apenas oneroso, não tem apenas o *intuitus pecuniae*, mas inclui um *intuitus personae* muito acentuado, dadas as relações dos sócios e da sua confiança recíproca, desde a mais profunda – no caso das sociedades em nome coletivo – até a da própria sociedade anônima, onde não se ignora e não se desdenha saber quem são os grandes acionistas ou os grandes responsáveis. É a *affectio societatis*, uma peculiaridade subjetiva deste contrato, que o distingue dos demais.²³

Não se pode deixar de reconhecer a coerência da feliz elaboração de Ascarelli, cabal para responder a todo gênero de críticas com respeito à estrutura do contrato de sociedade, tanto no seu plano interno, quanto com relação às atividades conduzidas pela sociedade frente a terceiro, facilmente explicáveis pelo conteúdo de *organização* dessa categoria contratual.

Todavia, Ascarelli, atentando para os princípios contratuais acolhidos pela doutrina clássica, formulou sua teoria em franca homenagem à Teo-

23 MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo, Editora Saraiva, 1977, p. 13-14. A expressão “fins comuns”, prevista no art. 1363, do Código Civil de 1916, era interpretada de modo amplo, abrangendo, pois, finalidades não econômicas. Nesse sentido, merece ser destacada a posição de Clóvis Beviláqua, em comentário ao referido dispositivo: “(...) Os fins não precisam ser lucrativos, pois na largueza do princípio adotado pelo Código Civil há contrato tanto nas sociedades civis comuns quanto nas corporações religiosas, nas irmandades e nas sociedades literárias, científicas, recreativas ou beneficentes” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943, p. 484). O próprio Sylvio Marcondes registrou a distinção entre os conceitos de sociedade previsto no art. 1363, do Código Civil de 1916, daquele formulado no então Anteprojeto, hoje positivado no art. 981, do Código Civil de 2002: “O conceito de sociedade, no Código Civil vigente - diga-se, o de 1916 - é um conceito amplíssimo, porque declara que celebram contrato de sociedade as pessoas que unem seus esforços e recursos para lograr fins comuns. Em consequência, toda a conjugação de esforços e capitais formam a sociedade, se eles se unem para lograr fins comuns. Com essa definição, assim tão ampla, o Código Civil englobou, na mesma matéria de sociedade, o que é sociedade no sentido atual do Projeto, isto é, sociedade de fins econômicos, com as entidades de fins não-econômicos. Não que o Código deixasse de distinguir uma da outra, mas ele só o fez quando tratou da liquidação das pessoas jurídicas, ao determinar que na liquidação de uma associação os bens remanescentes se destinarão, no silêncio dos estatutos ou dos sócios, a outra entidade de fins semelhantes; e quando se trate de liquidação de uma sociedade, os seus bens líquidos serão partilhados entre os sócios. Esta aí o reconhecimento da existência de entidades econômicas e não-econômicas, mas resumido apenas neste preceito, relativo à sua liquidação” (MARCONDES, Sylvio. Op. cit., p. 13).

ria da Vontade. Em razão da alta relevância histórica de suas lições, cumpre transcrever trecho de trabalho publicado em 1947, em que o autor discorre sobre a Teoria Contratual:

Talvez nenhum princípio jurídico pareça tão natural à nossa mentalidade atual, como aquele de que, o contrato, assenta no consentimento das partes; de que já do consentimento decorre, respeitados alguns requisitos de caráter geral, o *vinculum juris*, e de que as partes podem divergir dos esquemas contratuais legalmente traçados: a liberdade contratual é o princípio fundamental do direito privado moderno. Coerentemente, a mentalidade moderna desconfia do formalismo; procura encontrar a vontade das partes independentemente de palavras ou fórmulas sacramentais (...) Liberdade contratual é sinônimo de liberdade de iniciativa e de escolha: o contrato é instrumento jurídico desta liberdade; a disciplina jurídica dos contratos visa, de um lado, conciliar esta liberdade com o respeito das exigências de caráter geral, e, de outro lado, regular os contrastantes interesses das partes, tutelando equitativamente ambas elas no que concerne à expressão e liberdade de seu consentimento.²⁴

Pelo que se vê das linhas acima reproduzidas, a objetivação da vontade no contrato de sociedade se obtém não pela via do institucionalismo, mas sim pela valorização da confiança em face da liberdade contratual. Por outro lado, a proteção de terceiros em face da sociedade fundamenta-se em sua função social, que convive harmonicamente com a função social da empresa, esta com efeitos bem mais abrangentes, porquanto se volta para a comunidade, influenciada pelo desenvolvimento da atividade econômica.

