

A morte do direito societário

Mateus Perigrino Araujo

Em 1884, Rudolf von Jhering escreveu sobre um curioso sonho que se tornou marco da tradição ocidental do direito: o episódio ficou conhecido como “O ‘Paraíso dos Conceitos Jurídicos” [1]. No caso, o eu-lírico teria adormecido após uma leitura compreensivelmente tediosa de um livro sobre direito romano, quando então acessou a uma espécie de “céu dos juristas”, no qual se encontrariam todos os conceitos jurídicos em sua “forma pura” (propriedade, contrato, empresa, etc), com os quais seria possível encontrar todas as respostas para todos os problemas jurídicos existentes.

O acesso ao paraíso dos conceitos jurídicos não era algo tão simples. Não obstante a sua entrada ser condicionada aos “juristas teóricos”, entre esses havia uma seleção interna para filtrar os mais teóricos entre os teóricos; aqueles com capacidade de pensamento mais puro entre os puros, para selecionar apenas aqueles com efetiva capacidade de lidar com as abstrações absolutas dos conceitos jurídicos. À luz dessa metáfora crítica ao abstracionismo jurídico, Jhering, ao observar o atual “estado da arte” do direito societário, possivelmente (com um sorriso no rosto), diria que os societaristas estariam condenados ao “céu dos juristas práticos”, ou, se não tivermos sorte, o próprio “inferno dos juristas”.

Isso porque, não obstante a origem eminentemente pragmática do direito societário - alinhada à proteção da figura do comerciante por meio de ficções jurídicas, como a sociedade de responsabilidade limitada -, seus recentes desenvolvimentos levam a uma reconfiguração da disciplina que, efetivamente, afasta-se de qualquer forma de pureza conceitual e, conforme se defenderá neste breve texto-ensaio, à própria superação da atual identidade da disciplina, dando espaço a uma forma “nova” de área do direito comercial. Nesse sentido, no decorrer deste breve texto-ensaio, defendo que três podem ser consideradas as tendências de reconfiguração do direito societário rumo a uma mudança de identidade da disciplina. Importante mencionar que esses argumentos são preliminares e ensaísticos, e serão melhores trabalhados em espaços mais adequados.

De todo modo, a primeira das tendências é de caráter teórico-jurídico, pelo avanço de semânticas como a análise econômica do direito; a segunda delas de caráter econômico, pelo avanço do movimento de “desconcentração econômica”, ocorrida no decorrer do século XX; a terceira de caráter político, pelo avanço do corporativismo nacionalista no atual recuo da globalização. Vale ressaltar que, aqui, os motivos são separados muito mais por uma questão de organização argumentativa, mas que na prática existe muita interconexão entre os pontos.

A primeira tendência é há muito conhecida e debatida no direito. Diz respeito aos ataques no decorrer da década de 1970 a uma suposta visão “positivista” do direito pelos autores e autoras do chamado *critical legal studies*, bem como o seu “irmão de direita”, o *law and economics*. Conforme explica Owen Fiss [2], a grande disseminação e aderência a essas abordagens jurídicas se explicaria pela falta de responsividade do sistema jurídico ao conjunto de valores da sociedade em geral, emergindo então “desejos longamente reprimidos” tanto da política como da economia, expressados por meio de uma série de

ataques ao direito. Daí a sua metáfora acerca da “morte do direito” e da necessidade de internalização valorativa no sistema jurídico dessas demandas sociais.

Dessa forma, se com esses movimentos importantes questões como uma hermenêutica constitucional sensível às lutas sociais (movimento negro, feminismo, etc) foi abrindo e ocupando espaço no conservador imaginário dos juristas; na mesma medida, se observou o avanço de um “eficientismo” pragmático com grande potencial de alienação do sistema jurídico na sociedade mundial. Nas duras palavras de Duncan Kennedy, o *law and economics* seria responsável por um processo de: “pursue their political projects with respect to the economy by manipulating the apparently value neutral, technocratic discourse of efficiency to support their preferred outcomes, rather than by arguing on more overtly distributive or justice oriented grounds, that is, on the ideological grounds that half consciously motivate them” [3].

Do aparecimento dessas importantes semânticas jurídicas gerais, a hipótese da “morte do direito” já teve seu correspondente identificado de modo mais palpável na seara do direito privado, em especial no direito contratual. No caso, é importante a referência ao clássico trabalho de Grant Gilmore, “The Death of Contract” [4] - não curiosamente publicado no ano de 1974. Na obra, em brevíssima síntese, Gilmore aponta para mudanças substanciais na racionalidade contratual no decorrer do século XIX e começo do século XX, com especial atenção à jurisprudência atinente ao tema, em que houve a internalização de funções até então típicas da responsabilidade civil, como é o caso do ramo jurídico conhecido no direito norte-americano como *tort law* (um equivalente funcional da responsabilidade civil no contexto do *common law*, área muito influenciada por trabalhos como o de Guido Calabresi, importante nome do *law and economics*). Nesse caso, o direito contratual, segundo Gilmore, deixaria de ser um corpo unificado e homogêneo e passaria por um processo de nova identidade.

