



Brasília | ano 53 | nº 210  
abril/junho – 2016

# Competência legislativa em Direito Societário

Sistemas brasileiro, norte-americano e comunitário europeu

LEONARDO NETTO PARENTONI  
BRUNO MIRANDA GONTIJO

**Resumo:** Este texto tem por objetivo analisar a competência legislativa em matéria de Direito Societário. Buscou-se traçar um paralelo entre o sistema jurídico brasileiro e o norte-americano, pontuando também, de maneira breve, a atuação societária transnacional na União Europeia. Historicamente, o Brasil sempre adotou o modelo de competência privativa da União para legislar sobre Direito Societário. Assim, é importante refletir sobre as experiências em sentido diverso, há séculos acolhidas com elevado grau de sucesso por outros países. Isso poderá lançar luzes sobre o modelo brasileiro, permitindo cogitar de uma inédita mudança de paradigma ou, ao menos, fornecer argumentos científicos para a manutenção e aprimoramento desse modelo.

**Palavras-chave:** Direito Societário. Competência legislativa. Harmonização do Direito.

## 1. Considerações iniciais

### 1.1. Delimitação do tema: cortes metodológicos

Este texto tem por objetivo analisar a competência legislativa em Direito Societário e abordará somente aspectos relativos ao Direito Comercial, além das inevitáveis incursões pelo Direito Constitucional. Demais faces da questão, como as implicações no Direito Internacional Privado, Tributário e Processual Civil, propositadamente não são objeto de análise.

Recebido em 23/7/15  
Aprovado em 13/10/15

Ainda que tal competência legislativa diga respeito ao Direito Comercial<sup>1</sup> como um todo (ao menos no Brasil), este estudo optou pelo corte metodológico de cuidar apenas do Direito Societário<sup>2</sup>, por ser esta a área na qual se observam as principais (e mais bem-sucedidas) iniciativas estrangeiras de adoção do modelo oposto, ou seja, a competência legislativa concorrente dos entes federados. Assim, mesmo estando inseridos no Direito Comercial, temas como propriedade intelectual, recuperação de empresas e falência não são objeto de investigação.

Por fim, ainda que a adoção do sistema de competência legislativa concorrente possa impactar os mais diversos tipos societários – como as sociedades limitadas<sup>3</sup>, ampla maioria no Brasil –, fato é que sua repercussão se dá, de forma mais intensa, nas *sociedades anônimas abertas*<sup>4</sup>, sendo esse tipo, por tal razão, o foco principal do estudo.

<sup>1</sup>“O objeto do direito mercantil não é toda a ordem jurídica do mercado, mas apenas aquela que tem a ver com a organização da empresa e com a interação entre empresas” (FORGIONI, 2009, p. 18).

<sup>2</sup>Ainda que a generalidade dos manuais brasileiros – surpreendentemente – não conceitue Direito Societário, pode-se entendê-lo como o sub-ramo do Direito Comercial que estuda a constituição, o funcionamento e a extinção das sociedades, notadamente das sociedades empresárias. Equivale ao *Corporate Law*, nos países de *common law*; ao *Diritto Societario*, na Itália; ao *Derecho Societario*, em países de língua hispânica; ou ao Direito das Sociedades, em Portugal. Há quem adote visão mais ampla de Direito Societário, englobando também as associações: “O direito societário é o direito das organizações finalísticas privadas e o seu estudo compreende as associações em sentido estrito e as sociedades – as quais daquelas se distinguem pelo seu escopo-fim lucrativo, mas que, em qualquer caso, também têm por substrato pessoal a reunião de pessoas [...]” (ADAMEK, 2014, p. 37). De qualquer modo, a visão adotada neste texto é mais ampla do que a concepção que associa *Corporate Law* a sociedades anônimas, sobretudo as abertas, tendo como função basicamente solucionar conflitos de interesses (THE ANATOMY, 2004).

<sup>3</sup>A respeito do impacto da competência legislativa concorrente sobre as sociedades limitadas norte-americanas, recomenda-se a leitura de Kobayashi e Ribstein (2011).

<sup>4</sup>“Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua

O texto divide-se em seis itens, alguns dos quais apresentam subitens. O item 1 destina-se à introdução e ao esclarecimento dos cortes metodológicos utilizados na pesquisa. O segundo trata do modelo brasileiro de competência legislativa em Direito Societário, enfocando seus pontos positivos e negativos. O terceiro item, por sua vez, aborda o modelo norte-americano de competência legislativa nessa área. O seguinte cuida da atuação societária transnacional na União Europeia. O item 5 analisa quais seriam os possíveis efeitos de se adotar, no Brasil, a competência concorrente em matéria de Direito Societário, tal como nos Estados Unidos da América (EUA). O sexto item traz as conclusões do trabalho.

## 1.2. Introdução: contexto

Está absolutamente claro na Constituição Federal de 1988 (CF) que a competência para legislar em matéria de Direito Comercial, no Brasil, é *privativa da União*: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (BRASIL, 1988).

A leitura dos artigos 23 e 24 evidencia não haver exceção a essa regra, quer em matéria de competência comum, quer na competência concorrente dos entes federados<sup>5</sup>. Curiosa-

emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários” (BRASIL, 1976).

<sup>5</sup>Ressalte-se que o art. 24, III, da CF, que cuida da competência concorrente em matéria de Juntas Comerciais, refere-se apenas aos aspectos *administrativos* do tema, uma vez que as juntas comerciais são mantidas e administradas pelos Estados-membros da Federação: “Art. 5º. Haverá uma junta comercial em cada unidade federativa, com sede na capital e jurisdição na área da circunscrição territorial respectiva. Art. 6º As juntas comerciais subordinam-se administrativamente ao governo da unidade federativa de sua jurisdição e, tecnicamente, ao DNRC, nos termos desta lei” (BRASIL, 1994). Como fica claro no art. 6º, a uniformização jurídica e a fiscalização do sistema competem a um órgão federal: hoje o Departamento

mente, essa opção é algo bastante arraigado na cultura brasileira, tanto que o País *nunca* vivenciou algo diverso<sup>6</sup>.

Com efeito, durante a colonização o Brasil submeteu-se às leis de Portugal, as quais, por sua vez, previam a competência privativa da Coroa Portuguesa para legislar sobre Direito Comercial<sup>7</sup>. Como advertiu Carvalho de Mendonça, citando trecho de discurso do então deputado Pereira da Silva, proferido em 30 de agosto de 1843, naquela época havia carência de leis comerciais<sup>8</sup>, a ponto de o Brasil ter que se socorrer, com frequência, à “Lei da Boa Razão” (Lei Portuguesa de 18 de agosto de 1769), que remetia a solução das demandas à legislação de outros países europeus<sup>9</sup>, quando não houvesse, na Colônia ou em Portugal, norma específica sobre algum tema.

A vinda da Corte para o Brasil e a criação da “Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação deste Estado do Brasil e seus Domínios Ultramarinos”, por meio do Alvará Real de 23/8/1808, em nada alterou esse panorama (FERREIRA, 1960, p. 70-87). A competência para dirimir conflitos ultramarinos, efetuar o registro dos comerciantes e emitir certidões permanecia com o poder central.

Décadas depois, seguindo a influência de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros<sup>10</sup>, sobretudo do paradigmático Código Comercial

---

mento de Registro Empresarial e de Integração – DREI, em substituição ao Departamento nacional do Registro do Comércio – DNRC (vide Decreto nº 8.001/2013 art. 11, II e IV).

