

# EM DEFESA DO DIREITO SOCIETÁRIO: UMA DISCIPLINA AUTÔNOMA, RAMO DIREITO PRIVADO, E PARA ALÉM DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

*Lucas Fulanete Gonçalves Bento<sup>1</sup>*

## **Introdução**

a qualificação científica de um acadêmico dá-se, via de regra, pela sua contribuição inédita à ciência ao qual se filia. Tal critério, internacionalmente reconhecido como fundamento de avaliação de uma produção científica digna de publicação nos jornais e revistas de maior respeitabilidade científica, talvez seja a causa deséculo depois da briga pela autonomia do Direito Comercial ser defendida contra os unificadores do Direito Privado, se inicia uma nova batalha, a do reconhecimento do objeto do Direito Societário a partir da defesa de sua autonomia e a compreensão de seus ordenamentos (1).

Nas últimas duas décadas, a ascensão do termo Governança Corporativa veio, em muito, a uma tentativa de substituir a tradicional disciplina do Direito Societário. De origem anglo saxã, essa se dedica a compreensão dos instrumentos jurídicos disponíveis ao ordenamento da vida funcional da sociedade, eminentemente de caráter empresária.

Todavia, nossa oposição, que aqui se faz a partir da revisão dos ensinamentos de Hebert Wiedemann (2) sobre o objeto do Direito Societário, se dedica justamente a demonstração que a governança da vida normal da sociedade não se faz suficiente ao ordenamento de todo o ciclo de vida da sociedade, tão pouco a todos os tipos de organização de grupos de pessoa e patrimônio de direito

---

<sup>1</sup> Advogado, Doutorando em Direito Societário, Comercial e Mercado de Capitais pela Universidade de Hamburgo, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto FDRP-USP com período sanduíche como *Visiting Scholar* em Direito & Economia na *University of Illinois at Urbana-Champaign* UIUC. Pesquisador Albrecht Mendelssohn-Bartholdy Graduate School of Law.

privado com caráter finalístico, sujeitos do direito societário e os ordenamentos a eles atinentes.

Para tanto, o presente ensaio se prestará a uma breve releitura da evolução histórica do Direito Privado de tradição romano germânica na definição do sujeito objeto do Direito Societário contemporâneo, os momentos da organização de tais sujeitos e a delimitação dos seus ordenamentos.

O presente trabalho não se filiará, todavia, a tradicional determinação principiológica de definição de área autônoma do direito, pois tal ser nosso entendimento que o Direito Societário é ramo do Direito Privado, sua principiológica com este se identifica, contudo, seu sujeito é diverso do sujeito de relações civis e tão pouco se limita aos sujeitos de relações comerciais. Os atos jurídicos *lato sensu* de formação, governança e extinção dos sujeitos de direito privado não são coincidentes aos demais ramos do Direito Privado, decorrendo de sua divergência subjetiva enquanto objeto sua autonomia científica.

### **A construção histórica de categorias do direito societário**

Gustavo Saad Diniz (3) explica que a história da humanidade caminha paralelamente a história da economia na humanidade, e assim não poderia deixar de influenciar muitas das categorias do direito privado que se formaram como necessidades econômicas ou necessidades históricas de um determinado momento de evolução das sociedades.

Explica o autor que humanos fazem trocas. Por diversas necessidades de consumo e subsistência humanos trocam bens e serviços, com ou sem auxílio de unidades monetárias, o escambo é atividade presente historicamente na vida humana. Nesse sentido, surgem as primeiras categorias de espécies de trocas juridicamente compreendidas, os contratos, bem como os ordenamentos e regimentos destes.

A atividade econômica, portanto, de produção e troca de bens e serviços, é decorrência direta da existência de sociedades historicamente. O crescimento das sociedades e o aumento da demanda por produtos e bens geram, paralelamente, a necessidade de maior disponibilização e capital material e humano nas atividades de produção e troca de bens e serviços. À consequência dessa necessidade de ganho de escala na produção de bens e serviços para troca surgem as primeiras associações entre pessoas para disposição de parte de seu patrimônio a fim da consecução de uma determinada atividade.

