

“UNITAS MULTIPLEX”: A ORGANIZAÇÃO DO GRUPO DE EMPRESAS COMO EXEMPLO

Gunther Teubner

“UNITAS MULTIPLEX”:
CORPORATE GROUP ORGANIZATION AS AN EXAMPLE

RESUMO

ESTE É O CAPÍTULO FINAL DA OBRA O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO DE GUNTHER TEUBNER NA TRADUÇÃO DE JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES. NELE, TEUBNER DEMONSTRA O PODER EXPLICATIVO DE SUA TEORIA DO DIREITO COM O EXAME DO PROBLEMA DA REGULAÇÃO DOS GRUPOS DE EMPRESAS. A OBRA DE TEUBER É REFERÊNCIA IMPORTANTE PARA OS TEXTOS DE VIVIANE MULLER PRADO E JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, PUBLICADOS NESTE NÚMERO DA REVISTA DIREITO GV.

PALAVRAS-CHAVE

TEORIA DO DIREITO, SISTEMAS SOCIAIS, SISTEMA AUTOPOIÉTICO, GUNTHER TEUBNER, GRUPO DE EMPRESAS

ABSTRACT

THIS IS THE FINAL CHAPTER OF LAW AS AN AUTOPOIETIC SYSTEM BY GUNTHER TEUBNER, TRANSLATED BY JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES. IN IT, TEUBNER DEMONSTRATES THE ENLIGHTENING POWER OF HIS THEORY OF LAW EXAMINING THE PROBLEM OF THE REGULATION OF ENTERPRISE GROUPS. TEUBNER'S WORK IS AN IMPORTANT REFERENCE FOR VIVIANE MULLER PRADO'S AND JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES' ARTICLES, BOTH PUBLISHED IN THIS ISSUE OF REVISTA DIREITO GV (FGV-SP LAW REVIEW).

KEYWORDS

THEORY OF LAW, SOCIAL SYSTEMS, AUTOPOIETIC SYSTEM, GUNTHER TEUBNER, ENTERPRISE GROUP

I ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA: EVOLUÇÃO, TEORIA, DIREITO

O direito de conflitos intersistêmicos, que acabamos de analisar, vem demonstrar que as ideias de auto-referência e de autopoiesis não são meramente teóricas mas possuem um real alcance prático. Nasce assim para a doutrina jurídica uma nova problemática e uma nova necessidade de ajustamento do seu discurso argumentativo e legitimador a esta nova realidade que é o conflito permanente entre lógicas particulares de subsistemas autônomos. Mas, deixando de parte essas macroquestões, terá a teoria da autopoiesis algum impacto sobre a forma de actuar do jurista no seu trabalho quotidiano, sobre a construção dos conceitos jurídicos, sobre a discussão de questões doutrinárias específicas ou sobre a *praxis* jurisprudencial? Em face da sua juventude, ainda não podem fazer-se juízos definitivos. Para usar a expressão de HELDRICH, certo é apenas que a teoria da autopoiesis pode lançar

alguma agitação no meio doutrinal: “se isso resultará num esclarecimento do sentido da doutrina jurídica ou antes num reforço da sua obscuridade, é algo que não pode ainda prever-se”.¹

Podem ser rapidamente esboçadas as tentativas jurídico-doutrinárias até hoje existentes. Assim, servindo-se de uma perspectiva autopoietica, LUHMANN analisa questões relativas ao conceito jurídico de acção² e ao direito político de resistência à lei³ (permanecendo, no entanto, céptico no que concerne a uma doutrina jurídico-sociológica geral).⁴ Por sua vez, DEGGAU reformula também à mesma luz questões em matéria de direito dos contratos, tais como as do erro e das bases negociais⁵. Foi, todavia, LADEUR quem levou mais longe um tal esforço no terreno da doutrina jurídica, abordando um vasta série de questões em áreas tão diversas como as do direito nuclear, do direito médico, do direito dos “media”, e do direito do ambiente, desenvolvendo uma estratégia para “enfrentar a indeterminação através do uso da capacidade de aprendizagem (auto-) organizada”.⁶

Pela nossa parte, cremos que a autopoiesis pode auxiliar substancialmente o desenvolvimento de uma espécie de dogmática “de tipo médio” e, em particular, de uma construção alternativa da realidade jurídica, capaz de contrariar o positivismo jurisprudencial ou, na controversa expressão de ZÖLLNER, “o culto do precedente”.⁷ Exemplos nesse sentido são as nossas tentativas de aplicação da teoria autopoietica à cláusula geral da boa-fé, à teoria dos deveres de protecção, aos problemas em matéria de base negocial e de resolução contratual em virtude da alteração das circunstâncias, ao conceito de interesse social da empresa, ao conceito jurídico de empresa, ao abstracto social da pessoa colectiva ou moral, aos problemas de organização, co-gestão laboral e responsabilidade social da empresa.⁸ A fim de aprofundar um pouco mais esta perspectiva de análise, gostaríamos de desenvolver aqui esta redimensionação sistémica dos conceitos jurídico-privados fundamentais, centrandonos sobre um dos seus conceitos mais complexos: o conceito de *grupo de empresas* (“Konzern”^{*}). Que implicações terá para a regulação e organização jurídica deste importante fenómeno social e económico dos nossos dias a perspectiva do grupo como um sistema autopoietico?

Se interrogarmos a teoria autopoietica sobre o potencial papel da teoria da empresa no domínio da organização do grupo e no direito da organização da empresa, a resposta afigura-se à primeira vista decepcionante. Na verdade, e contrariamente à esperança de soluções tecnocráticas abrangentes e juridicamente exequíveis, a análise sistémico-autopoietica apresenta uma dupla limitação, quer quanto ao papel do direito, quer quanto ao da teoria. Isto está relacionado com a reorientação da teoria dos sistemas auto-referenciais (analisada no capítulo II) do planeamento para a evolução, da regulação para a autonomia.⁹ No contexto da dinâmica dos processos de evolução da organização empresarial moderna, o direito parece desempenhar um papel assaz modesto; e dada a dinâmica interna própria da prática jurídica

dos grupos empresariais, parece sobrar assim pouco espaço para construções teóricas. Senão vejamos.

Se se encarar a história recente da organização empresarial como um processo de evolução “cega”, ou seja, como um processo de interrelação descoordenada dos mecanismos de variação, selecção e estabilização,¹⁰ temos de concluir que, nos momentos decisivos, o direito raramente terá aparecido como uma força inovadora e motriz de tal evolução e que os processos de variação e de selecção foram geralmente levados a cabo através de elementos não-jurídicos. Na verdade, a mais importante das inovações jurídicas do séc. XIX, a liberalização e organização da sociedade comercial como pessoa jurídica,¹¹ não representava originariamente senão a veste jurídico-formal atribuída a novos centros de acção económica então emergentes, que, posteriormente, e por seu turno, através da possibilidade da criação de grupos empresariais, haveria de acelerar a dinâmica da concentração financeira e capitalista. Do mesmo modo, uma das mais importantes reformas jurídicas dos inícios do séc. XX, a crescente separação e autonomização dos conselhos de administração e de supervisão no seio orgânico das empresas, mais não representa do que o reflexo jurídico de um processo de “separação entre propriedade e controlo” (“separation of ownership and control”, na celeberrima expressão de BERLE e MEANS) de há muito iniciado. A própria co-gestão dos trabalhadores no governo da empresa, tida como uma inovação da responsabilidade dos juristas, seria talvez mais realisticamente interpretada como constituindo um mero reflexo das transformações operadas nas relações entre capital e trabalho, entre empresas e sindicatos e, dentro da própria empresa, entre hierarquia e diferenciação funcional.¹² Isto não significa, contudo, que devam subestimar-se as repercussões de relações de poder juridicamente formalizadas no quadro de situações de mercado flutuantes e de relações de força internas de organizações.¹³

O direito da organização ou “constituição” da empresa exerceu sempre, no seu todo, uma função de estabilização de formas organizacionais desenvolvidas por outros mecanismos de variação e selecção. Uma tal função, todavia, não deverá ser menosprezada, já que a estabilização acaba sempre por se repercutir na dinâmica do processo económico, atenta a circunstância de um dado patamar de desenvolvimento estabilizado graças a normas jurídicas ser sempre fonte, por seu turno, de novas e imprevistas possibilidades de desenvolvimento: “fatta la legge, trovato l’inganno”. Ao mesmo tempo, isto torna possível ao direito exercer alguma influência e controlo sobre o processo de evolução em curso, de que o caso da co-gestão e participação dos trabalhadores constitui porventura o exemplo mais eloquente.¹⁴ A avaliação das capacidades regulatórias de um direito da empresa depende assim do modelo de evolução adoptado.

É este o ponto em que a teoria deveria entrar em cena. Isto muito embora modelos teóricos sobre tais desenvolvimentos apareçam sujeitos a significativas

restrições: apesar de toda a grandiosidade dos projectos de SAVIGNY e GIERKE em matéria da autonomia e realidade da Pessoa Colectiva, de toda a novidade trazida pela teoria germânica da “empresa em si” ou da teoria americana da “separação entre propriedade e controlo”, a verdade é que a teoria viveu sempre condenada a deixar à *praxis* jurídica a “invenção” dos padrões regulatórios. A função da teoria não se revê assim tanto na formulação de propostas específicas de regulação mas antes na *construção de visões alternativas da realidade jurídica*. Uma nova perspectiva da realidade da empresa, das suas tendências evolutivas e dos seus problemas internos com recurso a instrumentos conceptuais diferentes dos tradicionais, eis as potencialidades mas também simultaneamente os limites dos modelos teóricos.

Contra o pano de fundo destas duas restrições, direito e teoria têm a oportunidade de escolher uma perspectiva dos processos de evolução que permita ao direito a possibilidade de exercer uma estabilização e uma influência sob formas eficientes de organização empresarial. Uma rápida vista de olhos sobre as várias teorias concorrentes mostra-nos à evidência que se trata, com efeito, de uma questão de *escolha* entre modelos de evolução, existindo um largo espectro de construções teóricas da realidade evolutiva da empresa às quais a teoria autopoietica oferece alternativa. Enquanto as teorias económicas da empresa (“theories of the firm”) tendem a ver na empresa uma rede contratual de sujeitos portadores dos recursos produtivos (“resource bearers”) e o respectivo governo em termos de custos de transacção, e as teorias políticas da empresa a tendem a conceber como “centro de poder privado” (“private government”), centrando-se preferencialmente nas questões das relações de poder internas e da legitimação desse poder, a teoria autopoietica coloca os problemas da organização jurídica do grupo de empresas na intersecção de dois processos evolutivos: um, a evolução gradual do neo-corporativismo de uma perspectiva macrocorporativista para uma perspectiva microcorporativista, e outro, o desenvolvimento do grupo de empresas como uma forma híbrida de organização económica, caracterizada por uma mistura estratégica e planificada de estruturas de “mercado” e “organização hierárquica”. Se a organização jurídica do grupo empresarial arrancar deste ponto de intersecção entre descentralização corporativista e descentralização económico-organizacional, então o direito dos grupos de empresas ocupar-se-á com a estabilização jurídica de acordos microcorporativistas no seio do grupo, que levem em conta a natureza híbrida do grupo como “mercado organizado”. O enfoque regulatório não se centra então nem na protecção das empresas-filhas dependentes, nem na estruturação da hierarquia interna do grupo liderado péla empresa-mãe, mas antes na estrutura de governo representada pelo próprio organigrama ou *rede pluriempresarial* (“Netzwerk”, “network”), enquanto rede flexível de articulação e coordenação de centros de decisão semi-autónomos. A questão político-jurídica central torna-se assim a da constituição jurídica de uma organização de factores produtivos estruturada numa “unitas multiplex”.

II TEORIAS ECONÓMICAS DA EMPRESA

Antes de examinarmos em detalhe a tese da rede “multi-empresarial”, talvez fosse útil passar uma rápida vista de olhos pelas outras teorias económicas e políticas atrás assinaladas.