<sup>6</sup> Ao contrário do que já ocorreu em outras áreas, como no Processo Civil; durante décadas, o País conviveu com Códigos *Estaduais*, em virtude do que dispunha a Constituição Federal de 1891. “Com efeito, a Constituição Federal de 1891 (nossa primeira Carta Magna de origem republicana) dispunha no sentido de que os Estados-membros detinham competência para legislar sobre o direito processual comum, reservando-se à União – em se tratando de direito processual – apenas a atividade legislativa que tange à legislação processual aplicada à Justiça Federal” (MAZZEI, 2014, p. 12-13).

<sup>7</sup> O Visconde de Cairu, tido como o primeiro comercialista brasileiro, assim alude a este ponto: “Nas Cidades marítimas do Brazil se estabelêcerão as Mezas das Inspecções em virtude da Lei do I.º de Abril de 1751, para promoverem a Agricultura, e Commercio da respectiva Capitania. O seu primeiro instituto foi o qualificarem os generos do Paiz, para terem a taxa, que a mesma Lei considerou então necessária, e castigarem as falsificações nas marcas, taras, e qualidades” (LISBOA, 1811, p. 2).

<sup>8</sup> Algo impensável nos dias de hoje, em que o excesso – e até mesmo a confusão legislativa – parecem evidentes.

<sup>9</sup> “Qual é a nossa legislação commercial? A lei de 18 de agosto de 1769, com alguns alvarás, dispõe pequenas medidas e manda em todos os casos omissos reger-se pela legislação dos povos cultos. Ora, quase todos os casos são omissos (...); as nações estrangeiras, pelos seus hábitos e costumes têm diferenças mais ou menos sensíveis em suas leis, e o que acontece? É que cada magistrado, ao proferir sentença sobre causas commerciaes, dá como lhe parece. Não há homogeneidade, não há conhecimento fixo e determinado de todos os estylos e usos das praças de commércio, que muito devem influir nos julgamentos. As questões de seguro, das preferências dos credores, dos contractos de risco, das quebras e bancarrotas fraudulentas, não tendo legislação, são decididas e julgadas tão diferentemente, quanto são os magistrados que tomam dellas conhecimento” (MENDONÇA, 1930, p. 120).

<sup>10</sup> A Exposição de Motivos do Código Comercial Brasileiro de 1850 deixou claro que ele sofreu influência de diversas ordens jurídicas, não apenas do Direito francês: “Duas idéias capitais ocorreram à Comissão ao encetar os trabalhos: 1ª, que um Código de Co-

Francês de 1807, sobreveio o primeiro – e até o momento único – Código Comercial Brasileiro (BRASIL, 1850). Esse diploma normativo manteve as questões afetas ao Direito Comercial no âmbito federal – tendência que se perpetuou em todas as Constituições republicanas<sup>11</sup>.

## 2. O modelo brasileiro de competência legislativa em Direito Societário

### 2.1. Algumas vantagens e desvantagens do modelo brasileiro

O modelo brasileiro de competência legislativa em Direito Societário tem algumas vantagens e desvantagens bastante evidentes. Sua principal vantagem é assegurar *uniformidade* no trato do tema, em âmbito nacional<sup>12</sup>. Dessa característica, ontologicamente vinculada à competência privativa da União, decorrem algumas outras vantagens. Por exemplo, maior *previsibilidade* para o investidor<sup>13</sup> – sobretudo estrangeiro –, pois a legislação sobre o tema é a mesma, em qualquer parte do País<sup>14</sup>. Isso,

em tese, propicia *segurança jurídica*<sup>15</sup> ao mesmo tempo em que *reduz custos de transação*<sup>16</sup>. Ademais, em caso de divergência interpretativa, *existe instrumento judicial para uniformização de entendimentos*, sendo esta uma das funções precípua do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1988).

Por sua vez, a principal desvantagem do sistema de competência privativa decorre justamente da uniformidade. O tratamento do assunto por igual, em todo o país, impede que cada Estado-membro adapte a legislação a suas *peculiaridades regionais*. A questão do enquadramento como pequeno empresário é um bom exemplo. Os valores máximos de referência para esse enquadramento são os mesmos, em todo o País (BRASIL, 2006). Isso faz com que nas localidades em que os preços são mais elevados – como nas capitais do Sudeste, por exemplo – seja mais difícil permanecer enquadrado como pequeno empresário, ao passo que em locais com custo de vida reduzido, a quase totalidade das empresas ali instaladas obtém esse enquadramento, até com certa facilidade. O mesmo pode ser dito em relação ao

---

mércio deve ser redigido sobre os princípios adotados por todas as nações comerciantes, em harmonia com os usos ou estilos mercantis, que reúnem debaixo de uma só bandeira os povos do novo e do velho mundo; 2º, que um Código de Comércio deve ser ao mesmo tempo acomodado às circunstâncias especiais do povo para quem é feito” (FERREIRA, 1960, p. 93).

<sup>11</sup> Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “a”; Constituição de 1937, art. 16, XVI; Constituição de 1946, art. 5º, XV, “a”; Constituição de 1967, art. 8º, XVII, “b”; e Constituição de 1988, art. 22, I.

<sup>12</sup> Decorrência natural da competência privativa da União. Vide, por todos, Almeida (2013).

<sup>13</sup> “Os contratos empresariais somente podem existir em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas. Quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas” (FORGIONI, 2009, p. 75).

<sup>14</sup> Evidentemente, atentando-se para os cortes metodológicos deste trabalho, que excluem, por exemplo, a parte tributária.

---

<sup>15</sup> “Nessuno dubita che il mercato sia un *ordine*: taluni lo dichiarano esplicitamente, altri lo pressuppongono o lo lasciano argomentare. Oridne, nel senso di *regolarità* e *prevedibilità dell'agire*: chi entra nel mercato – nel mercato di un dato bene – sa che l'agire, proprio e altrui, è governato da regole [...]” (IRTI, 2003, p. 5). “Direito racional, isto é, direito calculável. Para que a exploração econômica capitalista proceda racionalmente precisa confiar em que a justiça e a administração seguirão determinadas pautas” (WEBER, 1968, p. 251).

<sup>16</sup> “Transactions costs are the costs of exchange. An exchange has three steps. First, an exchange partner has to be located. This involves finding someone who wants to buy what you are selling or sell what you are buying. Second, a bargain must be struck between the exchange partners. A bargain is reached by successful negotiation, which may include the drafting of an agreement. Third, after a bargain has been reached, it must be enforced. Enforcement involves monitoring performance of the parties and punishing violations of the agreement. We may call the three forms of transaction costs corresponding to these three steps of an exchange: (1) search costs; (2) bargaining costs, and (3) enforcement costs” (COOTER, 2000, p. 87-88).

capital mínimo para a constituição de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI (BRASIL, 2002).

Com efeito, a importância de se adaptar a legislação às peculiaridades regionais é ainda mais evidente num país de dimensões continentais como o Brasil, que engloba várias zonas bioclimáticas, econômicas e socioculturais.

## 2.2. Outros possíveis horizontes

Como visto linhas atrás, o Brasil nunca conheceu sistema diverso da competência privativa da União para legislar sobre Direito Societário. Isso não quer dizer que inexistam outros horizontes. O modelo nacional é próprio do seu desenvolvimento histórico e cultural. É preciso, porém, atentar para a existência de outros modelos, até para verificar se a *opção*<sup>17</sup> brasileira de fato é a que hoje melhor atende aos interesses do País.

Sabe-se que a globalização promoveu drásticas mudanças tanto no comércio interno quanto no internacional. Hoje se vivencia uma integração econômica sem precedentes (TOMAZZETTE, 2014). E, nesse competitivo cenário internacional, apesar das recorrentes crises cíclicas, próprias do capitalismo, os EUA continuam desempenhando papel de destaque<sup>18</sup>: têm, por exemplo, o mercado de valores mobiliários mais desenvolvido do planeta e adotam, em Direito Societário, modelo de competência legislativa diverso do brasileiro –

<sup>17</sup> Lembrando que opção é a possibilidade de escolher livremente entre duas ou mais alternativas. Ou seja, não seria nada absurdo se o poder constituinte brasileiro optasse por outro modelo, por reputá-lo mais consentâneo com as necessidades do país.