No direito societário semelhante “morte” pode ser observada pelo avanço da semântica neo-institucionalista da chamada *economia dos custos de transação* [5], a partir de autores como Ronald Coase e Oliver Williamson. No caso, a fundamental ideia de “custos de transação” tornou-se o guia geral do direito societário, motivando o estabelecimento de múltiplas funções que perpassam entre formas de organização, financiamento e coordenação da atividade econômica (*governance*) em que a estrutura empresarial varia entre modelos de governança da hierarquia ao mercado em determinado cenário competitivo. E se no aspecto estrutural se observa uma mudança desse porte, também no aspecto funcional a análise econômica do direito demonstra uma importante mudança na disciplina. Aqui é importante a menção ao importante texto de Henry Hansmann e Reinier Kraakman sobre o processo histórico de convergência legislativa em torno do direito societário e, em especial, ao fato de que sua função mais reproduzida atualmente é a de atendimento ao interesse dos sócios [6].

Não que este nunca tenha sido um objetivo sempre presente no desenvolvimento do direito societário. Mas a predominância desse tipo de semântica econômica canceladora desse modelo de interesse social permite pouca discussão sobre uma regulamentação mais democrática da estrutura da corporação, sobretudo em face dos contemporâneos problemas envolvendo função social da empresa ou aquilo que parte da literatura sociojurídica convencionou chamar de constitucionalismo corporativo [7]. A perda de espaço

do institucionalismo clássico ou o institucionalismo organizativo - ou sua presença simbólica em que existe um “institucionalismo de direito e um contratualismo de fato”-, retiram a possibilidade de se pensar um direito societário adequado ao atual contexto evolutivo da sociedade moderna, em que organizações privadas cada vez ganham mais importância (e poder), o estado e seu direito ficam cada vez mais escamoteados e há uma transnacionalização dos conflitos sociopolíticos e econômicos.

O que se quer dizer, em outras palavras, é que direito societário, enquanto um instrumento estatal democraticamente estabelecido para regulação da estrutura interna da empresa (sobretudo a grande empresa), se torna um mero espelho da vontade dos agentes de mercado, sem a possibilidade de “imunologicamente” controlar eventuais excessos e externalidades indesejáveis do ponto de vista social e econômico. Com essa afirmação também não se aposta que o modelo estatal tradicional de regulação da corporação não seja passível de uma instrumentalização e “captura” estratégica pelos agentes regulados, pelo contrário [8], mas o avanço de uma semântica como a análise econômica do direito permite uma regulação com um grau bem mais reduzido de legitimidade democrática.

Em brevíssima síntese, esta pode ser considerada a primeira tendência da “morte do direito societário”. Sua consequência mais direta é, em síntese, o reflexo em sentido forte do que conhecemos por “direito societário” às práticas da *lex mercatoria*. O segundo aspecto possui natureza econômica e toca as mudanças econômicas ocorridas no decorrer do século XX, das quais gostaria de chamar a atenção ao fenômeno da “desconcentração econômica” que alterou substancialmente o que concebemos como estrutura empresarial. Conforme comenta Fábio Konder Comparato [9], a ilusão de que a estrutura da sociedade anônima (grande corporação) seria a forma de organização econômica mais eficiente para qual todos os empresários deveriam se encaminhar - como se este fosse um “fim da história empresarial”, pensamento esse muito influenciado pela economia política marshalliana e schumpeteriana -, perdeu espaço tão logo os eventos subsequentes da Segunda Guerra Mundial.

Em seu lugar, o avanço de instrumentos legislativos e mercadológicos com os quais a “colaboração empresarial” se revela o instrumento mais eficiente para perseguir a inovação e ganhos de mercado começaram a ganhar grande espaço no contexto europeu - como é o caso dos modelos de franquia, *joint ventures* e consórcios empresariais de forma geral. A resposta a essa questão também deriva de uma relação de custo-benefício própria da engenharia administrativa de grandes empresas: a tendência ao monopólio implica um aumento de complexidade financeiro-empresarial que pode dificultar a manutenção de determinada estrutura. Se é verdade, na linha do pensamento schumpeteriano, que há uma relação entre Estrutura e Performance, é também verdade que há uma interação entre Estrutura e Custo, sendo essa uma variável estática em relação à primeira, o que dificulta sobremaneira a manutenção de grandes hierarquias. Por fim, aliado a isso, o avanço das autoridades antitruste em torno das grandes concentrações econômicas iniciadas a partir do avanço da economia industrial também em muito contribuiu para um novo paradigma de reorganização do poder econômico [10].

Nesse caso, as alterações no direito societário são explícitas: este perde o seu lugar de excelência como organizador da atividade econômica e passa a dividir o palco com outras áreas até então não convencionalmente relacionadas para essa finalidade, como os

contratos empresariais - com toda a dificuldade de diálogo que possam existir entre ambas as disciplinas. Ora, como pensar o conhecido poder de controle em joint ventures contratuais? É possível a aplicação do procedimento de dissolução parcial em grupos de sociedade ligadas contratualmente? Como aplicar judicialmente (ou sistematizar dogmaticamente) a função social da empresa em organizações empresariais que aparentemente são criadas para estimular o chamado “empreendedorismo evasivo” [11]?