Que visão da realidade da empresa as *teorias económicas* poderiam oferecer-nos como base para a organização jurídica da empresa?¹⁵ Até ao momento presente, a elaboração mais ambiciosa pertence a Oliver WILLIAMSON, na sequência dos trabalhos pioneiros de Ronald COASE.¹⁶ Arrancando de uma perspectiva da organização como uma pura rede de relações de troca entre sujeitos portadores de recursos, ele vê a empresa como um dos extremos de um largo espectro de relações contratuais, que vão desde a simples transacção individual em mercado aberto até ao grupo empresarial multinacional, e que se distinguem entre si pela diferente intensidade e qualidade das suas “estruturas hierárquico-organizacionais” (“governance structures”). A escolha de um dos vários tipos de relações contratuais possíveis desse espectro é determinada por um critério de eficiência: o de minimizar os “custos de transacção” (“transaction costs”). A escolha de “estruturas hierárquico-organizacionais”, em oposição a estruturas puramente contratuais, explica-se em virtude de três factores – incerteza, oportunidade e “assets specificity”^{**} –, das quais a última desempenha um papel especialmente importante. Esta teoria é particularmente interessante para um direito dos grupos de empresas, na medida em que rompe com velhas e habituais reservas, quer do direito das sociedades, quer do direito da concorrência, às formas híbridas de organização. De facto, ao conseguir demonstrar que determinadas formas de organização do grupo, em particular a forma descentralizada da organização multi-divisional (“M-Form”), servem para minimizar os custos de transacção e aumentar a eficiência económica, esta visão desafia a visão jurídica tradicional de acordo com a qual a criação do grupo de empresas se explica pela instrumentalização da empresa-filha no interesse da empresa-mãe ou traduz uma expressão da tendência para a concentração e monopólio.

Igualmente relevantes são as implicações deste modelo dos “custos de transacção” para a organização jurídica da empresa propriamente dita. WILLIAMSON interroga-se sobre a questão de saber se os direitos de participação dos portadores de recursos produtivos deveriam ser limitados aos processos de decisão internos. No caso de uma baixa “assets specificity”, uma combinação de controlos de mercado e contratuais parece apropriada; no caso de alta “assets specificity”, estruturas hierárquicas suplementares tornam-se necessárias a fim de controlar e garantir a exploração oportunística de vantagens temporárias (“opportunism with guile”). Isto conduz ao resultado, surpreendente do ponto de vista de uma teoria económica, de transformar a relação dos trabalhadores com a empresa numa relação algo mais do que meramente contratual e de exigir a integração de determinados grupos laborais na estrutura de governo da empresa.

A riqueza, mas também a pobreza, do modelo teórico dos custos transaccionais reside na sua férrea perspectiva individual-contratualista. Sem dúvida, a redução das organizações económicas a puras redes complexas de contratos individuais faz sentido enquanto referida ao recrutamento dos seus membros e à orientação das motivações individuais para os fins organizacionais. Todavia, a universalização do mecanismo contratual e a consequente redução da realidade total de uma organização às simples relações de troca entre os portadores de recursos acaba por ser fatal para este modelo, levando-o a negligenciar sistematicamente, senão mesmo a eclipsar, os elementos corporativos e colectivos da organização.

Para a teoria sistémica, um tal contratualismo esconde um injustificado privilégio de certas formas básicas de acção social em detrimento de outras. Uma teoria que arranque do paradigma da dupla contingência¹⁷ justapõe aqui três tipos de acção social igualmente válidos: troca, concorrência e cooperação (LUHMANN).¹⁸ Contudo, o modelo contratualista parece proceder do postulado de que apenas as duas primeiras, troca e concorrência, representam as condições normais da acção social, aparecendo a última, cooperação, como um simples mecanismo compensatório das falhas de mercado (ou seja, falhas de troca ou concorrência). Daí que WILLIAMSON conceba as estruturas hierárquicas de governo como constituindo simples mecanismos compensatórios que emergem sempre que uma alta "assets specificity" torna impossível o funcionamento dos mecanismos do contrato e do mercado. Num minimalismo feroz, o governo organizacional é visto como uma simples garantia de investimentos transaccionais específicos contra vantagens excessivas. Mas não equivalerá isto, afinal, a uma dramática minimização dos pressupostos e consequências da cooperação, enquanto forma básica da organização formal?

Na verdade, a visão de WILLIAMSON ignora sistematicamente um conjunto de aspectos da organização formal, que só brevemente aqui podem ser referidos: entre eles, decisões como elementos organizacionais independentes, dirigidas por estruturas organizacionais internas; orientação dos membros no sentido do fim ou interesse organizacional; adaptação dos contratos ao fim organizacional e sua internalização no seio da relação contratual específica; sujeição dos membros às normas organizacionais; participação organizacional enquanto resultado da pertença e sujeição à disciplina organizacional; fronteira entre organização-mercado e entre membros da organização-terceiros, definida pelas características específicas da organização; poder como "medium" de comunicação da organização e correspondentes formas de coordenação da acção; relações informais no seio da organização.¹⁹

A visão contratualista permite, é certo, encontrar na "transacção" o denominador básico e comum a contrato e organização. Todavia, é precisamente isto que origina e explica que algumas diferenças fundamentais entre ambas não possam ser levadas em conta: ao passo que a unidade básica do mercado é a transacção (monetária), a da organização é a decisão; ao passo que a acção no mercado vai referida primariamente

a preços, a acção na organização vai orientada por expectativas organizacionais internas; ao passo que o cálculo da acção no mercado depende do interesse egoísta do indivíduo, na organização tal cálculo depende essencialmente do interesse “altruísta” da própria organização.²⁰

Isto conduz-nos à segunda crítica fundamental: a visão contratualista subestima sistematicamente o papel do “ente organizacional” (“corporate actor”). Sem dúvida que WILLIAMSON qualifica certas diferenças entre contrato e organização em termos de uma “transformação fundamental”: ao passo que os controlos do mercado permanecem suficientes antes da conclusão de um contrato, já após esta, em caso de uma alta “assets specificity”, emerge um monopólio bilateral, que ficará inteiramente à mercê das partes contratantes caso não sejam introduzidas algumas correcções através de adequadas “estruturas de governo”. Todavia, tais análises não levam em linha de conta o que poderia ser designado como uma “segunda transformação fundamental”, para utilizar a própria terminologia de WILLIAMSON, que ocorre no momento em que a rede ou ligame contratual se torna um actor ou uma entidade colectiva autónoma em si mesma, falando então aqui os juristas da pessoa colectiva ou moral e os sociólogos do “ente corporativo ou colectivo”.²¹ De facto, o postulado individualista do pensamento económico (que vê na empresa uma unidade comparável a um ente individual) acaba por impedir uma efectiva percepção do fenómeno da imputação social da acção a actores colectivos. Curioso é, no entanto, verificar que mesmo este pensamento não consegue escapar completamente à lógica do colectivo:²² assim, podemos encontrar em WILLIAMSON – para quem a organização económica nada mais é do que uma multiplicidade de relações contratuais entre pessoas físicas ou indivíduos – referências esparsas e larvares a unidades colectivas, tais como, por exemplo, “unified corporate governance”,* “common profit-seeking”,** e a empresa como contraparte contratual.

De um modo breve, poderíamos resumir assim o que escapa neste processo reducionista da visão contratualista: a figura do “actor colectivo” ou “ente organizacional” (“corporate actor”), em oposição aos actores contratuais individuais, como centro de imputação novo e distinto para a maximização de lucros e a minimização de custos transaccionais; o critério do “interesse organizacional” (“corporate interest”), como critério independente para a resolução de conflitos entre actores individuais, o que significa, simultaneamente, algo mais e algo diverso de um mero equilíbrio de interesses à luz de mecanismos reais ou fictícios de mercado; o actor colectivo ou corporativo como nova contraparte contratual representativa dos recursos globais da empresa; o efeito sancionatório-organizacional interno despoletado pela colectividade sobre as acções dos seus membros; o efeito externo do actor colectivo, permitindo a emergência de uma nova relação entre a empresa e respectivo meio envolvente.²³

No que concerne em particular a organização jurídica do grupo de empresas, são duas as principais consequências do minimalismo da visão contratualista. Por um

lado, a tensão entre unidade e diversidade – traço distintivo do fenómeno do grupo empresarial²⁴ – jamais poderá ser apreendida correctamente tão-só nos termos de uma descentralização e internalização de elementos de mercado no seio da organização, faltando aqui a referência à multiplicação de actores colectivos numa rede organizada. Por outro lado, os princípios de uma organização da empresa, vistos unilateralmente da perspectiva dos sujeitos contratuais individuais, são concebidos como meros meios de protecção contra vantagens excessivas e injustas; com isto, deixam-se na penumbra alguns aspectos decisivos daquela organização, tais como a orientação da organização empresarial em função do seu próprio interesse colectivo, das vantagens económicas de eficiência para a própria organização e da sua responsabilidade social.²⁵

Em suma, o modelo económico dos custos de transacção, na análise das origens e razões subjacentes à escolha das várias formas organizacionais, parece arrancar de uma visão demasiadamente estreita dos aspectos colectivos e corporativos da empresa – limitando, por tabela, o seu valor e utilidade para a organização jurídica da empresa.

III TEORIAS POLÍTICAS DA EMPRESA

Não menos deficiente parece ser, porém, a visão proposta pelas teorias políticas que tratam as organizações económicas como “governos privados” (“private government”).²⁶ O seu mérito reside indubitavelmente em ter alertado para a emergência de centros económicos de natureza privada que se prefiguram como verdadeiros sistemas para-políticos,²⁷ ou seja, como sistemas cuja função consiste na criação de poder organizacional com vista à produção de decisões colectivamente imperativas no seio organizacional. Colocando o fenómeno do poder na base das respectivas análises, estas teorias políticas vieram enriquecer a compreensão das organizações económicas, adicionando um elemento de poder político aí onde se pensava existirem apenas motivações de eficiência económica, e abrindo um novo horizonte de pesquisa para o estudo da realidade da empresa, através da perspectivação dos fenómenos políticos da hierarquia, burocracia, acumulação de poder, divisão de poder, conflito de grupos, “lobbies” políticos, sistemas de negociação, e outros.

O mesmo se aplica ao grupo de empresas, que é visto também como um fenómeno de poder²⁸ internamente, como instrumentalização de elementos jurídico-societários para a criação de superestruturas hierárquicas de controlo de agregados de empresas, e externamente como blocos de poder na arena económico-política. Por conseguinte, não é de admirar que o programa político-jurídico de regulação deste fenómeno seja primacialmente orientado por uma finalidade crítica e de desmantelamento desta forma de poder ou, pelo menos, de legitimação e subordinação ao direito.

Problemática aqui é apenas esta “aversão” absolutizante ao fenómeno do poder. Enquanto no plano político é apropriado aceitar o poder legitimado como dominação política e avaliar a sua utilização para introduzir modificações sociais positivas, no plano da organização económica o poder é quase sempre perspectivado de um modo assaz crítico.²⁹ Uma perspectiva sociológica do poder, definindo-o como um “-medium” de comunicação como o dinheiro e o direito, parece oferecer maiores garantias de assepticidade moralista na abordagem do fenómeno do poder no plano económico, sem que isso signifique necessariamente ignorar os seus perigos ou legitimá-lo como “funcional”. Mais problemática ainda será talvez a tendência para ver no poder a única força motriz das organizações económicas, no contexto da qual formas híbridas como o grupo de empresas aparecem reduzidas à mera dimensão de instrumentos de poder económico, de instrumentos organizacionais exclusivamente vocacionados para subtrair zonas de actividade económica ao controlo estadual e social.³⁰

A própria “constituição” e organização da empresa societária – a fonte crucial da legitimação destes “governos privados” – sofre com este vício de unilateralismo: uma vez posta a ênfase central na participação dos trabalhadores no governo empresarial, ou seja, de modo mais geral, na legitimação do poder na empresa através da coparticipação de todos os interesses nela envolvidos, aspectos centrais do impacto social geral da organização económica são completamente ignorados. Vale isto por dizer que a organização jurídica da empresa deixa de ser orientada pelo aspecto primário de qualquer organização, designadamente a função social da organização empresarial e a sua contribuição em face dos subsistemas sociais, para passar a ocupar-se de um aspecto meramente secundário, o do bem-estar dos membros da organização.³¹

IV A EMPRESA COMO “SISTEMA AUTOPOIÉTICO”