<sup>18</sup> “O Direito Societário Norte-Americano tem se transformado em um ponto de referência obrigatório para os que pretendem conhecer as abordagens mais modernas sobre a matéria. Desta forma, suas concepções pragmáticas são frequentemente invocadas como subsídio de teses acadêmicas, propostas de reformas legislativas e outras análises jurídicas” (REYES, 2013, p. 24).

sinal de que outras opções também podem ser eficientes.

Frise-se, ademais, que a superação das fronteiras físicas e a constante integração econômica fazem com que avulte a importância de se reduzirem as contradições entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais, impulsionando o movimento de convergência ou, ao menos, de harmonização das ordens jurídicas (HANSMANN; KRAAKMAN, 2000). (GILSON, 2000). (THE ANATOMY, 2004). Nesse novo cenário, avulta a importância de bem compreender a legislação estrangeira, a fim de aperfeiçoar o Direito brasileiro, inserindo-o nesse macroprocesso de harmonização – evidentemente sem que, com isso, se percam as particularidades e a tradição jurídica nacional<sup>19</sup>. É isso que o presente estudo se propõe a fazer, analisando, comparativamente, a competência legislativa em Direito Societário, no Brasil, nos EUA e na União Europeia<sup>20</sup>.

## 3. O modelo dos EUA

### 3.1. Brevíssima introdução ao federalismo norte-americano

O sistema de repartição de competências legislativas definido pela Constituição dos EUA é bastante diverso do modelo brasileiro<sup>21</sup>. Nos EUA, o rol de atribuições da União é di-

<sup>19</sup> “Sei bem do perigo da importação de doutrinas jurídicas e exemplos estrangeiros para o e no debate sobre o direito brasileiro. Tenho insistido em que não existe o direito, existem apenas os direitos. E o nosso direito é muito nosso, próprio a nossa cultura. A ponto de afirmarmos a necessidade de uma antropofagia jurídica, à moda de Oswald de Andrade” (GRAU, 2010, p. 73).

<sup>20</sup> “Tente enxergar o que é útil para o seu próprio continente e para o seu país. Essa é a essência do Direito Comparado: aprender com os erros e boas experiências alheias” (PRADO, 2009, p. 10).

<sup>21</sup> Article added pursuant to the fifth article of the original Constitution. “ARTICLE [X.] The powers not

minuto em relação ao dos Estados-membros e isso se reflete, inclusive, no Direito Comercial<sup>22</sup>.

Enquanto a falência (*bankruptcy*), a negociação de valores mobiliários (*securities*), a concorrência (*antitrust*) e alguns outros assuntos se inserem na órbita federal, com regulamentação uniforme para todo o país, a regulamentação da maior parte das questões relativas ao funcionamento societário é conferida aos Estados. Incumbe-lhes tratar, por exemplo, da constituição de sociedades, de sua organização interna, administração e dissolução. Nessas matérias podem coexistir cinquenta legislações distintas, uma para cada Estado-membro. É habitual, portanto, que cada um deles adote um código de Direito Societário (*state statute*).

A legislação estadual de regência – em matéria estritamente societária – é definida pelo local de constituição da sociedade (*state of incorporation*)<sup>23</sup>, ainda que a pessoa jurídica atue fora dele, no território de outros Estados da Federação. Consequentemente, é normal que uma sociedade atue em determinado Estado (ou mesmo no país inteiro), submetendo-se apenas à legislação societária do Estado em que foi constituída. Admite-se, inclusive, a alteração do Estado de constituição, com o escopo de alterar a legislação de regência (*reincorporation*)<sup>24</sup>. Essas questões estão pacificadas na jurisprudência da *United States Supreme Court*<sup>25</sup>.

Nesse contexto, naturalmente surgiu uma competição entre Estados-membros, a fim de atrair, para seu território, a constituição do maior número possível de sociedades. Entre outras razões, para auferir o valor das taxas de constituição (*incorporation fees*)<sup>26</sup>. Essa competição

---

delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”

<sup>22</sup> Vale destacar que os EUA *não adotam* a distinção entre sociedade simples e empresária, tal como ocorre no Brasil e, em regra, nos ordenamentos jurídicos de *civil law*.

<sup>23</sup> “The founders of a corporation create the corporation (they ‘incorporate’) by filing certain documents with the appropriate state agency and may choose to do so in any of the fifty states. Once a firm is incorporated in a particular state, it is the law of that state that is controlling as to the matters covered in the corporations code” (KLEIN; COFFEE; PARTNOY, 2010, p. 106).

<sup>24</sup> “It is assumed that reincorporation involves no transaction costs. The procedure for reincorporation is assumed to be the one long established under US corporate law. The managers must initiate a reincorporation, making a proposal to the shareholders; if the shareholders approve, the company will move. Thus, reincorporation will occur *if and only if* both managers and shareholders wish to reincorporate. Furthermore, managers have the power to make take-it-or-leave-it offers to the shareholders” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 143).

<sup>25</sup> UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. Paul v. Virginia, 75 U.S., 1868.

<sup>26</sup> “While we have assumed that states seek to maximize the revenues from incorporated companies, an alternative and perhaps more appealing assumption would be that each state seeks to maximize revenues from out-of-state incorporations. The reason is that the state has many other means of securing revenues from local companies

é usualmente denominada *market for corporations*<sup>27</sup>. Ou seja, os Estados competem para manter um conjunto de atrativos (nos quais se inclui a legislação societária) capaz de direcionar para seu território a constituição do maior número possível de sociedades, ainda que elas operem em qualquer outra parte do país. Como se verá, um deles foi absolutamente exitoso nessa tarefa.

Os próximos tópicos buscarão pontuar sucintamente a evolução histórica do *market for corporations*, apresentando os argumentos favoráveis e os contrários a ele, bem como quem se beneficiaria desse cenário. Antes, porém, cumpre tratar, ainda que brevemente, das leis uniformes (*uniform law*).

As chamadas “leis uniformes” não são, a rigor, leis em sentido estrito, sequer ato infralegal. São, na verdade, propostas elaboradas por grupos de juristas, para servirem de inspiração aos diversos Estados-membros no tratamento legislativo de determinado tema. Espera-se que eles, ao elaborarem sua legislação interna, incorporem as disposições da lei uniforme. Busca-se, com isso, harmonizar as legislações estaduais, reduzindo custos de transação.

Certas leis uniformes em matéria de Direito Societário obtiveram grande êxito, tendo sido adotadas por quase todos os Estados-membros, ainda que com ressalvas num ou noutro ponto<sup>28</sup>. Assim, por exemplo, as referentes à *Partnership*<sup>29</sup> (*Uniform Partnership Act* – UPA, de 1914,

---

(e.g., through standard taxes), and it has no reason to resort to the franchise tax with respect to such companies” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 152). As taxas de constituição auferidas pelo Estado-membro são apenas um dos fatores que motiva tal competição. Existem outros, inclusive metajurídicos, tão ou mais importantes do que elas. Tais fatores serão abordados posteriormente. Por ora, veja-se: “There are three distinct pieces of data that suggest that states compete for incorporations. First, corporate law innovations diffuse across states in an S-shaped curve [...]. Second, state franchise revenues are significantly positively related to the responsiveness of a state’s corporate law to firm demands [...]. In addition, in so far as the engine driving competition in states is the corporate bar, the more pertinent factor for assessing the financial incentives to compete is the relative size of the financial gains to be had by the corporate bar from servicing clients, rather than the relative size of potential franchise revenues to state budgets” (ROMANO, 2005, p. 225, 230).