O direito comercial, ou direito empresarial, como o conhecemos hoje, vem a surgir, todavia, em outro momento histórico. Somente na baixa idade média, com a ascensão da classe burguesa, uma classe especializada na atividade pro-

fissional de produção e troca de bens e serviços, que as relações e trocas entre os sujeitos dessa classe (mercador) se divergiam das trocas de bens e serviços das pessoas (civis), pois aquelas era finalísticas a organização profissional de suas atividades.

O início do mercantilismo é marcado pela subjetividade dos membros da classe mercadora, assim reconhecido por seus pares. Todavia, a expansão da atividade mercantilista e a necessidade de uniformidade de prática reconhecimento paritário leva, por consequência, uma expansão do associativismo profissional, surgindo, por exemplo, as corporações de ofício ao sul da Europa para reconhecimento dos mercadores de um mesmo determinado ramo de atividade, bem como as *Hansase* as grandes Companhias de Comércio (e.g as holandesas *Vereenigde Oost-Indische Compagnie* e *West-Indische Compagnie*) ao norte da Europa que buscavam a expansão do mercantilismo e da lucratividade da atividade mercantil.

À essa necessidade “*associativista*” para fins de consecução de atividades mercantis nascem as primeiras sociedades mercantis, comerciais e ou empresariais.

Veja-se, portanto, que a atividade econômica (troca de bens e serviços) é inerente a existência das sociedades, e a associação de sujeitos para sua consecução é uma necessidade histórica prévia ao próprio surgimento da atividade comercial (exercício especializado, profissional e finalístico da atividade econômica). O surgimento da classe burguesa enquanto classe social gerou expansionismo no fenômeno associativo, através da criação de novos modelos associativos por sujeitos da classe ou por sujeitos da classe juntamente com sujeitos interessados nos lucros das atividades exercidas pela classe.

## **O fenômeno associativo**

A mais clássica compreensão do objeto amplo do direito societário, derivado do desenvolvimento histórico que delineamos anteriormente, é o chamado fenômeno associativo, genericamente definido por Karsten Schmidt<sup>(4)</sup> como o fenômeno da cooperação entre dois ou mais sujeitos, em um dado ramo de atividade, para consecução de uma determinada finalidade, em alemão, *privatrechtliches Kooperationsrecht*.

A inevitável primeira consequência da compreensão histórica do surgimento do objeto amplo do direito societário é que o fenômeno associativo não se delimita, de forma alguma, às sociedades mercantis, comerciais ou empresariais. Seu surgimento é antecessor, bem como os primeiros tipos associativos são prévios a própria existência da atividade mercantil como atividade profissional especializada em classe.

Acertadamente, Hebert Wiedemann, autor que conduz a linha de pensamento sob a qual desenvolvemos esse ensaio, se refere como sujeito genérico do objeto do direito societário a *Verband*, assim compreendendo as sociedades, comerciais ou não, bem como as associações civis, à medida que todas são insurgentes do fenômeno associativo.

O fenômeno associativo, por si, nos leva a uma compreensão imediata que o objeto do direito societário compreende, inevitavelmente, ao menos duas facetas de ordenamento, a relação interna societária, relação dos sujeitos associados, e a relação externa societária, relação dos sujeitos da sociedade enquanto estrutura de formação da organização perante os que com esta se relacionam.

### **O objeto do direito societário: organizações de direito privado**

Conforme destacamos na passagem inicial desse ensaio, as categorias jurídicas surgem de necessidades paralelas da evolução da atividade humana. O direito societário surge, então, como categoria histórica para compreensão do regramento das organizações finalísticas de direito privado para o exercício de uma atividade econômica.