Ao passo que a teoria económica dos “custos de transacção” perspectiva o desenvolvimento da organização empresarial como um mero complexo ou “rede” de relações contratuais e a teoria política dos “governos privados” a vê como uma estrutura de poder quasi-político, a teoria autopoietica prefere conceber a emergência de tal organização como um processo interno de diferenciação do sistema económico num domínio organizado e “espontâneo”.³² Em oposição à visão do contrato e da organização como situações polares de um única e mesma escala de múltiplas situações intermédias, distinguíveis apenas com base nas respectivas estruturas de governo, a teoria autopoietica insiste numa diferença fundamental entre contrato e organização.³³

Segundo esta teoria, os contratos realizam a formalização dos processos de troca que organizam a reprodução autopoietica do sistema económico, i.é, a reprodução de actos de pagamento através de actos de pagamento, e constituem uma das formas

básicas de acção social, i.é, a troca num contexto de concorrência.³⁴ Por seu turno, as organizações realizam a formalização da cooperação, como outra das formas básicas de acção social. Contrariamente à opinião de GROSSMAN e HART,³⁵ as organizações não constituem meros contratos reforçados por estruturas de governo ou direitos de decisão, mas sim formas fundamentalmente diversas de construção sistémica no seio do sistema económico. Trata-se de sistemas autopoieticos elas também, cujos elementos não são, todavia, actos de pagamento mas decisões. Para citar LUHMANN, são “sistemas baseados em decisões e que produzem, elas próprias, as decisões nas quais se baseiam”³⁶ e que, “simultaneamente, utilizam as suas estruturas, por si próprias organizadas, com vista a estabelecer expectativas que garantam que toda e qualquer acção dentro do sistema possa ser tratada como decisão”.³⁷ Isto não equivale a minimizar as redes contratuais entre os portadores de recursos ou simplesmente a reinterpretá-las *in toto* em termos de estruturas organizacionais – mas tão-só a relegá-las para o meio envolvente da organização. Os actores individuais titulares dos recursos produtivos, ou seja, sócios (capital), administradores (gestão) e trabalhadores (trabalho), bem assim como credores e consumidores, não pertencem à própria organização mas antes ao seu meio envolvente. Os juristas estão familiarizados com esta distinção entre contrato e organização, ainda que possa variar a primazia jurídica atribuída aos vários interesses envolvidos. No caso dos trabalhadores, por exemplo, o direito alemão estabelece uma distinção entre contrato de trabalho e “integração” na organização, e no caso da gestão empresarial, entre relação jurídico-laboral e relação jurídico-privada de mandato³⁸ (a distinção é menos clara no caso dos sócios, podendo ainda assim as suas relações obrigacionais e os seus direitos sociais serem separados do seu agir enquanto membros do grêmio deliberativo).

O modelo autopoietico trata, assim, organização e contrato em termos de sistema e respectivo meio envolvente. A complexa rede contratual dos actores individuais regula as relações externas entre os membros da organização e o seu meio envolvente, enquanto a organização representa um sistema de acção autónomo e independente, que se reproduz a si próprio através da ligação circular de decisões organizacionais antes que através de transacções contratuais. A lógica veiculada por aquela “rede contratual” é profundamente diferente da lógica própria desta “rede decisional”: ao passo que a primeira serve primariamente a estrutura de motivação (é por intermédio dela que se gera a motivação dos portadores de recursos para realizarem contribuições), a última toma por ponto de referência a estrutura racional-finalística da organização, o que significa, desde logo, a reprodução autopoietica e, depois, as estratégias de racionalização adoptadas, isto é, fins da organização, relação meios-fins, instruções hierárquicas, expectativas informais, etc. Fazer subsumir ambas estas lógicas num conceito omnicompreensivo de rede contratual equivaleria a uma unificação de estruturas de motivação e de orientação, a uma eliminação da

distinção entre motivo e fim que é característica das organizações modernas e flexíveis, numa palavra, a uma degradação da organização económica numa espécie de mero clube privado.³⁹

Contrariamente àquilo que pensam os economistas, com excepção porventura de NELSON e WINTÈR, as fronteiras entre esferas económicas espontâneas e organizadas, entre mercado e organização ("market and hierarchy"), não são o produto de escolhas racionais mas de processos de evolução. Atenta a alternativa entre contrato e organização, existe uma tendência para sobreestimar o papel de actores racionais na escolha das decisões na base das suas ordens de preferências. As várias "teorias do caos" da organização (SIMON, MARCH, OLSEN)⁴⁰ – cujos conceitos-chave, além da já famosa "bounded rationality",* incluem os de "loose coupling, disorderliness, nondecisions, problematic attentions, learning, and garbage-can decision processes"***.⁴¹ – tiveram assim um impacto reduzido nos modelos económicos da organização da empresa. Sem dúvida que a atenção dispensada pelo próprio WILLIAMSON ao processo de decisão sob condições de incerteza e de "racionalidade limitada" é disto um bom exemplo. Todavia, permanece uma certa relutância em levar até ao fim este raciocínio, retirando-lhe as consequências lógicas e aceitando que "a semântica da racionalidade possa ser utilizada como um assobio no escuro a fim de afastar a incerteza e o medo."⁴² A implicação mais radical desta postura equivaleria a uma substituição da acção racional pela evolução cega, no contexto da qual a escolha entre mercado e hierarquia seria o produto da interacção não-coordenada de mecanismos de variação (da interacção entre estratégias de "tentativa-e-erro" dos agentes económicos), de selecção (interrelação de processos de concorrência e poder no mercado) e de estabilização (institucionalização de acordos organizacionais).⁴³

O único critério de sucesso é o da sobrevivência de acordos institucionais específicos no decurso do processo de evolução. É mérito da teoria económica o ter salientado, entre esses acordos, o papel desempenhado pelos custos de transacção. Todavia, ficam-nos algumas dúvidas sobre se tal modelo fará justiça às diferenças fundamentais entre mercado e hierarquia. A teoria sistémica trabalha neste domínio com a distinção entre redundância e variedade, a qual pode sobrepor-se à dicotomia entre mercado e hierarquia: redundância significa limitação estrutural dos complexos decisionais, significa um poder concentrado na organização em detrimento de outras, porventura melhores, possibilidades de decisão; variedade significa opostamente aumento do leque de opções e capacidade de adaptação flexível a meios envolventes turbulentos, o que seria atingido muito mais facilmente através de coordenação contratual descentralizada do que através de organização hierárquica. Outros critérios do êxito evolutivo têm que ver com as economias de escala, as vantagens de cooperação, as sinergias (v.g., "joint-ventures"), as diferenças motivacionais e os efeitos burocráticos – que funcionam, em parte contra, e em parte a favor,

das organizações formais. Este efeito bipolar fornece, ao mesmo tempo, a razão da inverosimilhança de que a evolução cega dos acordos institucionais pudesse alguma vez conduzir à transformação do sistema económico como um todo numa gigantesca organização formal, prevenindo a interacção entre redundância e variedade justamente uma fusão entre mercado e hierarquia.

V EMPRESA E MICROCORPORATIVISMO

Esta breve reinterpretação sistémica da relação entre empresa e mercado constitui um passo prévio necessário à exposição do modelo por nós proposto para a organização jurídica dos grupos de empresas. Uma vez realizada a diferenciação, no decurso da evolução do mercado e da empresa, entre uma esfera organizada e uma esfera espontânea no sistema económico, tem lugar um desenvolvimento subsequente, caracterizado por uma variedade de investidas tipo "tentativa-e-erro", as quais, combinando (não fundindo) ambas as formas institucionais, perseguem a obtenção de êxitos evolutivos. A história das organizações económicas está cheia de formas híbridas, que vão da "organização do mercado" à inversa introdução de elementos de mercado na organização, não sendo aqui necessário enumerar os múltiplos movimentos de concentração no contexto do mercado e os vários esforços de descentralização no contexto das grandes organizações. Neste momento, estamos primariamente interessados em duas linhas de desenvolvimento, em cuja intersecção deve ser colocado o problema da organização jurídica dos grupos de empresas: acordos neocorporativos e descentralização da grande empresa monolítica.

Entre os múltiplos esforços de penetração organizacional dos mercados, aqueles que indubitavelmente maior atenção despertaram foram os chamados acordos neocorporativos ("neo-corporatist arrangements").⁴⁴ Esta nova simbiose "voluntária" de capital, trabalho e Estado parece oferecer certas vantagens, seja em face de iniciativas corporativistas precedentes, seja em face de outras formas de socialização, colectivização económica ou planificação estatal, designadamente ao mostrar-se susceptível de ser construída sobre as estruturas históricas existentes de associações patronais, sindicatos e administração público-estadual, e de pôr estas ao serviço da formulação e implementação regulatória. A hipótese neocorporativa mostrou-se assim portadora de uma flexibilidade processual que a tornou mais compatível com as próprias estruturas do sistema económico do que quaisquer outros sistemas de mediação política.

Deve notar-se que os acordos neocorporativos se desenvolvem em três níveis. Sem dúvida que as instituições macrocorporativas, organizadas e juridificadas mais ou menos formalmente, e cujo propósito consiste em atingir acordos ao nível nacional entre estratégias empresariais, objectivos sindicais e políticas económicas estaduais, levam aqui a palma (conselhos económico-sociais, comissões paritárias,

"Konzertierte Aktion", "Social Contract", "Pacto Soziale").⁴⁵ Simultaneamente, contudo, são de importância crescente os acordos mesocorporativos, como a coordenação de actores colectivos ao nível sectorial e regional,⁴⁶ e, finalmente, os acordos microcorporativos ao nível das empresas e organizações económicas concretas, de que são exemplos não apenas os modelos de co-participação laboral na Alemanha, Holanda e Suécia, mas também a "co-gestión à la française" ou os direitos de participação informais surgidos no âmbito da negociação colectiva, como acontece em Itália.⁴⁷

Nos meados dos anos 70, altura em que a corrente "neocorporativa" conhecia o seu vértice de popularidade, os seus principais fundadores, Philip SCHMITTER e John WINKLER, não estavam preocupados apenas em fazê-la vingar no meio académico, mas sobretudo em elaborar a sua definição e as condições do seu sucesso prático. O primeiro concebia-a como um novo estilo "de mediação política de interesses" e uma saída para as recorrentes crises de governabilidade,⁴⁸ ao passo que o segundo preferia ver nela uma nova e sucedida forma de regulação política da economia, como um "sistema económico de propriedade privada e controlo público".⁴⁹ Curioso é que ambos os autores, malgrado as suas divergências, acordavam na importância central atribuída às instituições macrocorporativas. Outros, todavia, como WASSENBERG, visionam antes o futuro do neo-corporativismo numa combinação dos vários níveis acima assinalados: "o corporativismo parece desenvolver-se cada vez mais como uma estratégia organizacional para grupos dotados de capacidade de adaptação recíproca e altamente interdependentes, consistente na transposição dos conflitos de identidade ou de interesse insolúveis num meso-nível, quer para o micro-nível das empresas individuais, quer para o macro-nível do debate parlamentar".⁵⁰

Nos nossos dias, sabemos já algo mais. O desenvolvimento dos esforços e experimentações neocorporativas acabou por não dar razão a nenhum destes autores, ao assumir-se numa involução do macrocorporativismo para um microcorporativismo.⁵¹

Após a crise económica e a profunda reestruturação das empresas industriais e dos sistemas jurídico-intervencionistas na Europa Ocidental,⁵² assistiu-se a uma retracção. Dos acordos neocorporativos, engolidos em parte pela vaga de desregulação e de desinstitucionalização, perdendo, não obstante a sua manutenção formal, grande parte da sua importância real e deixando, em qualquer caso, de figurar na ordem do dia político-económica.⁵³ Isto significa, porém, não o desaparecimento da síndrome neocorporativa, mas apenas uma inflexão no seu centro de gravidade. Efectivamente, e ao contrário das estruturas macro e meso-corporativas, os acordos microcorporativos não só sobreviveram àquele período de crise e reorganização industrial, como emergiram como estáveis "alianças de produtores", ao nível da grande empresa, e como unidades apoiadas estadualmente e orientadas por uma finalidade de eficiência ao nível do mercado mundial: enfim, como uma estratégia alternativa interessante para o aumento de flexibilidade empresarial-industrial.⁵⁴

As estratégias macrocorporativas deixaram de estar em voga, apresentando-se antes até – num tempo marcado por mutações de mercado muito rápidas, por pressões concorrenciais sempre crescentes; e pelo enfraquecimento ou mesmo fracasso dos programas intervencionistas estaduais – como estratégias rígidas, inflexíveis e centralistas.⁵⁵ A nova deusa dá assim pelo nome de descentralização e flexibilização por intermédio de acordos contratuais, aplicável tanto a métodos de financiamento e tecnologia como a relações com consumidores ou relações com trabalhadores.⁵⁶ O objectivo da nova política empresarial-industrial é a flexibilidade como um fim em si mesmo: "a capacidade das empresas em se adaptar rapidamente às mutações do respectivo meio envolvente".⁵⁷

Enquanto a flexibilização através do contrato constitui o apelo mais frequente nos nossos dias, os acordos microcorporativos podem oferecer uma alternativa no polémico debate entre "Americanização" ou "Japonização": *flexibilização através da organização*.⁵⁸ De facto, a flexibilidade pode ser obtida, não apenas graças a acordos contratuais, mas igualmente por intermédio da descentralização ao nível da organização microcorporativamente estruturada. O que é mais, uma política baseada na organização pode fazer uso das vantagens produtivas de uma "aliança de produtores" (Capital, gestão, trabalho, Estado) crescentemente exigida pelo condicionalismo criado pelo "new industrial divide".