5. Teoria da Instituição e a empresa: uma leitura solidarista

A propriedade empresária, cuja função socioeconômica está consagrada no ordenamento constitucional brasileiro (art. 170, III, C.F.), é detidamente analisada por Pietro Perlingieri, sob seu aspecto dinâmico.

Aduz o professor italiano a necessidade de se confrontar o direito de propriedade, no seu sentido estático, com o valor da livre iniciativa.

Entre propriedade e empresa existe uma correlação, fundada na iniciativa econômica, que atribui dinamismo à primeira, de acordo com sua destinação econômico-social, que sofre limitações tanto em razão do objeto social previsto no contrato ou estatuto, quanto em virtude de seu papel promocional dos valores sobre os quais se funda o ordenamento.

24 ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Editora Saraiva, 1947, p. 55.

Segundo Perlingieri, verificar o cumprimento da função socioeconômica da propriedade é saber se ela atende a interesses juridicamente relevantes, que não se limitam aos interesses produtivistas. Logo, não apenas tem função socioeconômica a propriedade da empresa, como também os bens pelos quais se exerce a atividade econômica (à luz do ordenamento brasileiro, os bens de produção da atividade considerada não empresária, nos termos do art. 966, parágrafo único, do Código Civil), como os utensílios profissionais e os instrumentos de trabalho, que têm diversa intensidade de utilidade geral e individual.

Significa dizer que a propriedade dos bens de produção, independentemente do aspecto empresarial, ou da dimensão da empresa, tem uma função socioeconômica a realizar, consubstanciada na satisfação de interesses considerados merecedores de tutela pelo ordenamento, não exclusivamente interesses de mercado, mas, igualmente, interesses pessoais e existenciais, individuais e comunitários.

Na propriedade empresária, os poderes de gozo e disposição são usualmente, segundo Perlingieri, dissociados, tendo como titulares pessoas distintas. Alguns órgãos ou sujeitos, que não os proprietários, controlam o exercício da propriedade e sua destinação, titulando efetivamente o poder de disposição.

Essa noção de separação entre propriedade empresária e controle havia sido examinada há anos pela doutrina norte-americana, sobretudo a partir da clássica obra dos economistas norte-americanos Adolf Augustus Berle Jr. e Gardiner C. Means, publicado inicialmente em 1932 e revisto em 1968, cujas ponderações são ainda producentes e merecem ser registradas nesta oportunidade²⁵.

No prefácio à edição revista de 1968 de “A moderna sociedade anônima e a propriedade privada”, intitulado “Propriedade, Produção e Revolução”, Adolf Augustus Berle Jr. renovou as questões que haviam motivado a publicação originária da obra, então firmadas na constatação de que os dois atributos da propriedade produtiva haviam se divorciado. Tais atributos são respectivamente os seguintes: (i) a sujeição da riqueza coletiva ao risco empresarial; e (ii) a assunção da responsabilidade pelo resultado propiciado pelo exercício da empresa. Confirmam-se adiante as palavras do autor:

As sociedades anônimas, em conjunto, recorrem, na verdade, à ‘poupança’ individual, que contribui com um pouco menos de 20% de seu capital e, principalmente, à emissão de ações para instituições intermediárias que arrecadam poupanças (companhias de seguro de vida, de fundos, de pensão e caixas econômicas). A socie-

25 BERLE JR., Adolf Augustus; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 3. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1988.

dade anônima torna-se o ‘proprietário’ legal do capital assim arrecadado e tem poder absoluto de decisão sobre ele e segue curso econômico próprio. Por outro lado, seus acionistas, a essa altura netos ou bisnetos dos ‘investidores’ originais ou (muito mais frequentemente) os cessionários de seus cessionários, muito distantes daqueles primeiros investidores, têm e esperam ter, mediante suas ações, o ‘usufruto da propriedade’ dos ativos e lucros assim acumulados e realizados, depois de pagos os impostos pela empresa. Desse modo, o executivo torna-se, de uma forma estranha, o administrador sem controle de uma espécie de truste que tem o privilégio da acumulação perpétua. O acionista é usufrutuário passivo, não só do ‘truste’ original como também de seus acréscimos anuais.²⁶

Entre nós, Fabio Konder Comparato notabilizou-se ao sustentar, ainda em 1976, ano de publicação de sua tese “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”²⁷, a prevalência do aspecto subjetivo na estrutura do poder de controle, com a finalidade de defender a natureza pessoal do controle, de modo a defini-lo como faculdade de disposição dos bens alheios – ou seja, pertencentes à companhia – como prerrogativa própria, exercida pela pessoa do controlador. Nas palavras do autor, “controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica”²⁸.