A evolução das estruturas e tipos societários impulsionada pela necessidade de captar recursos para o comércio fez com que o capital da organização, antes formado exclusivamente das entradas dos sujeitos associados para o exercício da atividade, passa-se a ser composto também de entradas de sujeitos meramente interessados nos lucros do exercício da atividade, não querendo exercê-las (sócios investidores) e também por empréstimos tomados pela organização, conjunto coletivo dos contribuintes para formação de seu capital, junto a terceiros que estranhos a organização.

Durante a expansão do mercantilismo (5), cidades ao sul da Europa, especialmente na Itália, tentando impulsionar os investimentos no comércio, convocavam os cidadãos para coletar suas poupanças e por meio de mútuos empregavam esses valores em determinadas sociedades comerciais. Os cidadãos, em contrapartida, tornavam-se titulares de quotas direitos de crédito inscritos em livros de débito públicos, em nome do subscritor.

Com o objetivo de organizar o sistema caótico de crédito público criado para capitalização das atividades comerciais, foi criado o Banco de São Jorge (*banca di S. Giorgio*), consolidando os empreendimentos genoveses financiados por crédito público em um único débito público. Os titulares das quotas de débito passaram então a ter um único padronizado título de crédito exercido contra o banco, ainda lhes sendo concedido o poder de influir na gestão das atividades de interesse do banco. A administração do banco foi atribuída a 8 *Protettori*, sendo

as decisões de maior relevância atribuídas a *Grande General Cosiglo* composto por 470 membros escolhidos pelos *Prottetori* dentro os titulares de crédito. Não demorado muito da sua criação, a dificuldade de resgate dos títulos de crédito ao seu vencimento acrescido de taxas de juros forçou a transição de direitos dos titulares das quotas aos direitos de dividendos

Ao norte da Europa, por sua vez, especialmente nos países baixos, devido a geografia desprivilegiada para negociação de especiarias com os povos orientais, um tipo societário efêmero chamado *vóór-compagniën* surgira com o objetivo de angariar recursos de forma limitada a um número de investidores para realização de uma jornada de navegação, aquisição, retorno e distribuição de especiarias. Completada a jornada, se extinguiu a sociedade.

Todavia, numa tentativa de combate ao monopólio espanhol sobre o comércio de especiarias com as índias e a extração de minerais preciosos das américas, não se mostrava mais conveniente a dispersão dos investimentos em jornadas de navegação. Por essa razão, criam-se nos países baixos as primeiras Grandes Companhias; a *Vereenigde Oost-Indische Compagnie* com intuito de fazer frente ao comércio de especiarias e a *West-Indische Compagnie* para fazer frente a extração de riquezas nas américas.

Tais companhias partilhavam com o Banco de São Jorge um modelo organizacional pouco convencional aos tipos associativos da época, visto que suas administrações eram compostas de câmaras representativas das províncias investidoras, cada câmara gerida por diretores que agiam em estado permanente de contas recíprocas exigindo um sistema contabilísticos complexo. As companhias contavam também com uma assembleia geral e com um conselho de administração, cujos membros eleitos pelas câmaras, recebiam poderes de administração da companhia. Os acionistas eram irresponsáveis perante terceiros, por serem considerados espécies de credores das companhias; e os administradores deixaram de ser ilimitadamente responsáveis à medida que perderam a condição de donos das sociedades e passaram a ser mandatários dos acionistas.

Com a evolução histórica dos tipos societários se promoveu a extinção de direitos reais dos acionistas e dos administradores sobre os bens das companhias, que passavam a ser titulados por essas. A personalidade jurídica surge, então, como técnica para dar suporte a uma necessidade histórica de titularidade de patrimônio e risco que a as companhias tomavam em nome próprio, como centro autônomo de imputação de direito e deveres.

A evolução do conceito de pessoa jurídica como entidade legal autônoma e capaz de titular por si direitos e obrigações diversos de seus sócios e administradores se difundiu na evolução do direito societário moderno e contemporâneo. Tal difusão se torna pivotal à medida que as codificações modernas e contemporâneas de direitos das associações vêm a atribuir a limitação de responsabilida-

de, que historicamente se entende decorrer da condição de credor da sociedade, dos sócios decorreria da própria existência da personalidade jurídica.