Esta posição acaba por se aproximar bastante das ideias atrás esboçadas. Efectivamente, a tentativa de aumentar a flexibilidade através da utilização de acordos contratuais, privilegiando um dos grupos envolvidos, seja ele o dos sócios ou o dos gestores, acabaria por não corresponder aos próprios interesses da organização. A vantagem daqueles acordos reside na sua capacidade de adaptação rápida e flexível às exigências flutuantes do meio envolvente, obtida através da construção e destruição subliminar de sistemas de acção. Todavia, a respectiva desvantagem consiste na sua incapacidade de explorar devidamente a "mais-valia organizacional",⁵⁹ que tem a sua origem em três fontes: 1) relações duradouras de cooperação, que seriam permanentemente destruídas pela flexibilidade contratual; 2) difusão de "compromissos" ("commitments") para com a organização, capazes de criar uma maior flexibilidade em contraste com a situação de obrigações contratuais rígidas e estritas; e finalmente 3) a pré-orientação dos actores para os interesses da organização, cujo poder apelativo é bastante maior do que a vinculação ao fim contratual.

Isto sugere uma concepção da organização jurídica da empresa assente numa aliança ou união microcorporativa de "produtores", na qual nenhum dos grupos portadores de recursos (capital, trabalho, gestão, ou até Estado) possui qualquer pretensão de primazia ou soberania sobre os restantes. Em princípio, a conexão entre propriedade dos recursos e direitos de regulação é rompida, sendo estes direitos atribuídos ao "ente colectivo ou corporativo" ("corporate actor"). A ideia de "direitos de propriedade organizacionalmente vinculados"⁶⁰ surge assim diametralmente

oposta à ideia da empresa como mera "rede" contratual: a distribuição de direitos de participação e controlo dentro da empresa não é determinada, nem pela primazia do interesse de um factor produtivo, nem pela lógica de troca da rede contratual, mas por considerações de eficiência na prossecução dos interesses do "ente colectivo" (distintos de qualquer dos outros interesses).

Não obstante os efeitos positivos dos acordos microcorporativos no plano da integração e motivação, os efeitos externos negativos de semelhantes "alianças de produtores" requerem alguma atenção, particularmente a circunstância de os acordos por aquelas obtidos serem atingidos a expensas de terceiros e do interesse público em geral: aqui reside, de facto, o calcanhar de Aquiles da hipótese microcorporativa no sentido de simples aliança de produtores.⁶¹ Todavia, é no plano da emergência do "ente colectivo", cuja existência social é ignorada pelo individualismo metodológico, que encontramos o norte da futura orientação político jurídica: este consiste no reforço da posição institucional do "ente colectivo", enquanto autonomização de um centro de acção impessoal, capaz de subordinar o alcance da acção dos vários grupos de interesses envolvidos aos limites impostos pelos interesses (definidos em termos sociais gerais) da organização.

VI O GRUPO DE EMPRESAS ENTRE MERCADO E ORGANIZAÇÃO

Se existe alguma verdade nas tendências involutivas do neocorporativismo do macro-nível de uma política económica coordenada para um micro-nível da "aliança de produtores" no seio da grande empresa, acabadas de descrever, então podemos presumir que o triângulo corporativo terá encontrado, no decurso do seu processo de tentativa-e-erro, o seu plano ideal de aplicação ao nível da organização da empresa. Ou seja, terá encontrado no contexto da organização hierárquica da empresa aquele plano onde, com maior probabilidade, o planeamento estratégico no contexto do sistema económico ainda parece possível e onde a utilização dos mecanismos de coligação de interesses e implementação política ainda parece poder ser eficaz.

Sempre se poderá perguntar, todavia, se, afinal, se não estará a partir aqui de um nível demasiadamente baixo daquela organização hierárquica, e a fazer uso de desenvolvimentos que, de há muito, transpuseram o centro de gravidade do planeamento estratégico da empresa para patamares superiores e mais complexos.⁶² Isto conduz-nos a uma segunda linha de desenvolvimento: a combinação entre mercado-hierarquia, a formação dos grupos de empresas como "mercados organizados", no contexto dos quais práticas de negociação microcorporativas jogam já um importante papel mas que o direito é ainda incapaz de apreender e institucionalizar.

O aspecto interessante do fenómeno dos grupos de empresas não reside tanto no seu protagonismo no movimento geral de concentração económica do mundo moderno, capaz de edificar autênticos impérios empresariais através da instrumentalização

dos mecanismos de direito privado, como o contrato e a pessoa jurídica, quanto na natureza ambivalente das suas origens institucionais. De facto, a concorrência entre os cadinhos institucionais da organização da actividade económica (mercado e organização hierárquica) constitui uma característica central da história do desenvolvimento dos grupos de empresas. Esta história pode ser sistematizada nos tipos ideais de grupos patrimoniais, grupos financeiros, grupos industriais, grupos pessoais e grupos diversificados.⁶³ Por seu turno, a prática organizacional corrente dos grupos pode ser reconduzida a três categorias: a chamada "H-Form" ("holding form"), organização altamente descentralizada vocacionada a uma mera coordenação financeira, a "U-Form" ("unitary form"), organização altamente centralizada e estruturada ao longo de uma estrutura de comando fortemente hierárquica, e a "M-Form" ("multidivisional form"),* como forma organizacional descentralizada do grupo empresarial, no contexto da qual as unidades componentes operam no mercado como "profit centers"*** dotados de considerável autonomia. A experiência histórica demonstrou que a última estrutura organizacional constitui a forma de organização mais eficiente, em que se combina com sucesso um certo grau de centralização com um elevado grau de descentralização.⁶⁴

Do ponto de vista sistémico, três aspectos desta organização merecem ser sublinhados.

Por um lado, *a regulação contextual de sistemas autónomos*. A "estrutura multidivisional" constitui a mais clara demonstração das dificuldades experimentadas por estruturas hierárquicas de organização a partir de certos limiares de grandeza dos sistemas sociais organizados. Trata-se de uma problemática que foi profusa e detalhadamente analisada pela teoria sistémica a propósito da regulação dos sistemas auto-poieticos,⁶⁵ tendo-se chegado à conclusão de que, para além de tais limites, o controlo hierárquico directo deveria ser substituído por formas de "regulação contextual".⁶⁶ A regulação externa de organizações complexas apenas se torna possível justamente através da concessão de um alto grau de autonomia interna e do mero estabelecimento de linhas gerais enquadradoras do respectivo contexto de acção.⁶⁷ Este postulado encontra uma demonstração eloquente precisamente nas formas de regulação interna adoptadas tipicamente por aquela forma organizacional, a saber, planeamento estratégico da política geral do grupo e coordenação da unidade global através da centralização das políticas financeira e de pessoal.⁶⁸

Por outro lado, *a internalização do mercado na organização*. É usual ver-se na técnica de descentralização, consistente na delegação de poderes decisoriais do topo para a base, o elemento característico e distintivo da "estrutura multidivisional".⁶⁹ Ainda mais significativo parece ser o facto de esta forma organizacional reproduzir, dentro dos próprios limites do grupo empresarial, a diferenciação interna do sistema económico numa área organizada e espontânea. Estamos aqui, assim, perante uma internalização ("reentry")⁷⁰ da distinção entre sistema-meio envolvente no seio

do próprio sistema, o que vale por dizer, no nosso caso particular, uma internalização da distinção entre mercado-organização dentro da própria organização. O grupo de empresas utiliza deste modo para os seus próprios fins a interacção entre redundância e variedade, o que significa, para citar LUHMANN, que "quanto mais organizações complexas determinarem o curso dos eventos na economia e na política, mais importante para elas se torna a repetição desta interacção redundância-variedade dentro das suas próprias estruturas e o não excessivo hipotecamento a modelos de redundância".⁷¹ Deste modo, são criados mercados dentro da própria organização, simulando-se a existência, no contexto das relações entre a empresa-mãe e empresas-filhas, de um mercado de capitais interno e próprio do grupo (para os recursos financeiros), de um mercado de trabalho (para os recursos humanos), e assim por diante.

Aspectos importantes são a natureza flexível desta mistura ou combinação de mercado e organização na constituição e estruturação do grupo (que não é fixa mas varia ao longo do tempo de acordo com razões estratégicas)⁷² e a natureza multi-estável da organização do grupo empresarial (onde as empresas agrupadas ora actuam independentemente uma das outras, ora coordenadamente entre si).⁷³ Nas palavras de KIRCHNER, "mercado e hierarquia constituem elementos complementares e alternativos à disposição da empresa organizada sob a forma de grupo".⁷⁴ A escolha entre tais elementos pelo grupo não resulta da selecção cega no processo de evolução económica, constituindo antes objecto de decisão estratégica planificada e, o que é mais, de constante mudança. Ou, como prefere dizer VARDARO, "o grau de autonomia (das empresas componentes) não é apenas funcionalmente diversificado mas também variável. Autonomia e poder de decisão variam, não apenas de grupo para grupo, mas também dentro de um mesmo grupo".⁷⁵ Deste modo, a organização típica do grupo corresponde e confirma as conclusões da teoria sistémica, segundo a qual não existe uma "mistura óptima" de redundância e variedade, devendo as proporções entre ambas ser objecto de constantes alterações como forma de adaptação às relações permanentemente mutáveis entre sistema e meio envolvente. "Um ou outro pólo tomará a dianteira, consoante o tipo de ruído sentido pelo sistema e os tipos de alterações que forem percebidos em comparação com as precedentes. Decisiva para a conservação da racionalidade do sistema (se assim lhe podemos chamar) é a manutenção da sua capacidade de alterar a primazia entre redundância e variedade. O sistema deve manter-se capaz de permitir um alto grau de redundância como meio de garantir um acréscimo de variedade, assim como, inversamente, de pressentir a emergência de tendências dissolventes sob a forma de um decisionismo puramente casuístico e situacional como uma razão para uma intervenção rígida sobre os processos decisoriais, através de meios estratégicos, organizacionais ou pessoais."⁷⁶ No grupo de empresas com uma estrutura descentralizada uma "regra de navegação" torna-se, pois, um princípio sobre o qual é construída a própria forma

organizacional híbrida: essa propriedade "camaleónica" de mutação permanente torna-se, assim, numa característica central da organização do grupo, cumprindo ao núcleo dirigente deste escolher a cor que melhor se adapta a um meio envolvente em constante mutação.

Finalmente, a dinâmica interna de um processo de auto-observação. A terceira característica da organização do grupo tem que ver com a autonomia das empresas agrupadas em face do vértice hierárquico do grupo. É esta autonomia que empresta ao grupo empresarial uma dinâmica interna que lhe garante seguras vantagens evolutivas relativamente a estruturas de coordenação puramente hierárquicas ou de puro mercado.⁷⁷ Uma tal dinâmica interna retrata o fenómeno da auto-referencialidade de um processo ou, mais exactamente, o fenómeno pelo qual um processo passa a observar-se a si próprio e a utilizar tal auto-observação para se regular a si próprio.⁷⁸ Estruturas organizacionais de tipo hierárquico e centralizado possuirão sempre, neste sentido, uma dinâmica interna muito mais limitada, uma vez que o centro observacional do processo está localizado no vértice organizacional e que outros centros observacionais, que possam porventura emergir na sequência de uma repartição de funções no seio da organização, serão de certo modo disfuncionais, dado que os seus critérios de observação e regulação são desenvolvidos num plano inferior e incapazes de ter em conta o todo organizacional. A situação é já diferente no caso de grupos empresariais com estrutura descentralizada, caracterizados pela multiplicação de centros observacionais, cujos critérios de observação e regulação são orientados pelo objectivo da sobrevivência, coesão e maximização do lucro global do grupo inteiro.