<sup>27</sup> Também conhecido por *market for charters* ou *charter market*, já que *charter* é o nome do documento que comprova o registro regular da sociedade, em determinados países: “o fundador ou fundadores (*incorporator*) apresenta ante o funcionário estatal competente (usualmente o Secretário de Estado) a ata de constituição da sociedade [*articles of incorporation*]. Este documento contém somente as menções essenciais requeridas para identificar a sociedade ante a autoridade pública competente. Se os requisitos legais se cumprem, o Secretário ou o funcionário respectivo expede um certificado de constituição (*certificate of incorporation* ou *charter*), que dá lugar ao início da existência legal da sociedade. Este certificado representa a permissão outorgada pelo Estado para levar a cabo negócios sob a forma de sociedade comercial” (REYES, 2013, p. 183).

<sup>28</sup> Ao tempo em que foi redigido este texto, Louisiana era o único Estado-membro que não havia aderido à lei uniforme em matéria de *partnerships*, por exemplo.

<sup>29</sup> A *partnership* equivale tanto à *sociedade em nome coletivo*, na qual os sócios respondem ilimitadamente pelas dívidas sociais, quanto à *sociedade em comum*, nos casos em que existe contrato de sociedade sem o devido registro. Nesse sentido: “Despite the con-



e *Revised Uniform Partnership Act* – RUPA, de 1997, posteriormente revisado também em 2011 e 2013). Outras, porém, ainda não deslançaram. É o caso das leis uniformes sobre sociedades limitadas (*Limited Liability Company* – LLC). Tanto o original ULLCA (*Uniform Limited Liability Company Act*, de 1995) quanto a versão revisada (*Revised Uniform Limited Liability Company Act* – RULLCA, de 2006, revisado por último em 2013) sofreram e continuam sofrendo profundas críticas, a ponto de alguns autores sugerirem que os Estados-membros simplesmente as ignorem<sup>30</sup>.

Fato é que, ao lado da legislação federal e estadual, também algumas “leis uniformes” desempenham papel de relevo no Direito Societário norte-americano.

### **3.2. Market for Corporations: de New Jersey a Delaware**

O primeiro Estado-membro a sagrar-se vencedor na disputa para atrair o registro do maior número de sociedades foi New Jersey<sup>31</sup>. Até o início do século XX, ele chegou a concentrar 95% das grandes companhias abertas dos Estados Unidos, sendo que as receitas provenientes dessa atividade representavam 60% do orçamento do Estado<sup>32</sup>. Ocorre que, em 1913, Woodrow Wilson, então Governador de New Jersey, modificou súbita e substancialmente a legislação desse Estado, introduzindo regras desfavoráveis para as companhias nele incorporadas<sup>33</sup>.

---

sensual nature of the relationship, however, the failure of the associates to label themselves ‘partners’, or to think of themselves as belonging to a partnership, is irrelevant. If they share in the profits and in the control of a business they are partners as a matter of law and are subject to the rights and liabilities that flow from that status, like it or not” (KLEIN; COFFEE; PARTNOY, 2010, p. 63). Vide ainda Ribenstein (2006).

<sup>30</sup>“Given the controversial nature of many of RULLCA’s changes and the fact that LLC law has matured over the twelve years since ULLCA, there is even less reason to think that RULLCA will achieve uniformity than there was for ULLCA. [...] there is no reason to expect that RULLCA would be a better model than many of the sophisticated state LLC statutes that state legislators and bar committees have produced over the last twenty years. Even if legislators conclude that some of RULLCA’s provisions are clearly superior to existing law, they should not adopt RULLCA unless they are satisfied that the benefits of RULLCA exceed the costs of creating uncertainty by abandoning prior case law and precedents. [...] uniform lawmaking is a questionable endeavor and should only be undertaken where a uniform state law is likely to be useful. The limited liability company does not fall under this category” (RIBSTEIN, 2007, p. 79-80).

<sup>31</sup>“At the turn of the century [from sec. XIX to XX], New Jersey and not Delaware dominated the corporate charter market” (ROMANO, 1993, p. 42).

<sup>32</sup>“In 1896, New Jersey granted 834 charters and received \$800,000 in filing fees and franchise charters. By 1903, 2,347 firms had incorporated there, between them paying \$2,189,000, an amount that accounted for 60 per cent of the state’s revenue. An astonishing 95 per cent of the country’s major corporations were incorporated in New Jersey” (TALBOT, 2008, p. 15).

<sup>33</sup>“Woodrow Wilson, New Jersey new governor adopted those unfavorable rules also known as the ‘Seven Sisters Act’” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 155). Iguamente: “As a lame-duck governor about to assume the presidency, Woodrow Wilson had legislation implemented that revamped the state’s corporation code; among

Na época, o político fez pronunciamento público afirmando que a mudança na legislação marcaria “uma nova era na vida empresarial de New Jersey”. (TRENTON, 1913) (E de fato marcou, só que para pior...)

Aproveitando-se do clima de insegurança ocasionado por esse deslize, outro Estado ocupou o espaço, tornando-se líder na área, posição que ostenta até hoje, com larga vantagem sobre os demais. Trata-se de Delaware<sup>34</sup>, escolhido, desde então, como *state of incorporation* por cerca de 60% das companhias abertas norte-americanas<sup>35</sup>.

Curioso notar que Delaware não é um Estado-membro extenso, tampouco notável por sua produção agrícola ou industrial. Também não é polo tecnológico ou de turismo. Então, por que motivo atrai a maioria das companhias abertas norte-americanas? O sucesso de Delaware não se deve a um único fator, mas ao somatório de vários aspectos<sup>36</sup>. Convém mencionar, sucintamente, alguns deles.

---

other reforms, it redefined business trusts, which had been a distinctive New Jersey organizational innovation, and restricted corporate acquisitions and stock ownership. [...] the business trust were enacted by a bare two-thirds margin in the twenty-one member New Jersey senate (14 to 7)” (ROMANO, 1993, p. 42).

<sup>34</sup>“Delaware’s dominance is a stable and persistent phenomenon: it has been the leading incorporation state since the 1920s” (ROMANO, 1993, p. 8).

<sup>35</sup>Delaware Department of State: Division of Corporations. Disponível em: <<http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml>>. Acesso em: 20 abr. 2015. Veja-se ainda: Bebchuk (2003).

<sup>36</sup>“Why do corporations choose Delaware? I think the answer is not one thing but a number of things. It includes the Delaware General Corporation Law which is one of the most advanced and flexible corporation statutes in the nation. It includes the Delaware courts and, in particular, Delaware’s highly respected corporations court, the Court of Chancery. It includes the state legislature which takes seriously its role in keeping the corporation statute and other business laws current. It includes the Secretary of State’s Office which thinks and acts more like one of the corporations it administers than a government bureaucracy. There are other, less tangible, factors that go into the mix that make Delaware appealing to corporations and other business forms. There is the fact that Delaware is a small state whose populace is generally probusiness.

Em primeiro lugar, desponta a *legislação societária*, mais permissiva que a de outros Estados-membros em relação à conduta dos administradores da companhia, o que os motiva a optar pela incorporação em Delaware. Além disso, tal legislação é clara, objetiva e bem sistematizada.

Outra vantagem competitiva é o *Judiciário* de Delaware, no qual os magistrados são altamente treinados para lidar com litígios empresariais. Não são selecionados por concurso público nem gozam de vitaliciedade; ao contrário, são indicados pelo Governador, para o exercício da função, preferencialmente entre advogados com notório conhecimento em Direito Societário, para mandato por prazo fixo<sup>37</sup>. Consequentemente, existe forte incentivo para que se mantenham atualizados e sensíveis às demandas empresariais, sob pena de não serem reconduzidos ao cargo. Isso faz com que a jurisprudência empresarial desse Estado-membro seja considerada a melhor do país, servindo de referência para os demais.