A partir dessa compreensão, nos permitimos um salto temporal para afirmar que o surgimento moderno e contemporâneo de outras organizações privadas de caráter finalísticos para exercício de atividade econômica, todas inclusive de limitação de responsabilidade, ainda que muitas vezes sem pluralidade de sócios, veio a expandir o objeto do direito societário para além do fenômeno associativo. Ou seja, o direito societário passa a ser o direito que tem por objeto o regramento atinente a todas organizações finalísticas privadas (6).

### Ordenamentos do direito societário: a vida da sociedade

A construção histórica que se apresentou para compreensão da formação e expansão dos alcances do objeto do direito societário nos permite nesse capítulo do presente ensaio focarmos na compreensão da forma de análise do direito societário. Para tanto, teremos como cerne a obra *Gesellschaftsrecht I – Grundlagen* (“Direito Societário I – Fundamentos), de Hebert Wiedemann, publicada em 1980 pela Editora Beck, em Munique, Alemanha.

Wiedemann propõe uma leitura do objeto do direito societário a partir de seu objeto subjetivo, ou seja, as organizações finalísticas privadas. Para tanto, compreende-se que a organização societária passa, como um organismo vivo, por nascimento, desenvolvimento e extinção (o *Lebensprozess* da organização societária).

O conteúdo das fases é moldado de acordo com as pessoas que integrem a sociedade. Todavia, passam-se por 3 aspectos básicos, que são o conteúdo inerente a relação dos sujeitos que formam a organização societária, a organização do patrimônio da organização societária e a organização da atividade da organização societária.

Em um quadro gráfico, podemos compreender o modelo de Wiedemann da seguinte forma:



### *Ordenamento Societário (Recht der Verbandsordnung)*

Para uma análise curta do modelo de Wiedemann quanto ao ordenamento societário, trata-se de ordenar o que se chama de fase interna e fase externa. Fase interna é propriamente a o nascimento da relação entre os associados a fim da criação de uma organização de direito privado finalística. O direito alemão reconhece a chamada “sociedade em pré-constituição”, que é a sociedade que tem como fim comuns constituir uma outra sociedade. Fase externa por sua vez é a constituição da relação societária, ao assumir um tipo societário definido, dos associados entre si e desses com a organização societária (*status socii* ou *Mitgliederstatus*). São ainda componentes do Ordenamento Societário a determinação da finalidade da sociedade, ou seja, finalidade lucrativa, filantrópica, intelectual, entre outras; e o a organização da sociedade composta por seus órgãos de administração e meios de representação (ou “*representação*”, conforme esclarecido por Pontes de Miranda, visto a possibilidade autonomia subjetiva da organização societária).

Veja que não se confunde a finalidade da sociedade, o fim último pelo qual os seus sujeitos se associaram, com seu objeto social, a atividade a ser desenvolvida pela sociedade, objeto do ordenamento da atividade que trataremos a seguir. Wiedemann afirmava que a cláusula de finalidade (*Zweckklausel*) era central ao universo societário e pelo qual todos os órgãos e membros da organização societária deveriam se orientar.

Wiedemann afirma que o ordenamento societário se caracteriza como um pequeno estado de direito (*Kleines Staatsrecht*), porque também nas organizações societárias a formação de vontade deve ser organizada e surge uma relação de supremacia e subordinação. O direito societário, portanto, tem em comum com o direito público, a organização do poder coletivo e os direitos e deveres dos sujeitos societários (*Verbandsbürger*).

### *Ordenamento Patrimonial (Recht der Sondervermögensordnung)*

Outro aspecto do direito societário recai sobre o regramento do patrimônio especial com a qual a organização societária deve atingir sua finalidade social. Ainda que a sociedade não seja apta a posição titular de patrimônio próprio, há destaque patrimonial de seus titulares referente aos bens e capital postos a uso especial da sociedade, formando assim um destaque patrimonial especial.