VII CONCEPÇÕES JURÍDICAS DO GRUPO DE EMPRESAS

Que consequências emergem desta concepção do grupo de empresas? Qual de entre as várias "imagens jurídicas" do grupo, que subjazem às diferentes leis existentes nesta matéria, parece mais apropriada para a nossa reconstrução no quadro da teoria autopoietica? Que implicações podem retirar-se de tal reconstrução para a regulação e disciplina jurídica do grupo, em particular para a disciplina da sua organização interna de poder?

Começaremos por defender que o debate neste ponto parece ter partido até hoje de uma falsa oposição entre duas imagens jurídicas do grupo – a saber, a imagem da "empresa dependente" e a imagem da "unidade hierárquica do grupo" –, quando é certo que novos horizontes para esta problemática poderiam certamente ser abertos por uma terceira imagem: a da "rede pluri-empresarial".

"A Pessoa Jurídica Dependente" – título da famosa obra de KRONSTEIN (1931)⁷⁹ – constitui a expressão clara da imagem legal do grupo historicamente mais difundida e que haveria de marcar decisivamente todo o sentido do tratamento

doutrinal e legislativo do fenómeno do grupo de empresas. Arrancando do arquétipo histórico da "libertação" da pessoa colectiva ou moral e da emergência da sociedade anónima como a forma de empresa típica dos nossos tempos, o seu paradigma é o da empresa autónoma e a sua preocupação é a da conservação dessa autonomia em face do respectivo meio envolvente (aqui se incluindo não apenas terceiros, mas os seus próprios membros, maxime, accionistas). Esta visão das coisas está assim nos antípodas das novas tendências da formação dos grupos, que reduzem a autonomia da pessoa colectiva das empresas agrupadas a uma pura ficção, transferem a soberania corporativa do grémio associativo para o exterior e destroem o equilíbrio interno de poderes desenhado na lei.

A imagem da "empresa dependente" arranca assim da comparação entre a constituição jurídica ideal de uma empresa economicamente independente e a constituição real de uma empresa filial integrada num grupo, propondo, caso tal situação de dependência mostre produzir efeitos negativos, uma disciplina jurídica orientada por mecanismos visando alternativamente a recuperação do *status quo* jurídico-formal prévio ou a compensação da empresa em causa. O exemplo paradigmático desta visão é-nos dado pela técnica jurisprudencial da "desconsideração da personalidade jurídica": conquanto o caso normal seja o da unidade e independência da pessoa colectiva-empresa, aceita-se a título excepcional ver a "realidade das coisas" e imputar a um outro sujeito jurídico (empresa-mãe) os actos daquela empresa (-filha) sempre que esta haja sido objecto de um controlo total por parte daquela. Outras técnicas também aqui poderiam referir-se, como é o caso da teoria da "agency", através da qual se aceita ver no grupo uma unidade apenas quando a filial possa ser tida como um "quasi-agente" da empresa-mãe.⁸⁰ A lei francesa em matéria de grupos, ainda em fase de desenvolvimento, arranca igualmente da imagem da "entreprise dépendante",⁸¹ e a própria lei alemã dos grupos de sociedades, geralmente tida como a mais avançada sobre a matéria, acaba por se mostrar ela também altamente tributária de um mesmo modelo da "abhängige Gesellschaft", pelo menos no que concerne aos chamados "grupos de facto"⁸² (efectivamente, a compensação dos prejuízos aí prevista para os casos de exercício de um domínio prejudicial da empresa-mãe sobre as suas filiais está claramente assente no modelo pressuposto da empresa autónoma).

Depois do que já se disse atrás sobre a natureza organizacional do grupo de empresas, não necessita certamente de ser aqui explicada a inadequação desta imagem jurídica, residindo a única perplexidade na persistência com que tem subjazido à maior parte dos empreendimentos doutrinários e legislativos nesta área.⁸³ De facto, só gradualmente uma outra visão foi abrindo caminho, substituindo a tradicional perspectiva do grupo "de baixo para cima", centrada na empresa filial, pela perspectiva inversa "de cima para baixo", centrada na empresa-mãe. Após algumas tentativas falhadas de construção de uma teoria do grupo empresarial enquanto unidade ou

empresa unitária em si mesma nos inícios do século, como é o caso de ISAY,⁸⁴ a década de 70 assistiu ao reaparecimento dessa teoria, ainda que sob formas mitigadas: à cabeça deste movimento encontramos, na Alemanha, Marcus LUTTER e a sua escola (TIMM, SCHNEIDER, HOMMELHOFF);⁸⁵ do outro lado do Atlântico, BLUMBERG desenvolveu uma crítica profunda do sistema da "desconsideração da personalidade jurídica" e advogou a adopção de uma visão unitária do grupo;⁸⁶ e as soluções adoptadas na França, Holanda e Alemanha em matéria da organização das sociedades comerciais tendem igualmente para uma visão unitária do grupo,⁸⁷ prevendo a localização dos sistemas de co-participação laboral ao nível das sociedades-mãe, enquanto eixo hierárquico de decisão do grupo.

Não obstante os seus inegáveis progressos relativamente à anterior, uma tal concepção do grupo de empresas como uma unidade hierárquica liderada por uma empresa-mãe coloca alguns problemas. Os trabalhos de LUTTER e dos seus seguidores são um bom exemplo disto mesmo. Também aqui se hipoteca a concepção do grupo a uma comparação em face do modelo da empresa autónoma, só que realizada agora entre este modelo ideal e o modelo real da empresa-mãe. Mais uma vez, as questões centrais para esta visão são as de determinar quais os efeitos negativos que a existência do grupo provoca ao nível da autonomia e da estrutura orgânica da empresa-mãe e quais os mecanismos compensatórios adequados para corrigir tais efeitos. Aqui a questão coloca-se ao nível da posição e funcionamento dos órgãos deliberativos da empresa-mãe, a sua assembleia geral: no famoso "caso Holzmüller"⁸⁸ o Supremo Tribunal Federal alemão haveria de aderir a esta concepção unitária, reforçando os poderes daqueles órgãos. O mesmo criticismo deveria ser dirigido contra a visão unitária do grupo dominante na área do direito do trabalho, onde as tentativas de identificação periodicamente encetadas no sentido de determinar o verdadeiro centro de poder no seio dos grupos empresariais acabam por desaguar invariavelmente no vértice hierárquico do grupo. Todavia, parece errado identificar poder e hierarquia deste modo – já KAHN-FREUND sublinhava que "o poder pode estar localizado no centro, na periferia ou estar repartido"⁸⁹ –, como, de resto, o vêm demonstrando investigações empíricas sucessivas sobre a matéria.⁹⁰

Esta visão unitária acaba por ignorar, ou não ter devidamente em conta, as três características do grupo empresarial tidas como essenciais do ponto de vista da teoria sistémica: regulação contextual, internalização organizacional do mercado, dinâmica interna do grupo. Em primeiro lugar, a concepção unitária-hierárquica, centrando o poder organizacional junto da empresa-mãe, acaba por não dar resposta à necessidade de descentralização decisional originada pela circunstância de a regulação hierárquica de organizações complexas apenas ser possível se limitada a formas de controlo indirecto sobre áreas de gestão empresarial nevrálgicas, como a direcção financeira ou a direcção de pessoal. Em segundo lugar, tal concepção ignora a necessidade de se entender o grupo mais como um "mercado organizado" do que

como uma hierarquia pura, em face da internalização de estruturas de mercado operada pelo fenómeno do grupo. Em terceiro lugar, a mesma concepção também não faz justiça ao processo de dinâmica interna do grupo, já que a sua perspectiva hierarquizante – simbolizando na empresa-mãe o centro de actividade do grupo inteiro – não lhe permite dar conta da interacção dinâmica entre uma multiplicidade de centros autónomos de acção económica, cuja coordenação apenas dificilmente pode ser conseguida a partir do vértice hierárquico do grupo.

Por conseguinte, a imagem do grupo de empresas, orientadora das iniciativas de regulação jurídica nesta matéria, deveria ser *não a de hierarquia mas sim a de "rede" (Netzwerk), não a de poder de controlo e direcção da empresa-mãe mas sim a de coordenação de centros de acção autónomos*. Não basta aqui simplesmente qualificar conceptualmente a realidade do grupo inteiro, recorrendo ao conceito de empresa, como sugere BLUMBERG,⁹¹ ou à ideia de "Unternehmensgruppe", como o faz WIEDEMANN.⁹² Decisivo é antes tomar a sério a realidade do grupo enquanto coordenação de uma pluralidade de empresas através de uma empresa de segundo grau, a empresa de grupo:⁹³ o grupo como "ente colectivo ou corporativo" – ou, ainda melhor, como "rede pluri-empresarial" –, eis o conceito-chave que porventura melhor descreve a especificidade do grupo como nova forma da organização da empresa moderna, como "estrutura ou rede hierarquicamente organizada de empresas semi-autónomas".

Isto poderá sugerir que a "rede pluri-empresarial" do grupo possa ser tratada no futuro como um novo sujeito jurídico, só que aqui com a particularidade de se tratar de um sujeito jurídico de natureza diferente dos tradicionais sujeitos de direito, ou seja, das pessoas naturais e das pessoas colectivas. O grupo de empresas, enquanto "rede pluri-empresarial", rompe com as raízes antropomórficas da instituição da pessoa colectiva em dois sentidos: *imputação múltipla antes que imputação unitária, autonomização policêntrica antes que personificação*.

Efectivamente, a técnica de imputação unitária muito deve ao forte pendor antropomórfico que está subjacente ao conceito de personalidade jurídica. A construção do instituto da pessoa colectiva fez-se assim à imagem de um único centro de acção e vontade – a "pessoa" –, concebida como ponto de imputação de acções, direitos e obrigações. Aplicado ao nosso caso, vale isso por dizer que, no contexto de um grupo empresarial, uma determinada acção, ou bem que é imputada à empresa filial ou, através do uso excepcional da "desconsideração da personalidade jurídica", à empresa-mãe. *Tertium non datur*. Todavia, se realmente se pretende fazer justiça à realidade organizacional do grupo como rede de múltiplos centros de acção semi-autónomos, então temos de nos libertar destes preconceitos conceptuo-dogmáticos que nos encerram nos estreitos horizontes da imputação unitária em direcção a uma *imputação simultânea múltipla* de acções e posições jurídicas. A imputação unitária associada à sociedade-pessoa colectiva deve, no caso do grupo pluri-societário,

ser desarticulada e distribuída por três níveis – a empresa filial, a empresa-mãe e o grupo ele próprio – cedendo assim o seu lugar a três formas distintas de imputação – imputação cumulativa, na qual é multiplicada por várias unidades do grupo; imputação alternativa, na qual é feita apenas a uma dessas unidades; ou imputação complementar, na qual imputações parciais são feitas diferentes unidades co-participantes.