Além disso, a entidade local de representação dos advogados, nos moldes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é notória por reunir profissionais especializados em Direito Societário, o que eleva o nível da assessoria jurídica nessa matéria (*legal opinions*), mesmo

---

[...] There is the fact that lawyers all over the country feel comfortable with Delaware corporation law. [...] Each of these elements contributes to Delaware’s special appeal as a legal home for business entities” (BLACK JUNIOR, 2007, p. 3).

<sup>37</sup>“The court’s small size and continuity in membership facilitate the development of judicial expertise in business law and enhance the predictability of corporate law decisions. Judges are appointed to twelve-year terms by the governor, from a list submitted by a judicial advisory council, with the consent of the senate, and they often have a background in business law. In contrast to lifetime judges, this appointment process helps to ensure that members of the chancery court will be sensitive to the state’s policy of responsiveness in corporate law, since judges who ignore the political consensus in the state will not be reappointed” (ROMANO, 1993, p. 40).

extrajudicialmente, além de cuidar para que haja constante atualização e rápido enfrentamento de novas questões<sup>38</sup>.

Some-se a tudo isso o fato de Delaware ter-se prevenido para que eventual mudança de governo não causasse insegurança jurídica, por meio de brusca alteração legislativa – fator responsável pela derrocada de New Jersey, como visto – na medida em que a Constituição exige quórum de dois terços, em ambas as casas do Poder Legislativo, para modificações em seu Código de Direito Societário<sup>39</sup>.

Por essas e outras razões, Delaware conseguiu reunir uma série de *ativos altamente especializados* e difíceis de serem copiados, formando um cenário único de *boa reputação em Direito Societário*<sup>40</sup>. Tudo isso a um custo acessível para as sociedades que desejam usufruir dessa infraestrutura<sup>41</sup>.

<sup>38</sup>“The critical factor for the working of the charter market is the role of the local corporate bar and their clients; the necessary ingredient for competition is that corporate law initiatives be brought to legislatures’ attention and that legislatures are inclined to be responsive to those proposals. The activities of lawyers, coupled with occasional lobbying by firms or business organizations, that bring corporate law initiatives to the legislature, are what drive competition. [...] The perspective of the corporate bar in Delaware is broader than that of the bar in other states, as Delaware attorneys represent both target and acquirer firms, and this impacts Delaware law in the takeover context” (ROMANO, 2005, p. 238, 244).

<sup>39</sup>“The final institutional device by which Delaware maintains its advantage in the corporate charter market is a constitutional provision that requires a supermajority vote of two-thirds of both houses of the legislature to revise its corporation code. This provision makes it difficult for Delaware to renege on the direction of its code. While the provision may well slow the enactment of corporate law reforms, it increases the likelihood that the legal regime can be no worse than it was at the time of incorporation” (ROMANO, 1993, p. 42).

<sup>40</sup>“Delaware’s preeminence in the corporate charter market results from its ability to resolve credibly the commitment problem in relational contracting. This ability depends on investing in assets, referred to as transaction-specific assets, whose value is highest when used in a specific relation rather than in any other use” (ROMANO, 1993, p. 37).

<sup>41</sup>“In particular, Delaware’s pricing strategy ensures that if a rival state establishes a legal infrastructure, that state will not be able to cover the costs of establishing the

Já houve alterações desse cenário ao longo da história, com outro Estado-membro ocupando anteriormente a posição de primazia. Hoje, porém, é pouco provável que Delaware perca seu posto, ainda que certas unidades federadas, como Dakota do Norte, declarem a sua intenção de competir<sup>42</sup>.

Resta, então, verificar em que medida essa primazia é eficiente para o mercado e benéfica para os EUA como um todo. Até porque as críticas a esse modelo podem servir de alerta ao constituinte brasileiro, caso cogite modificar o atual sistema.

### 3.3. O debate clássico nos EUA: *race to the bottom* ou *race to the top*

A primazia de Delaware em relação aos demais Estados-membros é um inegável dado da realidade. Esse fato apresenta prós e contras. Mais especificamente, discute-se se o *market for corporations* incentiva a deterioração sistêmica do Direito Societário, que seria subjugado pelos interesses empresariais (*race to the bottom*); ou se, por outro lado, essa competição seria vantajosa para todo o país (*race to the top*).

Os filiados à primeira corrente criticam o atual modelo, dizendo que ele faz o interesse público sucumbir ao anseio puramente patriomonal das empresas e de seus administradores. Para manter a hegemonia, Delaware precisaria fazer constantes concessões ao interesse

infraestrutura. This result is consistent with the empirical observation that no state other than Delaware offers a legal infrastructure such as Delaware’s specialized court [...]” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 150).

<sup>42</sup>“another state, North Dakota, actively entered the market for corporate charters, drawing intense attention from Delaware and increasing attention from corporate dealmakers and corporate law academic analyses. It’s captured few reincorporations yet – and, hence, little in franchise fees – but the potential can constrain Delaware” (ROE, 2009, p. 125-155).

empresarial, em detrimento dos *stakeholders*<sup>43</sup> e da população. Conseqüentemente, seria recomendável alterar o modelo vigente, para inserir o Direito Societário na competência da União, eliminando a tradicional competição entre os Estados-membros<sup>44</sup>.

Os defensores do atual modelo, por outro lado, enxergam a competência concorrente e o *market for corporations* como traço de singular genialidade do sistema norte-americano<sup>45</sup>.

A despeito das discussões doutrinárias – inclusive com muitas críticas procedentes, que devem ser levadas em consideração –, a prática já consagrou o atual modelo norte-americano como um caso de sucesso, tanto que os EUA têm o mercado de valores mobiliário mais desenvolvido do mundo e são referência em Direito Empresarial.

Assim, no atual cenário, mais profícuo do que criticar esse sistema é analisar o debate contemporâneo, que enfatiza o papel crescente do legislador federal em matéria de Direito Societário.

### 3.4. Debate contemporâneo: o papel crescente do legislador federal

Tradicionalmente, os Estados-membros norte-americanos sempre ostentaram posição de destaque na regulamentação do *market for corporations*. Coube a eles disciplinar as questões centrais referentes ao funcionamento das companhias incorporadas em seu respectivo território, seja no plano legislativo (*state sta-*

*tutes*), seja por meio da jurisprudência local. Havia o senso comum de que o sistema funcionava satisfatoriamente dessa maneira.

Isso não significa, entretanto, que toda a legislação comercial dos EUA provenha de fontes estaduais. Como já dito, algumas matérias são de competência da União e uniformemente reguladas em todo o país, como a falência (*bankruptcy*), a negociação de valores mobiliários (*securities*), a concorrência (*antitrust*) e a propriedade intelectual (*intellectual property*).

Porém, historicamente, o Direito Societário não era uma área que atraísse os olhares do Congresso. As intervenções nesse domínio costumavam ser esporádicas e pontuais<sup>46</sup>. Por essa razão, a corrente majoritária sobre o *market for corporations* construiu seus estudos baseando-se nas fontes estaduais.

Ocorre que esse cenário vem mudando. O papel do legislador federal – que, repita-se, sempre existiu – tem aumentado consideravelmente sua importância nas últimas décadas, a ponto de alguns afirmarem que hoje Washington (símbolo do legislador federal) é tão ou mais relevante que Delaware (símbolo da competição restrita aos Estados-membros)<sup>47</sup>. Indicativo disso seria o fato de que Delaware vem acompanhando de perto as discussões societárias travadas no Congresso, a fim de adequar sua legislação interna às novas pautas, de maneira antecipada (possivelmente na esperança de sanar o problema, a fim de que a lei federal sequer precise ser editada)<sup>48</sup>.