Um importante autor que tematiza essas questões, sem dúvida é o jurista José Engrácia Antunes, para quem a evolução do direito societário, sobretudo no seu aspecto de responsabilidade civil, se encontra nos dias atuais diante de um grande paradoxo [12]. Esse paradoxo é traduzível na ideia de que as “vacas gordas” do direito societário (personalidade jurídica da pessoa jurídica e limitação da responsabilidade do sócio) permaneceram sem grandes relativizações ao longo da sua evolução, ao passo que a efetivação da responsabilização societária (sobretudo em casos sensíveis e de grande repercussão social, como foi Brumadinho no contexto brasileiro) cada vez mais se vê com dificuldades de se efetivar em razão da complexidade da estrutura organizacional empresarial. Seu motivo é muito bem explicado pelo advento do paradigma das “redes contratuais” (contract networks), que não será tematizado por fugir do escopo deste texto-ensaio.

Em breve síntese, esta pode ser considerada a segunda tendência da “morte” do direito societário. A terceira tendência é profundamente recente e provavelmente influenciará todas as áreas do direito neste século, o que não poderia ser diferente no direito societário: trata-se do recuo da globalização e avanço dos nacionalismos. Com uma origem ainda em constante identificação e sistematização nas ciências sociais (recessão econômica global não resolvida de 2008, guerra comercial entre EUA e China, pandemia do COVID-19, avanço da extrema-direita no mundo e outros fatores), atualmente os países mundo afora demonstram uma tendência de promoção de uma série de reformas legislativas para proteção de suas economias nacionais.

Uma dessas formas de proteção se dá pelo direito societário. Nesse caso, conforme explica Mariana Pargendler [13], diversos países hoje estão dificultando a aquisição do controle societário de empresas consideradas estratégicas ao desenvolvimento nacional, além de reformas legislativas em setores regulados por meio dos quais seria possível alguma influência nas economias locais, como as legislações de mercado de capitais em que se estabelecem regramentos sobre investimento estrangeiro direto. Até mesmo teóricos como Gunther Teubner hoje anunciam uma forma de preocupação com o cenário de “conflito de racionalidades jurídicas” com o recuo da globalização, mostrando que é possível alguma reconfiguração do seu tradicional conceito de fragmentação constitucional [14].

Nesse cenário “novo” do direito comercial, quais seriam as consequências para a disciplina? O sonho da universalidade do direito comercial (*lex mercatoria*) daria espaço para um direito societário cada vez mais nacionalizado em face das necessidades das economias locais? Como ficariam as disputas por alocação de investimento estrangeiro? Os desafios impostos pelo avanço dos nacionalismos ainda são incertos, mas podem indicar uma nova tendência de “morte do direito societário” e no direito como um todo. Como se pode observar, as três tendências descritas muito brevemente acima possuem muita relação umas com as outras. Em alguns aspectos são conflitantes, mas, acima de tudo, colocam os juristas a pensar em uma reformulação da disciplina do direito societário como

um todo. Apesar de preliminares e ensaísticos, os argumentos ressaltam a importância de ciberneticamente observar essas mudanças novas, mas ao mesmo tempo de propor formas de emancipação contra as novas externalidades naturalmente advindas dessa mudança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] JHERING, Rudolf von. "In The Heaven for Legal Concepts: A Fantasy", Temple Law Quarterly, vol. 58, 1985.
- [2] FISS, Owen. ["The Death of Law"](#). Cornell Law Review, vol. 72, 1986.
- [3] KENNEDY, Duncan. ["Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies"](#), 1998.
- [4] GILMORE, Grant. "The Death of Contract". Columbus: Ohio State University Press. 1974.
- [5] WILLIAMSON, Oliver. ["The Economics of Organization: The Transactional Cost Approach"](#).
- [6] HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner. ["The End of History for Corporate Law"](#). Harvard Law Review. Discussion Paper No. 280 3/2000.
- [7] AMATO, Lucas Fucci. Constitucionalização corporativa: direitos humanos fundamentais, economia e empresa. Curitiba, Juruá, 2014.
- [8] SALOMÃO FILHO, Calixto. "O avesso do direito empresarial". In: Teoria crítico-estruturalista do direito comercial. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- [9] COMPARATO, Fábio Konder. "Consórcio de empresas". In: Ensaios e Parecer de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- [10] GARCIA DE SOUZA, Antonio Pedro Marques. "As redes empresariais de distribuição e seu propósito comum". Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.
- [11] Agradeço à professora Ana Frazão pela introdução desse conceito através dos debates em seu grupo de estudo na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.
- [12] ANTUNES, José Engrácia. "Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório". Revista de Direito GV. v. 1 n. 2, jun-dez 2005, p. 29 - 68.
- [13] PARGENDLER, Mariana. [The Grip of Nationalism on Corporate Law](#). 95 Indiana Law Journal 533 (2020).

[14] GASCÓN, Ricardo Hernán Valenzuela. Sociologia constitucional e corporações: uma conversa com Gunther Teubner. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/146006>>. Acesso aos 08.02.2023