Se se pretenderem adaptar e conformar à natureza híbrida e instável da prática dos grupos empresariais, à sua escolha *ad hoc* e oportunística da combinação entre mercado-organização e centralização-descentralização decisional, as técnicas jurídicas de imputação de acções, direitos e deveres terão de se libertar, de urna vez por todas, das ideias clássicas em matéria de imputação, caminhando para uma imputação jurídica igualmente *ad hoc* e casuística. Um modelo possível para este efeito poderia ser, evidentemente, o modelo casuístico, onde a resposta à questão de saber a que unidade componente do grupo atribuir ou imputar uma determinada acção ou posição jurídica estaria dependente das circunstâncias do caso individual, o que, sem dúvida, pressuporia a prévia existência de um vasto leque de critérios de imputação disponíveis. A melhor prova da flexibilidade e operacionalidade de um tal método é-nos dada por BLUMBERG, na sua conhecida lista de factores que devem determinar o julgamento sobre a situação de autonomia ou controlo vivida pelas empresas filiais (que incluem numerosos factores, tais como a observância das formalidades constitutivas e de funcionamento da empresa filial, a separação material entre a empresa filial e a empresa mãe, a integração dos negócios da filial nas actividades económicas globais do grupo, a integração das operações internas da filial no grupo, o grau de controlo da empresa-mãe nos vários sectores da gestão das empresas filiais, etc.).⁹⁴

O direito deveria assim, mais do que embarcar numa "vã procura de uma definição geral de grupo",⁹⁵ válida desde o direito das sociedades comerciais e do direito do trabalho ao direito fiscal e direito civil, desenvolver e aplicar flexivelmente, consoante os objectivos regulatórios específicos de cada sector jurídico, diferentes critérios de imputação. Exigências mínimas de segurança jurídica poderiam ser satisfeitas através da previsão de um conjunto de elementos típicos e fixos do conceito de grupo, comuns a todos os ramos jurídicos, designadamente em matéria de direcção unitária do grupo. Todavia, uma vez verificada esta condição mínima comum, os critérios de imputação deveriam permanecer flexíveis e determináveis de acordo com o contexto jurídico concreto em causa. Finalmente, poder-se-ia evitar a degradação de uma tal técnica de imputação múltipla numa arbitrária "Kadijustiz" caso se salvaguardasse a sua orientação pelas máximas seguintes: manutenção das vantagens organizacionais da descentralização e eficácia regulatória enquanto implementação dos objectivos político-jurídicos das normas.

Se a primeira grande diferença entre a pessoa colectiva e esse novo sujeito jurídico emergente que é o grupo enquanto "rede organizacional" reside na substituição da técnica da imputação unitária por uma técnica de imputação múltipla simultânea,

a segunda reside na distinção entre a identidade de tal rede e aquela que é própria de um colectivo. Na verdade, o carácter flexível e mutável de uma rede organizacional requer tão-só autonomização mas já não personificação: esta última, a ter lugar, acabaria por se revelar contraproducente e interferir negativamente sobre as três características do grupo acima revistas. Para a subjectivização jurídica de tal rede organizacional seriam assim suficientes os seguintes elementos: reconhecimento da identidade colectiva do grupo como uma rede de relações interorganizacionais; reconhecimento jurídico de um interesse comum do grupo, enquanto interesse dessa rede em si mesma, e distinto quer dos interesses da empresa-mãe, quer da soma dos vários interesses dos membros do grupo; utilização das contas consolidadas do grupo como instrumento de imputação; reconhecimento jurídico de uma capacidade de acção do grupo, mediada através da acção da empresa-mãe ou das suas filiais; atribuição de direitos e deveres próprios ao grupo; imputação flexível e casuística de responsabilidade ao grupo, cumulativa ou alternativamente com a tradicional responsabilidade das empresas filiais e/ou da empresa-mãe.

VIII ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DO GRUPO DE EMPRESAS?

Sem dúvida que base da definição das futuras tarefas de um direito dos grupos empresariais deverá ser o estreito paralelismo entre a situação de facto e a constituição jurídica do grupo como uma empresa. Todavia, é necessário não perder aqui de vista que o termo dessa comparação não deverá ser representado nem pela "empresa filial dependente", nem pela "empresa-mãe dominante", mas sim pelo próprio grupo, enquanto sistema de relações interorganizacionais. Tarefa fundamental será, pois, a de desenvolver orientações para a organização jurídica de um tal sistema.

Contra esta visão, opõe-se o consabido e recorrente argumento de que a criação de uma estrutura organizativa própria para o grupo empresarial constituiria um erro, uma vez que, muito justamente a especificidade de tal empresa (de segundo grau) consiste em que ela actua através da estrutura organizativa própria de cada um dos seus membros (empresas de primeiro grau).⁹⁶ A isto contra-argumentaremos muito simplesmente com a própria prática, a qual vem afinal reflectindo o desenvolvimento e cristalização de órgãos "fácticos" próprios no seio dos grupos empresariais; pelo que tal argumento deve ser entendido (tão manifesto é o seu desmentido prático) – que me desculpem os seus proponentes – como servindo puramente os interesses de uma obstaculização à sua consagração na ordem jurídica. Existe, todavia, um surpreendente momento de verdade em tal afirmação, que não foi decerto pensado nem querido pelos seus autores. E esse é o de que a construção de um modelo organizativo para o grupo jamais deverá fazer-se à luz do clássico modelo hierárquico da sociedade individual, o que acabaria por redundar numa rigidez burocratizante da organização e direcção dos grupos. Pelo contrário, arrancando da

imagem da "rede pluri-empresarial" e visando salvaguardar também no plano jurídico as características que fornecem a especificidade do fenómeno do grupo no plano fáctico (regulação contextual, internalização organizacional do mercado, dinâmica interna), os princípios organizativos clássicos da sociedade comercial individual – separação de poderes e diferenciação funcional – não podem deixar de carecer a necessária alteração e adaptação.

Desmentindo o pretensu absurdo da posição que defende a criação de órgãos próprios para o grupo como um todo, a prática quotidiana dos grupos empresariais vem confirmar a institucionalização "de facto" de novas instâncias orgânicas representativas disso mesmo.⁹⁷ O chamado "poder de direcção" da empresa-mãe sobre as suas filiais, consagrado já em certas legislações nacionais e transnacionais (v.g., directivas comunitárias), constitui, afinal, uma cristalização funcional de uma nova instância orgânica específica do próprio grupo, completamente ilegítima à luz dos cânones tradicionais do direito das sociedades.

Se analisarmos o fenómeno do grupo da perspectiva dos portadores de recursos envolvidos, verificamos um significativo aumento do poder dos órgãos de administração em face dos sócios e dos trabalhadores. Por um lado, no que toca aos primeiros, há que sublinhar que isso não se verifica apenas relativamente aos sócios minoritários da empresa dependente mas também, como recentemente se descobriu, ao nível dos sócios da própria empresa-mãe. A mediação da influência dos trabalhadores, por outro lado, seja através de instituições representativas ou de associações sindicais, constitui uma temática recorrente da literatura em matéria da co-participação laboral no seio dos grupos empresariais. À luz da ideia da "aliança de produtores" – de acordo com a qual todos os actores jurídico-societários transferem os seus direitos de propriedade para o "ente corporativo", os quais, por seu turno, são redistribuídos entre os membros da organização enquanto "direitos de propriedade organizacionalmente vinculados" segundo um critério de eficiência⁹⁸ –, a principal tarefa de uma organização jurídica do grupo consistirá na transferência dos direitos desses actores para o próprio grupo enquanto rede organizacional.

Se analisarmos o grupo da perspectiva do actual equilíbrio entre as funções de operação, controlo e legitimação no quadro da organização fáctica dos grupos, então rapidamente constatamos uma predominância das funções operativas em detrimento das outras duas. Na verdade, se bem se atentar, até ao presente apenas as funções operativas do grupo encontraram a correspondente cristalização em instituições específicas do próprio grupo, tais como o poder de direcção e instrução da empresa-mãe, o domínio da empresa-mãe sobre as assembleias gerais, conselhos de administração e de fiscalização das filiais, ou as estruturas contratuais e pessoais de organização do grupo.⁹⁹ Em contraste, as funções de supervisão e legitimação permanecem completamente descuradas ao nível do grupo ou, quando muito, institucionalizadas sob formas ainda muito rudimentares: o que é particularmente grave atenta a

circunstância não apenas de as estruturas fiscalizadoras e legitimadoras das empresas filiais se tornarem uma quase ficção sem qualquer papel activo em virtude da formação do grupo, mas também porque a eficiência das correspondentes estruturas da empresa-mãe ficarem pela mesma razão dependentes essencialmente do arbítrio da sua própria administração.

A resposta político-jurídica a tais assimetrias, seja no plano dos portadores de recursos produtivos, seja no plano das funções organizacionais, deverá passar necessariamente pela *criação de estruturas compensatórias de supervisão e legitimação específicas do próprio grupo*. De um ponto de vista de política jurídica, dir-se-ia que a tarefa consiste em desenvolver um "sistema político" que actue como um contrapeso ao já existente e acabado sistema operacional dos grupos empresariais, capaz de restaurar o equilíbrio das relações de força entre os vários portadores de recursos e das funções operativas, fiscalizadoras e legitimadoras no seio do grupo.

Entre as iniciativas institucionais larvares empreendidas nesta direcção, pode referir-se a conhecida "Directiva Vredeling" (1980, 1983) que providencia a atribuição de direitos de informação especiais aos trabalhadores no quadro das grandes empresas.¹⁰⁰ Contrabalançando o poder da empresa-mãe de instruir as filiais do grupo, tal directiva vem estabelecer uma rede de direitos e deveres de informação que poderia constituir a base para o desenvolvimento de um verdadeiro sistema político para o grupo empresarial. A flexibilidade do mecanismo da "negociação colectiva" abre novas oportunidades em matéria de direitos de informação, de consulta, e até de negociação, idóneos a permitir exercer uma influência junto do núcleo dirigente.¹⁰¹ Ao mesmo tempo, recusando uma subjectivização jurídico-formal do grupo e a consequente distribuição das competências funcionais ao longo de uma estrutura orgânica fixa, liberta-se dos rígidos horizontes dos modelos institucionais de co-participação laboral e possibilita uma adaptação flexível à mutabilidade das formas organizacionais do grupo.

O único problema desta perspectiva reside na fragilidade dos deveres de informação em comparação com os genuínos direitos de co-participação e, o que é mais ainda, na ausência de um centro de coordenação para as instituições compensatórias. A sua ancoragem num mecanismo de "negociação colectiva" realça e explica a sua fraqueza de estratégia puramente contratual sem qualquer conteúdo organizacional.¹⁰²

Neste sentido, soluções institucionais cristalizadas ao nível da empresa-mãe – como o "comité d'entreprise" francês, assim como o "centrale ondernemingsrad" holandês ou o "Konzernbetriebsrat" alemão* – parecem possuir alguma vantagem relativa. O interesse deste tipo de soluções consiste no facto de, não obstante a sua institucionalização formal ser realizada no plano da empresa-mãe, os seus objectivos e consequências transcenderem largamente este plano para se estenderem ao próprio grupo como um todo, em total oposição aos cânones jurídico-ideais tradicionais, mas em total observância dos cânones prático-funcionais da natureza do grupo.

De facto, tais instituições representam não apenas os interesses dos trabalhadores da empresa-mãe, mas ainda e também, em total contradição com os princípios mais gerais do direito das sociedades, os interesses dos trabalhadores das empresas filiais. Todavia, e ao mesmo tempo, a sua relevância para o grupo está restringida a funções de recrutamento e representação, permanecendo as outras funções de controlo e supervisão do grupo como um todo (particularmente o controlo da política de pessoal) ainda subdesenvolvidas.

A raiz do problema consiste aqui na fixação de corpos ou instâncias orgânicas ao nível das empresas filiais, dotados de poderes mais ou menos pré-determinados: tal fixação institucional acaba por retirar a tais instâncias aquela flexibilidade que é requerida para fazer face às tentativas por parte da administração do grupo para escapar e iludir tal controlo, através de medidas de reorganização da sua própria estrutura.

Os mecanismos contratuais procedentes do sistema da "negociação colectiva" oferecem, a este propósito, uma maior flexibilidade, permitindo a contínua adaptação das possibilidades de controlo, legitimação e co-participação a exigências organizacionais sempre renovadas e diferentes. Embora a flexibilidade assim oferecida pelos sistemas de negociação colectiva os revele bastante mais apropriados à especificidade organizacional do grupo de empresas, esses mecanismos não deixam de levantar alguns problemas, entre os quais a sua reduzida capacidade de supervisão derivada da sua aguda dependência relativamente a um sistema económico em constante mutação, não possuindo as posições de poder formalizado que são típicas dos sistemas institucionais de co-participação e que os tornam imunes àquelas mutações.