<sup>43</sup>Numa conceituação propositadamente singela, *stakeholders* são todos aqueles diretamente afetados pela atividade da empresa, ainda que não sejam sócios, como os empregados e consumidores.

<sup>44</sup>Defensor emblemático dessa corrente: Cary (1974).

<sup>45</sup>Exponente dessa posição: Winter (1977). Vide, por todos: “There is no reason to believe that where state laws are inadequate, a national corporation law would be better, and there is, indeed, some reason to believe that it would be worse” (ROMANO, 1993, p. 148).

<sup>46</sup>“United States has two parallel, at times interacting, systems of corporate law. One is state-made and one – incomplete but powerful – is federal” (ROE, 2009, p. 3).

<sup>47</sup>“Perhaps we should just rest there with a core fact – Washington acts in corporate governance, and does so substantially and frequently – and what, for now, we can call a conjecture – that Delaware pays attention and at times incorporates Washington-based views into its own thinking” (ROE, 2009, p. 20).

<sup>48</sup>“States’ failure to mount a meaningful challenge to Delaware’s dominant position implies that the main threat

Nesse novo contexto, Washington tem inegável ingerência no *market for corporations*, tanto direta quanto indiretamente. Diretamente porque, nas hipóteses de competência da União, a legislação federal aplica-se em detrimento das leis estaduais, que poderão atuar apenas supletivamente, naquilo em que não contrariarem o disposto pelo legislador federal. E, indiretamente, porque a simples discussão de certas questões societárias, no Congresso, vem servindo de mecanismo de pressão sobre os Estados-membros, para que modifiquem sua legislação interna. Até porque, se não o fizerem voluntariamente, isso pode vir a ser imposto por lei federal<sup>49</sup>.

Outra distinção entre o papel da União e o dos Estados-membros, ao tratar de Direito Societário, é o fato de que estes últimos atuam, principalmente, por meio da legislação e da jurisprudência locais. Diversamente, no âmbito federal, as agências reguladoras também desempenham papel de relevo, com destaque para a *Securities and Exchange Commission* (SEC), equivalente à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) brasileira<sup>50</sup>.

O “ativismo” do legislador federal em Direito Societário foi motivado pelas crises econômicas das últimas décadas e por escândalos envolvendo companhias de grande porte, como a Enron. Tais fatores levaram o Congresso a perceber que o Direito Societário, eminentemente estadual, não estava funcionando a contento. Ele até poderia ser satisfatório para regular a generalidade das questões, mas certos ajustes – em geral contrários ao interesse das companhias e de seus administradores – demandavam urgente intervenção federal, para debelar as crises em curso e prevenir a ocorrência de outras<sup>51</sup>. E, por serem contrários ao interesse empresarial, possivelmente esses ajustes não seriam voluntariamente incorporados pelos Estados, sobretudo por Delaware, cuja reputação se assenta, em alta medida, no fato de ser receptivo aos anseios empresariais. Assim, intervir na legislação estadual tornou-se questão central no Congresso, a fim de resguardar a economia e a população do país.

---

that Delaware faces is federal intervention” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 134).

<sup>49</sup>“There is a large federal presence in corporate law. [...] Delaware has a great deal of discretion, especially on technical matters, but that discretion is not without limit. When the corporate issue is big enough, Washington is often where American corporate law is made” (ROE, 2009, p. 33).

<sup>50</sup>“While state corporate law has largely relied on judge-made standards, federal law has used both judge-made standards and agency-made regulations” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 137).

<sup>51</sup>“The upshot is that some federal interventions – most importantly, those that require Congress to act – often take place in response to a financial or other crisis providing lawmakers with compelling reasons to respond to the public outcry and restore confidence” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 158).

Por essas razões, hoje já não é mais possível compreender o *market for corporations* sem levar em conta a legislação federal, cujo papel se amplia a cada dia, sobretudo nos momentos de crise.

#### **4. Breves notas sobre a atuação societária transnacional na União Europeia**

Em inúmeras questões a União Europeia apresenta um sistema jurídico peculiar. Isso se verifica também no Direito Societário, em que a experiência comunitária não se confunde com o *market for corporations* dos EUA, nem com o modelo brasileiro de rígida competência privativa da União. Esta parte do trabalho pretende abordar, brevemente, algumas características do sistema comunitário europeu.

Como é notório, a União Europeia constitui o maior exemplo de integração em bloco formado por Estados soberanos. Uma integração não apenas econômica – como já se verificava, há décadas, em algumas partes do mundo –, mas também política, monetária, social e, no que mais importa a este estudo, integração jurídica:

Pese embora a existência já de alguns espaços vocacionados para a integração à data da criação das Comunidades Europeias, nos anos 50 (como era o caso do Benelux), estas traduziram-se na primeira tentativa, na História Universal, de criação, no plano transnacional, de um espaço geopolítico com vocação para a integração plena, quer dizer, para a integração, não apenas econômica, mas também política.

Até então a Comunidade Internacional conhecia quase apenas relações jurídicas interestaduais, de mera coordenação horizontal das soberanias dos Estados. Por isso, a sua Ordem Jurídica, o Direito Internacional, era, quase só, uma Ordem Jurídica vocacionada para dirimir conflitos entre Estados, ditados pelo individualismo destes no plano internacional.[...].

Desta visão societária tradicional do Direito Internacional afastou-se o Direito Comunitário, opondo-lhe uma concepção comunitária das relações entre Estados, baseada, não no individualismo destes, mas na solidariedade entre eles, que visava a criação, entre os Estados envolvidos, de um espaço de integração. A palavra integração não fora até então conhecida no plano transnacional, porque constituía monopólio do Direito Constitucional interno e da Teoria do Estado, ao dar formas ao conceito de Estado. [...].

A integração europeia não dispensa, porém, o papel dos Estados nem faz desaparecer o conceito de soberania estadual. Dito de outra forma, o motor da integração vai ser a bivalência – melhor: a dialética – entre, por um lado, a integração e, por outro, a soberania ou a interestadualidade. [...].

É este o plano de fundo sobre o qual se desenvolve hoje a Ordem Jurídica da União Europeia (QUADROS, 2013, p. 25-26).

Essa singular experiência de integração entre Estados soberanos alcançou, inclusive, os planos *legislativo e judiciário*, possibilitando a edição de normas jurídicas e decisões judiciais que não são simplesmente deste ou daquele Estado-membro, mas do bloco como um todo (legislação e jurisprudência genuinamente europeias). Exemplo disso são as Diretivas e Regulamentos<sup>52</sup> do Parlamento Europeu, além das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE<sup>53</sup>.

Evidentemente, para se atingir tal patamar de integração, é preciso contar com a colaboração dos agentes econômicos, com destaque para as sociedades empresárias. Dessa forma, a integração europeia sempre se preocupou em reduzir custos de transação e favorecer o comércio transnacional, para que os empresários pudessem atuar em todo o bloco, da maneira mais uniforme (*rectius*, harmônica) possível<sup>54</sup>. As restrições comerciais que anteriormente eram definidas por cada país, segundo sua cultura, legislação e interesse local tornaram-se matéria comunitária, com a fixação de denominadores comuns, a serem observados por todos os Estados-membros do bloco<sup>55</sup>. Consequentemente, hoje a regra é que as sociedades empresárias constituídas em qualquer país do bloco podem atuar livremente nos demais, não sendo a sua nacionalidade, por si só, empecilho a essa atuação.