O significado do ordenamento patrimonial deve variar de acordo com o tipo e o tamanho da organização societária, a forma de atender a necessidade de demanda por determinado grau de autonomia da sociedade como centro de imputação de direitos e deveres. Nos limites do patrimônio especial devem-se tomar

medidas acautelatórias para o exercício de direito e sua execução no âmbito da sociedade.

Ao ordenamento patrimonial, pertence ainda, nas organizações societárias com autonomia subjetiva, o regramento da transferência patrimonial entre a organização e seus associados, distribuição de resultados do exercício da atividade. Tal como o direito das coisas, o ordenamento patrimonial em questões relativas à atribuição, transferência e responsabilidade caracteriza-se por existência de normas cogentes, sendo dado a autonomia dos sócios unicamente competência para determinação de regras à repartição interna das contribuições e aos direitos de distribuição de resultados.

### *Ordenamento da Atividade (Recht der Unternehmensordnung)*

O direito societário, visto que ramo do direito dedicado ao regramento de organizações de direito privado finalísticas para consecução de uma determinada atividade, por vezes, dispõe da obrigação de constituir internamente à organização societária o exercício dessa atividade.

O ordenamento da atividade, seja por legislador ou pelo ato interno dos associados, determina por quem e segundo quais diretrizes o planejamento, direção e fiscalização a atividade dever ser executados, e, portanto, de que forma a unidade econômica (atividade) deve ser organizada.

Nesse ponto, se explica a estreita relação, ainda que controvertida, que se construiu ao longo da história entre o direito societário e o direito comercial, haja vista que muito da expansão dos tipos e modelos de organização associativa se decorreu de demandas organizacionais para exercício exclusivo de atividades comerciais (empresariais).

### *Considerações finais*

o presente ensaio se propôs a uma breve empreitada histórica a fim da reconstrução das demandas econômicas e sociais que se transfiguraram em categorias jurídicas sob objeto do direito societário. Assim que enfrentadas a construção dessas categorias, o presente ensaio se utilizou da obra de Herbet Wiedemann como forma de análise do direito societário enquanto objeto de seu sujeito, a organização societária, e assim todos os estágios de seu processo de vida, bem como regramentos atinentes a todos eles.

Veja que a proposição gráfica que fizemos do modelo é propositalmente juxtaposta para que todos os ordenamentos se toquem e não sejam exclusivos em totalidade uns dos outros, respeitando-se, todavia, os estágios do ciclo de vida da

organização societária. Wiedemann alerta que muitas questões societárias dizem respeito tanto a esfera do ordenamento societário, do ordenamento do patrimônio e do ordenamento da sociedade.

Nesse sentido, o modelo de análise de Wiedemann não se propõe a uma construção classificatória ou categórica, pelo contrário, se permite assim a uma perspectiva de análise conjuntural do objeto do direito societário para além da mera organização a governança da organização societária.

Eis, enfim, uma ensaiada defesa daquilo que compreendemos o porquê do Direito Societário não se resumir a temática adotada por Governança Corporativa, tão pouco se confundir em autonomia de disciplina com outros ramos do direito privado.

### **Notas bibliográficas**

- Goshen, Zohar and Hannes, Sharon, The Death of Corporate Law (April 30, 2017). New York University Law Review, Vol. 94, No. 263, 2019; European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 402/2018; Columbia Law and Economics Working Paper. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3171023> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3171023>
- Wiedemann, Hebert, Gesellschaftsrecht I – Grundlagen (1980). Editora Beck.
- Saad Diniz, Gustavo, Curso de Direito Comercial (2019). Editora Atlas.
- Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht (2002, 4ª ed.). Editora Carl Heymanns.
- Grunewald, Barbara, Gesellschaftsrecht (2008). Editora Mohr Siebeck.
- Warde Júnior, Walfrido Jorge, Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (2007). Editora Del Rey.