O futuro de uma estrutura compensatória ou de contrapeso parece assim residir numa combinação bem sucedida dos esforços regulatórios previamente descritos. Esta a linha proposta também por VARDARO,¹⁰³ que recomenda uma solução assente numa mistura cuidadosamente calculada de elementos contratuais e organizacionais, e que opina ainda, perante o fenómeno dos grupos multinacionais, deverem as estratégias contratuais supranacionais prosseguidas por estes últimos ser acolhidas e escoradas por estratégias organizacionais dos Estados. Não residirá a solução para um futuro direito dos grupos de empresas na formação de um centro nevrálgico de supervisão e legitimação do próprio grupo como um todo, dotado de um elenco aberto de competências e atribuições e de mandato imperativo para o estabelecimento de acordos contratuais?

NOTAS

- 1 HELDRICH (1986), *Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht*, 105.
 - 2 LUHMANN (1984c), *Widerstandsrecht und politische Gewalt*, 36 e segs.
 - 3 LUHMANN (1985b), *Einige Probleme mit "reflexivem Recht"*, 8 e segs.
 - 4 Já em LUHMANN (1969), *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, 1 e segs.; IDEM (1974), *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, passim.
 - 5 DEGGAU (1988), *Die Geschäftsgrundlage. Eine methodische Irritation der Zivilrechtsdogmatik*; IDEM (1987b), *Versuch über die Autopoiese des Vertrages*.
 - 6 LADEUR (1983), *Politische Ökonomie verwaltungsgerichtlicher Plankontrolle*, 102 e segs.; IDEM (1984a), *Abwägung - Eines neues Paradigma des Verwaltungsrechts*; IDEM (1986a), *"Prozedurale Rationalität" - Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems?*, 265 e segs.; IDEM (1986b), *Rundkuntverfassung für die "Informationsgesellschaft"*, 147 e segs.; IDEM (1987a), *Jenseits von Regulierung und Ökonomisierung der Umwelt: Bearbeitung von Ungewibheit durch (selbstorganisierte) Lernfähigkeit-eine Skizze*, 242 e segs.
 - 7 ZÖLLNER (1988), *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, 88.
 - 8 TEUBNER (1980), *Die Generalklausel von Treu und Glauben*, 32 e segs.; IDEM (1982a), *Die Geschäftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystemen*, 625 e segs.; IDEM (1983), *"Corporate Responsibility" als Problem der Unternehmensverfassung*, 34 e segs.; IDEM (1985), *Unternehmensinteresse - das gesellschaftlichen Interesse des Unternehmens "an sich"?*, 485 e segs.; IDEM (1986b), *Der Beirat zwischen Verbandssouveranität und Mitbestimmung - Zu den Schranken der Beiratsverfassung in der GmbH*, 565 e segs.; IDEM (1987f), *Unternehmenskorporatismus. New Industrial Police and das Wesen der juristischen Person*, 61 e segs.
- * Nota do Tradutor: O termo "Konzern" (associação, coligação, agrupamento) é empregue na doutrina jurídico-societária germânica para designar o actual fenómeno dos grupos de empresas, caracterizado pela existência de um conjunto de empresas que, embora juridicamente independentes, se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária ou comum (respectivamente, empresas filiais e empresa-mãe). Nalgumas legislações e doutrinas (incluindo a portuguesa), este fenómeno vem tratado na aceção ligeiramente mais restritiva de "grupos de sociedades".
- 9 VARELA (1981a), *Autonomy and Autopoiesis*, 14; IDEM (1981b), *Describing the Logic of Living*, 36; LUHMANN (1984c), *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 27; WILLKE (1991), *Societal Guidance Through Law*.
 - 10 Análises desta problemática teórico-evolutiva em ALCHIAN (1950), *Uncertainty, Evolution and Economic Theory*, 211 e segs.; NELSON/ WINTER (1982), *An Evolutionary Theory of Economic Change*; WITT (1987), *Individualistische Grundlagen der evolutorischen Ökonomik*; HUTTER (1989b), *The Unit Which Evolves: Linking Self-Reproduction and Self-Interest*.
 - 11 Cfr. OTT (1977), *Recht und Realität der Unternehmenskorporation. Ein Beitrag zur Theorie der juristische Person*, 43 e segs.
 - 12 KRAUSE (1985), *Mitbestimmung und Effizienz-Ergebnisse neuerer empirischer Untersuchungen im Lichte der Theorie der Eigentumsrechte*, 147 e segs.
 - 13 WILPERT/RAYLEY (1983), *Anspruch und Wirklichkeit der Mitbestimmung*, 95 e segs.
 - 14 Nesse sentido, STREECK (1984), *Co-Determination: The Fourth Decade*, 391 e segs.; KRAUSE (1985), *Mitbestimmung und Effizienz - Ergebnisse neuerer empirischer Untersuchungen im Lichte der Theorie der Eigentumsrechte*, 147 e segs.; TEUBNER (1986c), *Industrial Democracy Through Law? Social Function of Law in Institucional Innovations*, 261 e segs.
 - 15 Entre essas teorias, vide ALCHIAN/ DEMSETZ (1972), *Production, Information Costs and Economic*

Organization, 777 e segs.; JENSEN/ MECKLING (1976), *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 306 e segs.; FAMA (1980), *Agency Problems and the Theory of the Firm*, 288 e segs.; FAMA/ JENSEN (1983), *Agency Problems and Residual Claims*, 327 e segs.; GROSSMAN/ HART (1986), *The Costs and Benefits of Ownership: a Theory of Vertical and Lateral Integration*, 691 e segs.

16 WILLIAMSON (1975), *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*; IDEM (1985), *The Economic Institutions of Capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting*.

* Nota do Tradutor: "especificidade do activo empresarial, solvabilidade empresarial".

17 PARSONS/ SHILS (1951), *Toward a General Theory of Action. Theoretical Foundations for the Social Sciences*, 16; LUHMANN (1984c), *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 148 e segs.

18 LUHMANN (1984c), *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 522.

19 Para uma crítica das teorias de WILLIAMSON, vide GRANOVETTER (1985), *Economic Action and Social Structure: the Problem of Embeddedness*, 481 e segs.; KAY (1987), *Markets and False Hierarchies: Some Problems in Transaction Costs Economics*; KNYPHAUSEN (1988), *Unternehmens als evolutionsfähige Systeme*, 202 e segs.; FITZROY/ KAY (1990), *The Corporation in an Uncertain World: Competition, Efficiency and Governance*.

20 LUHMANN (1986c), *Organisation*.

21 Neste sentido, mais detalhadamente, TEUBNER (1987f), *Unternehmenscorporatismus. New Industrial Policy und das Wesen der juristischen Person*, 61 e segs.

22 Cfr. recentemente GALEOTTI (1988), *Individuale e Colletivo*.

* Nota do Tradutor: "governo empresarial unitário"

** Nota do Tradutor: "escopo lucrativo comum".

23 TEUBNER (1987f), *Unternehmenscorporatismus. New Industrial Policy und das Wesen der juristischen Person*, 75.

24 Cfr. entre tantos RAISER (1964), *Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung*, 51 e segs.; BÄLZ (1974), *Einheit und Vielheit im Konzern*, 287 e segs.; ASSMANN (1989), *Microcorporatist Structures in German Law of Groups of Companies*.

25 BUXBAUM (1984), *Corporate Legitimacy, Economic Theory and Legal Doctrine*, 539 e segs.; TEUBNER (1985), *Unternehmensinteresse - das gesellschaftlichen Interesse des Unternehmens "an sich"?*, 470; IDEM (1987f), *Unternehmenscorporatismus. New Industrial Policy und das Wesen der juristischen Person*, 61 e segs.

26 Neste sentido, MASON (1959), *The Corporation in Modern Society*; SELZNICK (1969), *Law, Society and Industrial Justice*; DAHL (1973), *Governing the Giant Corporation*; OTT (1977), *Recht und Realität der Unternehmenscorporation. Ein Beitrag zur Theorie der Juristische Person*; ULRICH (1977), *Die Großunternehmung als quasi-öffentliche Institution. Eine politische Theorie der Unternehmung*; STEIMANN (1985), *The Enterprise as a Political System*, 401 e segs.; BERCUSSON (1990), *The Significance of the Legal Form of the Group Enterprise in the United Kingdom*.

27 EASTON (1965), *A Framework for Political Analysis*, 51.

28 HADDEN (1983), *The Control of Corporate Groups*; IDEM (1984), *Inside Corporate Groups*, 271 e segs.; BERCUSSON (1990), *The Significance of the Legal Form of the Group Enterprise in the United Kingdom*.

29 Assim SAPELLI (1990), *Towards a Historical Typology of Group Enterprises: The Debate of "Popular Sovereignty"*.

30 BERCUSSON (1987), *Juridification and Disorder*, 58.

31 TEUBNER (1983), *"Corporate Responsibility" als Problem der Unternehmensverfassung*, 34 e segs.

- 32 LUHMANN (1981b), *Organisation im Wirtschaftssystem*, 393.
- 33 Nesse sentido, cfr. TEUBNER (1979), *Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Kommentierung zu §§ 705 ff. BGB*, 719 e segs.
- 34 LUHMANN (1964), *Funktionen und Folgen formaler Organisation*.
- 35 GROSSMAN/ HART (1986), *The Costs and Benefits of Ownership: a Theory of Vertical and Lateral Integration*, 691 e segs.
- 36 LUHMANN (1986e), *Organisation*, 2. Num sentido idêntico, vide também TEUBNER (1985), *Unternehmensinteresse - das gesellschaftlichen Interesse des Unternehmens "an sich"?*, 471, 477; GOMEZ/ PROST (1985), *Organisationelle Geschlossenheit im Management sozialer Institutionen-ein komplementäres Konzept zu den Kontingenzansätzen*, 22; KNYPHAUSEN (1988), *Unternehmens als evolutionsfähige Systeme*, 238 e segs.; HUTTER (1989b), *The Unit Which Evolves: Linking Self-Reproduction and Self-Interest*; CLUNE (1991), *Implementation as Autopoietic Interaction of Autopoietic Organizations*.
- 37 LUHMANN (1986e), *Organisation*, 3.
- 38 SCHMIDT (1986), *Gesellschaftsrecht*, 312 e segs.
- 39 Sobre tal distinção entre fim ("Zweck") e motivo ("Motiv"), vide GEHLEN (1956), *Urmensch und Spätkultur. Ergebnisse und Aussagen*, 31, 35 e segs.; LUHMANN (1973b), *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, 128 e segs.; TEUBNER (1978), *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, 60 e segs., 262 e segs.
- 40 Cfr. MARCH (1988), *Introduction: A Chronicle of Speculations About Decision-Making in Organizations*.
- * Nota do Tradutor: "racionalidade limitada".
- ** Notado Tradutor: "articulação frouxa, disposição desordenada, decisões impossíveis, considerações problemáticas, aprendizagem, processos decisoriais realizados segundo o princípio do caixote do lixo".
- 41 MARCH/ SHAPIRA (1982), *Behavioral Decision Theory and Organizational Decision Theory*, 94.
- 42 LUHMANN (1984d), *Soziologische Aspekte des Entscheidungsverhaltens*, 602.
- 43 Cfr. ALDRICH (1979), *Organizations and Environment*; NELSON/ WINTER (1982). *An Evolutionary Theory of Economic Change*; WEICK (1985), *Der Prozeß des Organisierens*, 174 e segs.; HUTTER (1989a), *Die Produktion von Recht. Eine selbstreferentielle Theorie der Wirtschaft angewandt auf den Fall des Arzneimittel-patentrechts*.
- 44 STREECK/ SCHMITTER (1985), *Gemeinschaft, Markt und Staat - und die Verbände?*, 133 e segs.; VARDARO (1988), *Diritto del Lavoro e Corporativismi in Europa: ieri e Oggi*.
- 45 SCHMITTER/ LEHMBRUCH (1979), *Trends Toward Corporatist Intermediation*.
- 46 WASSENBERG (1978), *Creeping Corporatism: A Cuckoo's Policy*; ESSER/ FACH (1981), *Korporatistische Krisenregulierung im "Modell Deutschland"*.
- 47 Sobre o significado neocorporativo dos modelos de co-participação laboral, cfr. WASSENBERG (1978), *Creeping Corporatism: A Cuckoo's Policy*, 8; PANITCH (1979), *The Development of Corporatism in Liberal Democracies*, 123; CZADA/ LEHMBRUCH (1981), *Economic Policies and Societal Consensus Mobilization*, 4 e segs.; ERD (1982), *Die Modernisierung des Arbeitsrechts im korporativischen Verbund*, 148 e segs.; DITTRICH (1985), *Mitbestimmung-Eine korporatistische Strategie?*; TEUBNER (1986c), *Industrial Democracy Through Law? Social Function of Law in Institutional Innovations*, 261 e segs.; IDEM (1987f), *Unternehmenskorporatismus. New Industrial Policy und das Wesen der juristischen Person*, 61 e segs.; SCIARRA (1988), *Neocorporativismo Si Declina al Plurale: I Neocorporativismi di Impresa*.
- 48 SCHMITTER (1974), *Still the Century of Corporatism?*, 85 e segs.; IDEM (1977), *Modes of Interest Intermediation and Models of Societal Change in Western Europe*, 7 e segs.