Mais do que a simples atuação societária transfronteiriça (empresa nacional de determinado país, atuando no território de outros pa-

---

<sup>52</sup>“Entre as fontes comunitárias, além das normas do Tratado [refere-se ao Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Europeia, bem como ao Tratado de Maastricht, de 07 de fevereiro de 1992, que ampliou as competências dessa Comunidade, convertendo-a na União Europeia], merecem atenção os regulamentos e as diretivas. Os regulamentos, obrigatórios em todos os seus elementos, têm alcance geral e são diretamente aplicáveis em cada Estado membro (art. 189, § 2, Tratado CEE), mesmo nas relações privadas, como regras de conduta dos indivíduos. A diretiva requer, ao contrário, um ato de cada Estado membro que a transforme em normas aplicáveis no ordenamento interno. Todavia, há algum tempo foi individuada uma categoria de diretivas com eficácia direta (somente nas relações entre cidadãos e autoridades estatais: a chamada eficácia vertical): para tanto, é necessário que elas sejam incondicionadas, suficientemente precisas e que tenha vencido o prazo concedido ao Estado membro para a sua recepção no direito interno” (PERLINGIERI, 1999, p. 13-14).

<sup>53</sup>“O Tratado de Lisboa estende a jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia – assim passou a ser designado – a todo o espaço de liberdade, segurança e justiça. [...] É certo que a jurisdição do TJ é geral, mas convém chamar a atenção para o facto de que – tal como sucedia antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa [...] – não é total, na medida em que o Tratado prevê, no artigo 276º do TFUE [Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia], idênticas exceções: a) A fiscalização da validade ou da proporcionalidade de operações de polícia; b) A decisão sobre o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna” (MARTINS, 2014, p. 350-351).

<sup>54</sup>“The European Community was established with the goal, *inter alia*, of forming a genuinely common market between Member States. This entailed the removal of barriers to trade and competition, and of other less direct distortions. The variety of different national solutions to the questions of company law formed the original impetus for the European company law programme” (ARMOUR, 2005, p. 6).

<sup>55</sup>Vide, por exemplo, a exposição de motivos da diretiva sobre fusões transfronteiriças de sociedades limitadas: União Europeia (2005).

íses do bloco, sem ser considerada estrangeira), algo já tradicional na União Europeia, esta foi pioneira ao disciplinar também as primeiras iniciativas de *supranacionalidade societária*. Ou seja, foram criados tipos societários que não são simplesmente alemães, italianos, franceses, portugueses ou pertencentes a qualquer país-membro da União. Pelo contrário, são tipos genuinamente europeus. O melhor exemplo disso é a *Societas Europaea* (SE), cujo funcionamento rege-se, primeiro, pelo Regulamento Comunitário, em segundo lugar por seu próprio estatuto e, apenas em seguida, pela legislação interna de cada Estado em que exerça suas atividades<sup>56</sup>. Além da SE, existem outras iniciativas supranacionais, como a *Societas Cooperativa Europaea* (SCE) e o *Agrupamento Europeu de Interesse Econômico* (AEIE). Aprofundar-se no estudo dessas iniciativas, entretanto, não é o objetivo deste texto<sup>57</sup>. Basta frisar que a União Europeia alcançou um grau de integração tão grande a ponto de transcender a mera atuação empresarial transfronteiriça, tendo gestado as primeiras iniciativas societárias supranacionais.

Neste ponto, o leitor mais atento já deve ter percebido que o tratamento dado ao Direito Societário na União Europeia é assaz diverso do modelo brasileiro e do *market for corporations* norte-americano.

Com efeito, no bloco comunitário europeu, a discussão não tem por objeto a competência legislativa *interna* do país em matéria societária – tal como ocorre no Brasil –, muito menos a competência dos Estados-membros da Federação – como sucede no *market for corporations* norte-americano –, mas sim a *atuação supranacional das sociedades*, amparada em *normas comunitárias* de harmonização legislativa.

A questão que se põe agora é a seguinte: em termos de Direito Societário, haveria na União Europeia competição entre países-membros do bloco? Em outras palavras, o sistema comunitário europeu permite – ou até mesmo incentiva – que eles travem uma disputa para atrair o registro do maior número possível de sociedades? Seria razoável cogitar de um *market for corporations* ou *market for charters* europeu?

Para responder a tal indagação, é preciso efetuar breve remissão histórica sobre a evolução legislativa e jurisprudencial do bloco comunitário.

---

<sup>56</sup> “a SE rege-se pelo Regulamento e, a seguir, nas hipóteses por ele autorizadas, pelos Estatutos da SE [...]. Isso é, no campo da *societas europaea*, a autonomia da vontade é arrolada como o segundo elemento de regência, nítido indicativo do prestígio dos interesses privados junto à ordem comunitária. Exaurido o primeiro patamar da autonomia da vontade, nas matérias estranhas ao Regulamento ou por ele parcialmente tratadas, passa-se às legislações dos Estados-Membros específicas sobre SE; depois, às legislações locais relativas a sociedades anônimas; e, finalmente, retorna-se aos estatutos, quando essas normas locais assim permitirem, ou seja, um segundo plano de respaldo à autonomia da vontade” (FÉRES, 2013, p. 200).

<sup>57</sup> Para tanto, recomenda-se a leitura de Cordeiro (2005) e Cassottana e Nuzzo (2006).



Na década de 50, a *versão original* dos Tratados Constitutivos da Comunidade Europeia – conhecidos como “Tratado de Roma”<sup>58</sup> – não previa a possibilidade de livre atuação societária transnacional. Não era possível, por exemplo, constituir sociedade num determinado Estado-membro da Comunidade e atuar em outro(s), submetendo-se às regras do Estado de origem. Esse entendimento vigorou até o final da década de 80, contando, inclusive, com o respaldo do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Veja-se, por exemplo, o caso *Daily Mail*.

Em síntese, o *Daily Mail* é uma sociedade regularmente constituída no Reino Unido, responsável por renomado jornal local. Ela pretendia transferir sua administração e domicílio fiscal para a Holanda, mantendo sede na Inglaterra, apenas para reduzir a tributação sobre uma operação de venda de ativos que planejava realizar, tendo em vista que a carga tributária na Holanda era consideravelmente menor. A legislação inglesa até admitia esse tipo de transferência, desde que houvesse autorização do Tesouro britânico, o que não ocorreu. Diante dessa negativa, o *Daily Mail* ingressou com ação judicial, tendo o Tribunal local suspenso o exame do caso e o encaminhado ao TJUE, que decidiu que a transferência de domicílio fiscal era assunto a ser decidido *internamente* por cada Estado-membro<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> “o Relatório Spaak, de Maio de 1956, inclui os projectos de dois Tratados, visando criar, respectivamente, a Comunidade Económica Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atómica (CEE ou Eurátomo). As negociações em torno dos dois projectos andam depressa e, em 25 de Março de 1957, são assinados em Roma, dois Tratados, que criam aquelas Comunidades, embora só o que criou a CEE tenha ficado conhecido por *Tratado de Roma*” (QUADROS, 2013, p. 40).

<sup>59</sup> “Pelos fundamentos expostos, o Tribunal, pronunciando-se sobre as questões que lhe foram submetidas pelo High Court of Justice, Queen’s Bench Division, conforme decisão de 6 de fevereiro de 1987, declara: a) Os artigos 52<sup>o</sup> e 58<sup>o</sup> do Tratado devem ser interpretados no sentido de que, no estágio actual do direito comunitário,

Ou seja, caminhou em sentido contrário à integração comunitária e à atuação transnacional das sociedades.