Consequentemente, a noção de função socioeconômica vincula diretamente aqueles que se propõem a conduzir e gerir a empresa, seja o controlador, titular do poder de disposição (em sentido amplo) dos bens da sociedade e expressamente apontado pelo legislador de 1976 como responsável pelo cumprimento da função socioeconômica (art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76), sejam os órgãos administrativos da sociedade, em razão do cumprimento de um dever ético: a empresa transcende os interesses dos sócios e da sociedade, produzindo um interesse transindividualista, cientificamente explicado pela filosofia institucionalista de Hauriou. Esse interesse vai tocar a todos que de alguma forma dependam ou sejam objetivamente influenciados pela atividade econômica.

Em poucas palavras, o institucionalismo pode ser lido, contemporaneamente, em conexão com o exercício da empresa, diante do alcance

26 BERLE JR., Adolf Augustus e MEANS, Gardiner C. *Ibidem*, p. 9.

27 COMPARATO, Fábio Konder. *Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976. Recentemente, a obra foi reeditada e publicada em coautoria com Calixto Salomão Filho (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005).

28 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Ibidem*, p. 124.

de sua função socioeconômica, que justifica sua preservação e incentiva seu desenvolvimento.

Acresça-se que essa função socioeconômica decorre do exercício de atividade econômica, independentemente dela ser empresária ou não, de ser conduzida por uma sociedade ou pelo empresário individual e, principalmente, em nada importando a dimensão da atividade de que se trata.

Logo, o conteúdo de empresarialidade, a complexidade da estrutura societária e a larga ou modesta dimensão do empreendimento serão significativos para determinar a intensidade da função socioeconômica da atividade, que, por sua vez, será um fator a ser levado em consideração na ponderação dos interesses daqueles que de alguma forma são atingidos pela empresa.

Essa vertente do institucionalismo não é nova e foi muito bem exposta pela doutrina italiana posterior ao *Codice* de 1942. Lorenzo Mossa suscitou coerente construção que vê na própria empresa um organismo institucional, no qual assumem relevância os interesses dos trabalhadores, prestadores de serviços e capitalistas, enquanto o controlador, ao exercitar dentro dessa estrutura a função diretiva, deve agir para o bem superior da comunidade, assim como os demais sujeitos que de alguma forma participam daquela estrutura institucional. Em conclusão a seu raciocínio, Mossa outorga à sociedade a definição de “*organizzazione formale dell’ impresa*”²⁹.

Renove-se que a empresa, enquanto abstração e objeto de direito, deve ser valorizada enquanto cumpre com sua destinação socioeconômica. Logo, afasta-se a concepção institucionalista Rathenau acerca do interesse social e aproveita-se a noção da “obra a realizar”, suscitada por Hauriou, não para definir a natureza da relação societária (sempre contratual), mas sim para realçar a relevância jurídica da atividade econômica (e de sua continuidade, estabilidade e preservação!) frente aos interesses do grupo social, formado não apenas por sócios, como também pelos agentes influenciados – consciente ou subconscientemente – por aquela atividade e atentando-se para a satisfação dos valores e princípios previstos na Constituição Federal.

Na atualidade, há um senso geral quanto à mudança da função socioeconômica a ser cumprida pelas sociedades empresárias. Como bem ressalta Arnoldo Wald, em artigo de doutrina, a sociedade – e em particular sociedade anônima – deve ser vista como instrumento de realização de um capitalismo humanizado:

A sociedade anônima é um conjunto de pessoas com finalidades comuns, devendo-se, na medida do possível, substituir o capitalismo selvagem do passado por um capitalismo social, um capitalismo humanizado, com uma visão não apenas a curto prazo, mas tam-

29 MOSSA, Lorenzo. *Trattato del nuovo diritto commerciale*. Pádua: CEDAM, 1939 p. 68 e ss.

bém a médio e longo prazos, compatibilizando-se os interesses individuais e coletivos.³⁰

A propósito, o Direito anglo-saxão trabalha em torno do conceito de “*stakeholder*” que paulatinamente foi sendo acolhido por diversos sistemas jurídicos, dentre os quais o brasileiro.