- 49 WINKLER (1976), *Corporatism*, 109.
- 50 WASSENERG (1978), *Creeping Corporatism: A Cuckoo's Policy*, 8.
- 51 SCIARRA (1988), *Neocorporativismo Si Decline al Plurale: I Neocorporativismi di Impresa*.
- 52 Para uma visão de conjunto da actual situação, vide SUGARMAN/ TEUBNER (1990), *Regulating Corporate Groups in Europe*.
- 53 STREECK (1987), *The Uncertainties of Management in the Management of Uncertainty: Employers, Labor Relations and Industrial Relations in the 1980s*, 281 e segs.
- 54 STREECK (1984), *Co-Determination: The Fourth Decade*, 391 e segs.; IDEM (1990), *Status and Contract as Basic Categories of a Sociological Theory of Industrial Relations*.
- 55 SIMITIS (1984), *Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen*, 73 e segs., 122 e segs.
- 56 PIORE/ SABEL (1984). *The Second Industrial Divide. Possibilities for Prosperity*; STRAUSS (1984), *Industrial Relations: Times of Change*, 1 e segs.; WILLMAN (1985), *The Implications of Process and Product Innovation for Labour Relations*.
- 57 STREECK (1987), *The Uncertainties of Management in the Management of Uncertainty: Employers, Labor Relations and Industrial Relations in the 1980s*, 283.
- 58 GUTCHESS (1985), *Employment Security in Action: Strategies That Work*; STREECK (1987), *The Uncertainties of Management in the Management of Uncertainty: Employers, Labor Relations and Industrial Relations in the 1980s*, 281 e segs.
- 59 SELZNICK (1969), *Law, Society and Industrial Justice*, 54 e segs.; STREECK (1987), *The Uncertainties of Management in the Management of Uncertainty: Employers, Labor Relations and Industrial Relations in the 1980s*, 281 e segs.
- 60 KRAUSE (1986), *From Old to New Monism. An Approach to an Economic Theory of the Constitution of the Firm*, 219 e segs., 225.
- 61 Para uma discussão de algumas análises empíricas, vide HOPT (1984), *New Ways in Corporate Governance: European Experiments with Labor Representation on Corporate Boards*, 1338 e segs.; STREECK (1984), *Co-Determination: The Fourth Decade*, 391 e segs.; KRAUSE (1985), *Mitbestimmung und Effizienz - Ergebnisse neuerer empirischer Untersuchungen im Lichte der Theorie der Eigentumsrechte*, 147 e segs.
- 62 EISENBERG (1976), *The Structure of The Corporation. A Legal Analysis*, 277 e segs.; HERMAN (1981), *Corporate Control, Corporate Power*, 187 e segs.; SAPELLI (1990), *Towards a Historical Typology of Group Enterprises: The Debate of "Popular Sovereignty"*.
- 63 Cfr. para esta tipologia evolutiva, SAPELLI (1990), *Towards a Historical Typology of Group Enterprises: The Debate of "Popular Sovereignty"*.
- * Nota do Tradutor: "estrutura «holding», estrutura unitária, estrutura multidivisional".
- ** Nota do Tradutor: divisões de uma empresa, dotadas ou não de personalidade jurídica (filiais ou sucursais), caracterizadas por uma acentuada autonomia decisional em face do vértice hierárquico da mesma.
- 64 CHANDLER (1966), *Strategy and Structure. Chapters in the History of the Industrial Enterprise*, 382 e segs.; WILLIAMSON (1981), *The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes*, 1555 e segs.
- 65 PROBST / SCHEUSS (1984), *Die Ordnung von sozialen Systemen: Resultat von Organisieren und Selbstorganisation*, 480 e segs.; KNYPHAUSEN (1988), *Unternehmens als evolutionsfähige Systeme*, 317 e segs.
- 66 WILLKE (1990), *Social Guidance Through Law*.

- 67 Cfr. as análises empíricas de HEDLUND (1981), *Autonomy of Subsidiaries and Formalization of Headquarters-Subsidiary Relationships*, 21 e segs.; BULCKE (1986), *Autonomy of Decision-Making by Subsidiaries of Multinational Enterprises*, 317 e segs.
- 68 WILLIAMSON (1981), *The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes*, 1555 e segs.
- 69 Assim, entre tantos, HOMMELHOFF (1982), *Die Konzernleitungspflicht*, 231 e segs.
- 70 BROWN (1972), *Laws of Form*.
- 71 LUHMANN (1986c), *Die Differenzierung von Politik und Wirtschaft und ihre gesellschaftlichen Grundlagen*, 19.
- 72 Cfr. ASSMANN (1990). *Microcorporatist Structures in German Law of Groups of Companies*; SAPELLI (1990), *Towards a Historical Typology of Group Enterprises: The Debate of "Popular Sovereignty"*.
- 73 Cfr. PAUSENBERGER (1975), *Konzernorganisation*, 2243.
- 74 KIRCHNER (1985), *Ökonomische Überlegungen zum Konzernrecht*, 226.
- 75 VARDARO (1990), *Before and Beyond Legal Personality: Group Enterprises and Industrial Relations*, 233.
- 76 LUHMANN (1986e), *Organisation*, 31.
- 77 HOMMELHOFF (1982), *Die Konzernleitungspflicht*, 229.
- 78 Sobre o recente debate sociológico a propósito desta dinâmica interna, cfr. MAYNTZ/ NEDELMANN (1987), *Eigendynamische soziale Prozesse: Anmerkungen zu einem analytischen Paradigma*; TEUBNER (1986a), *Napoleons verloren Code. Eigendynamik des Rechts als politisches Problem*, 587 e segs.
- 79 KRONSTEIN (1931), *Die abhängige juristische Person*.
- 80 Cfr. desenvolvidamente BLUMBERG (1983), *The Law of Corporate Groups*, 20 e segs.
- 81 HOUIN (1982), *Les Groupes de Sociétés en Droit Français*, 45 e segs.; JEANTIN (1990), *The Public Interest and Private Interests in Groups of Companies in French Law*.
- 82 HOMMELHOFF (1982), *Die Konzernleitungspflicht*, 33 e segs.,
- 83 Criticamente também ASSMANN (1990), *Microcorporatist Structures in German Law of Groups of Companies*.
- 84 ISAY (1910), *Das Recht am Unternehmen*.
- 85 LUTTER (1974a), *Die Rechte der Gesellschafter beim Abschluss fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen*; IDEM (1974b), *Zur Binnenstruktur des Konzerns*, 347 e segs.; IDEM (1977b), *Zu den Rechten der Aktionäre beim Abschluss fusionsähnlicher Verträge*, 190 e segs.; IDEM (1985), *Organzuständigkeiten im Konzern*, 825 e segs.; IDEM (1987), *Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa*, 324 e segs.; TIMM (1980), *Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze*; SCHNEIDER (1981), *Der Konzernleitung als Rechtsprobleme*, 269 e segs.; HOMMELHOFF (1982), *Die Konzernleitungspflicht*.
- 86 BLUMBERG (1983), *The Law of Corporate Groups*.
- 87 LUTTER (1975), *Mitbestimmung im Konzern*; IDEM (1987a), *Mitbestimmung im mehrstufigen Konzern*, 553 e segs. SUPIOT (1986), *Groupes de Sociétés et Paradigme de l'Entreprisé*, 621 e segs.; vide também SAVATIER (1986), *L'Unité Économique et Sociale entre Personnes Morales Distinctes*, 11 e segs.; RODIÈRE (1990), *Group Enterprises in French Labour Law*.
- 88 Cfr. BGHZ 83, 122.

- 89 KAHN-FREUND (1972), *A Lawyer's Reflection on Multinational Corporations*, 353.
- 90 Cfr. HEDLUND (1981), *Autonomy of Subsidiaries and Formalization of Headquarters-Subsidiary Relationships*, 21 e segs.; BULCKE (1986), *Autonomy of Decision-Making by Subsidiaries of Multinational Enterprises*, 226 e segs.
- 91 BLUMBERG (1983), *The Law of Corporate Groups*, 23 e segs.
- 92 WIEDEMANN (1988), *Die Unternehmensgruppe im Privatrecht*, 6 e segs.
- 93 Nesse sentido, inicialmente BÄLZ (1974), *Einheit und Vielheit im Konzern*, 287 e segs.; IDEM (1985), *Groups of Companies - the German Approach*.
- 94 BLUMBERG (1983), *The Law of Corporate Groups*, 456 e segs.
- 95 Cfr. o título do trabalho de JADAUD (1975), *La Vaine Recherche d'une Définition du Groupe en Droit Français*, 193 e segs.
- 96 Entre outros, BÄLZ (1974), *Einheit und Vielheit im Konzern*, 329; UNTERNEHMENSRECHTSKOMMISSION (1980), *Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission*, 654 e segs.. 667.
- 97 LUTTER (1975), *Mitbestimmung im Konzern*.
- 98 KRAUSE (1986), *From Old to New Monism: An Approach to an Economic Theory of the Constitution of the Firm*, 229 e segs.
- 99 LUTTER (1985), *Organzuständigkeiten im Konzern*, 825 e segs.
- 100 BLANPAIN (1986), *The Main Systems of Employee Information and Consultation in European Industrial Relations*, 13 e segs.; VANDAMME (1986), *The Proposal for a Directive on Procedures for Informing and Consulting the Employees of Undertakings with Complex Structures, in particular Transnational Undertakings*, 149 e segs.
- 101 BLANPAIN (1986), *The Main Systems of Employee Information and Consultation in European Industrial Relations*, 30.
- 102 VARDARO (1990), *Before and Beyond Legal Personality: Group Enterprises and Industrial Relations*, 217 e segs.
- * Nota do Tradutor: Qualquer destas três figuras – sem paralelo no direito português – designa um órgão particular existente na estrutura de governo dos grupos de empresas, situado junto da empresa-mãe, a que estão cometidas funções de representação dos trabalhadores do conjunto das empresas agrupadas.
- 103 VARDARO (1990), *Before and Beyond Legal Personality: Group Enterprises and Industrial Relations*, 230.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Richard (1982), *The Politics of Informal Justice*. Vol. 1: The American Experience; Vol. 2: Comparative Studies. New York: Academic Press.
- ABELTSHAUSER, Thomas (1990), *Strukturalternativen für Bine europäische Unternehmensverfassung: Eine Rechtsvergleichende Untersuchung zum 5. gesellschaftsrechtlichen EGRichtlinienvorschlag*. Berlin: Dunker & Humblot.
- ALBERT, Hans (1975), *Traktat über kritische Vernunft*. 3a. ed., Tübingen: Mohr & Siebek.
- ALCHIAN, Armen A. (1950), 'Uncertainty, Evolution and Economic Theory'. in: 58 *Journal of Political Economy*, 211-221.
- ALCHIAN, Armen A. / Harold DEMSETZ (1972), 'Production, Information Costs, and Economic Organization', in: 62 *American Economic Review*, 777-795.

- ALDRICH, Howard (1979), *Organizations and Environment*. Englewood Cliffs, N. J.: Prentice Hall.
- ALESSI, Riccardo (1988), *La Disciplina dei Gruppi Multinazionali nel Sistema Societario Italiano*. Milano: Giuffrè.
- ALEXY, Robert (1978), *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt: Suhrkamp.
- ANTONELLI, Cristiano (1984), *Cambiamento Tecnologico e Impresa Multinazionale. 11 Ruolo delle Reli Telematiche nelle Strategie Globali*. Milano: Franco Angeli.
- ANTUNES, José Engrácia (1993), *Liability in Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships*. Deventer: Kluwer.

Gunther Teubner