A respeito do conceito de “*stakeholder*”, leiam-se a seguir as palavras de Max B. E. Clarkson, professor da Universidade de Toronto, introduzindo a discussão em obra coletiva da qual participou como coordenador e coautor:

The use of the term “*stakeholder*” has become widespread relatively recently in the literature of management and corporate governance. In 1984 Freeman’s *Strategic Management: Approach* was published (...) A “*stake*” can be defined as something of value, some form of capital, human, physical, or financial, that is at risk, either voluntarily or involuntarily. Stakeholders in a corporation are those persons or interests that have a stake, something to gain or lose as a result of its activities. Voluntary stakeholders are those who have chosen to take a stake and bear some form of risk in anticipation of some form of gain or increase in value, whether as a shareholder or investor, an employee, customer or supplier. Involuntary stakeholders are those that are, or may be, exposed unknowingly to risk and thus be harmed, or benefitted, as a consequence of the corporation’s activities. Their stakes are not assumed willingly, but are consequential on the activities of others. Involuntary stakeholders, including governments, communities and the environment, are particularly subject to the risks and consequences of the failure of corporations to internalize all their costs. The heavy burden of costs that have been externalized becomes clearly evident when pollution, destruction or death are consequences of a corporation’s operations and activities.”³¹

Como se vê, há uma nova personagem no cenário da atividade econômica, cujos interesses são dotados de relevância jurídica e devem ser levados em consideração pelo titular do poder de disposição da propriedade empresária. Essa personagem não corresponde à determinada categoria de credor ou à pessoa que ostente vínculos formais com a sociedade.

Em conclusão, o conceito de “*stakeholder*” abrange todos aqueles que são, de alguma forma, influenciados, de modo relevante (e essa relevância deve ser frisada) pela atividade econômica de uma unidade de produção,

30 A evolução do direito societário, p. 61.

31 *The Corporation and its Stakeholders: classic and contemporary readings*, p. 2.

que, conforme se disse, ganha contornos institucionais exatamente por força da propagação da atividade organizada para a produção e circulação de bens ou serviços e de sua função no meio social.

Conclusões

Por todo o exposto, pode ser concluído o seguinte:

- (i) o institucionalismo seguiu orientação iniciada anos antes pelo positivismo sociológico e, portanto, adotou a vertente transpersonalista, analisando o Direito não do ponto de vista da pessoa considerada em si mesma, mas sob o enfoque de grupos sociais, como a família, o Estado e as pessoas morais;
- (ii) a Teoria da Instituição teve o mérito de afastar, no campo do Direito Societário, o primado da autonomia da vontade, consagrada pelos códigos oitocentistas, particularmente no Brasil pelo Código Comercial e pelo Código Civil de 1916.
- (iii) entretanto, essa Teoria mostrou-se insuficiente para explicar a constituição e o desenvolvimento das relações internas nas companhias, sobretudo naquilo que se refere à constante tensão entre os diversos interesses existentes no âmbito dessa categoria associativa;
- (iv) naquilo que se refere ao sistema brasileiro, há os que defendem ter sido a atual Lei de Sociedades por Ações formulada com o propósito deliberado de reconhecer na sociedade uma natureza de instituição, em virtude dos objetivos governamentais por ocasião da elaboração e promulgação daquela lei, que deveria propiciar a aplicação de um modelo societário cabal para o desenvolvimento da grande empresa nacional;
- (v) esse escopo não foi – como acima se sustentou – suficiente para afastar o contratualismo da estrutura societária, salientando-se que a própria lei acolhe os fundamentos jurídicos que demonstram ser a sociedade anônima constituída por um contrato;
- (vi) o melhor entendimento parece ser aquele que defende a adoção, pelo sistema brasileiro, da Teoria do Contrato Plurilateral, no âmbito da disciplina jurídica das sociedades;
- (vii) a objetivação da vontade no contrato de sociedade se obtém não pela via do institucionalismo, mas sim pela valorização da confiança em face da liberdade contratual. Por outro lado, a proteção de terceiros em face da sociedade fundamenta-se em sua função social, que convive harmonicamente com a função socioeconômi-

ca da empresa, esta com efeitos bem mais abrangentes, porquanto se volta para a comunidade, influenciada pelo desenvolvimento da atividade econômica;

- (viii) a empresa transcende os interesses dos sócios e da sociedade, produzindo um interesse transindividualista;
- (ix) esse interesse vai tocar a todos que de alguma forma dependam ou sejam objetivamente influenciados pela atividade econômica, ou seja, os chamados “*stakeholders*”;
- (x) o conceito de “*stakeholder*” abrange todos aqueles que são, de alguma forma, influenciados, de modo relevante (e essa relevância deve ser frisada) pela atividade econômica de uma unidade de produção, que ganha contornos institucionais exatamente por força da propagação da atividade organizada para a produção e circulação de bens ou serviços e de sua função no meio social;
- (xi) o institucionalismo pode ser lido, contemporaneamente, em conexão com o exercício da empresa, diante do alcance de sua função socioeconômica, que justifica sua preservação e incentiva seu desenvolvimento.