Anos depois, alterações nos Tratados de integração, acompanhadas de mudança no posicionamento do TJUE, permitiram superar esse entendimento. Emblemático a respeito foi o caso *Centros*, de 1999. Dois cidadãos dinamarqueses constituíram a sociedade *Centros Ltd.*, registrada na Inglaterra e no País de Gales. Todavia, a atividade empresarial – importação e exportação de bebidas – era desenvolvida exclusivamente no território dinamarquês. A sociedade tinha sido constituída fora da Dinamarca apenas para evitar a legislação desse país, que fixava elevado capital mínimo. Pelo entendimento vigente desde o caso *Daily Mail*, haveria irregularidade nessa atuação. Porém, ao julgar o caso *Centros*, o TJUE deu uma guinada em seu posicionamento, decidindo de forma paradigmática no sentido de que *não se exige que a atividade empresarial seja exercida exclusivamente no Estado em que constituída a sociedade*, assim como as legislações nacionais não podem estabelecer restrições desarrazoadas ou excessivas à atuação transfronteiriça<sup>60</sup>.

Desde então, consolidou-se na União Europeia o princípio conhecido como *liberdade de estabelecimento*, que permite à sociedade

---

não conferem a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro, e que neste tenha a sua sede social, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro.”

<sup>60</sup> “Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça, pronunciando-se sobre a questão submetida pelo Højesteret, por despacho de 3 de Junho de 1997, declara: Os artigos 52<sup>o</sup> e 58<sup>o</sup> do Tratado CE opõem-se a que um Estado-membro recuse o registro de uma sucursal de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-membro, no qual aquela tem a sua sede, sem aí exercer atividades comerciais, quando a sucursal se destina a permitir à sociedade em causa exercer a totalidade da sua actividade no Estado em que esta sucursal será constituída, evitando constituir neste Estado uma sociedade e eximindo-se assim à aplicação das normas de constituição de sociedades que aí são mais rigorosas” (UNIÃO EUROPEIA, 1999).

nacional de qualquer dos Estados-membros do bloco atuar no território dos demais, ou mesmo neles constituir filial, sem que seja tratada como estrangeira. Por exemplo, uma sociedade alemã pode desenvolver livremente suas atividades no território da Itália, ou ali constituir filial<sup>61</sup> (CORDEIRO, 2005).

Nota-se, assim, que a virada na jurisprudência em prol da atuação societária transnacional, na Europa, é algo relativamente novo. E, mesmo se tendo tornado assunto frequente nos últimos anos<sup>62</sup>, ainda sofre considerável resistência<sup>63</sup>. Tanto que iniciativas como a *Societas Europaea* e o *Agrupamento Europeu de Interesse Econômico* não alcançaram o êxito que deles se esperava<sup>64</sup>.

Considera-se pouco provável que a Europa venha a experimentar uma autêntica competição em Direito Societário, semelhante ao *market for corporations*, dos EUA, por várias razões. Primeiro, porque a *estrutura do mercado de valores mobiliários* europeu é totalmente diversa do

---

<sup>61</sup> Inúmeros outros julgados do TJUE consolidaram esse entendimento, mas aqui não é o espaço adequado para abordá-los em detalhes. Fica, apenas, a referência a alguns deles, para quem se interessar pelo aprofundamento no tema: *Überseering* (2002), *Inspire Art Ltd.* (2003), *Sevic* (2005), *Cadbury Schweppes* (2006) e *Cartesio* (2008).

<sup>62</sup> “My final remarks show that the discussion on corporate mobility will not subside: there is still a lot of work to be done. After fifty years, corporate mobility has finally received the attention it deserves: it has become a hot topic!” (LENNARTS, 2008, p. 5).

<sup>63</sup> Algumas das causas dessa resistência seriam: “First, residual frictions, such as tax barriers, continue to make European firms highly immobile and, hence, deter lawmakers from jumping on a chartering competition bandwagon. For instance, a member state may freely impose conditions to a firm wishing to transfer its administrative seat while retaining the corporate status under the law of the state of origin if its purpose is tax avoidance. Second, the lack of a common history, culture and language further reduces the possibility of the emergence of US-style corporate mobility and lawmaking in the Europe. Third, national lawmakers continue to resist encroachments on their corporate lawmaking discretion. National regimes long ago created barriers to corporate mobility to preserve their national lawmakers’ autonomy” (BRATTON; McCAHERY; VERMEULEN, 2008, p. 5). Ainda: “First, it is argued that there may be little legal benefit to be had from ‘jurisdiction-shopping’. The existing harmonization initiatives have reduced the differences between Member States’ company laws, at least compared with those that existed between States’ corporate laws in the US [...]. A second factor concerns the nature of share ownership patterns. Unlike their Anglo-American counterparts, public companies in continental Europe typically have concentrated share ownership, with control being exercised by a single large blockholder or a coalition of blocks. Thirdly, some argue that problems over litigation will act as a brake on regulatory arbitrage. A company whose centre of business is located in Member State B but which has reincorporated in Member State A would then have to decide where disputes should be litigated. To do so in Member State A would, it is thought, be undesirable in many cases, because of the need to retain different lawyers, to follow a different procedural system, and to consider issues in a different language. On the other hand, litigation in Member State B would have the obvious drawback of having judges in Member State B decide questions on the laws of Member State A, with accompanying problems of linguistic and conceptual translation. A fourth and closely related difficulty [...]. The languages of possible states of reincorporation are likely to be different from that spoken by the company’s management. Moreover, any suggestion regarding change is likely to encounter hostility from incumbent legal advisers” (ARMOUR, 2006, p. 18).

<sup>64</sup> “Only one hundred and eight SEs have been formed and corporate law forum shopping has not been a salient motivation. [...] This suggests that the Commission’s efforts to find an attractive alternative for firms seeking to pursue cross-border activities or migration strategies have been wasted” (BRATTON; McCAHERY; VERMEULEN, 2008, p. 15).

modelo norte-americano: neste impera a pulverização do capital, o predomínio dos administradores (controle gerencial) e a constante preocupação com os conflitos de interesse (*agency conflicts*) entre administrador e acionistas; diferentemente, no bloco europeu predominam o controle concentrado e o conflito de interesses entre acionista controlador *versus* minoritários<sup>65</sup>. Cenários fáticos diferentes demandam abordagens jurídicas distintas.

Além disso, nos EUA há *apenas um idioma oficial*, o que simplifica e reduz custos de transação na mudança de um Estado-federado para outro. Diversamente, a União Europeia convive com vários idiomas oficiais em que certas expressões de um país simplesmente não encontram equivalentes – ou não o encontram de maneira satisfatória – na língua dos outros. E isso encarece a mobilidade societária, ainda que não seja, por si só, fator determinante.

Acrescente-se o fato de que a *harmonização legislativa* levada a efeito na Europa reduziu consideravelmente a discrepância entre os vários Direitos internos, o que também contribui para diminuir o interesse das empresas em se deslocar de um país para outro, dentro do mesmo bloco. Se a legislação tende a ser harmônica, os benefícios advindos da mudança não compensariam os custos. Nesse caso, o fator decisivo para a atração de empresas não seria o Direito, mas o *funcionamento prático do mercado*. Determinados países europeus apresentam mercado mais favorável para certas atividades. Igualmente importante seria a *carga tributária*, também definida no plano interno de cada país. Nesse caso, a questão desloca-se do prisma jurídico para o econômico, algo que escapa ao objeto deste texto.

<sup>65</sup> Sobre a diferente configuração do conflito de interesses ao redor do mundo, recomenda-se a leitura do clássico “The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach” (THE ANATOMY, 2004).

Quarto aspecto distintivo importante é que Delaware, nos EUA, desenvolveu não apenas regras jurídicas, mas todo um *sistema* voltado ao rápido, eficaz e menos custoso acolhimento das necessidades empresariais. Além da legislação, também o Judiciário, a Advocacia e outras instituições exercem papel de relevo. Algo que até hoje não foi superado pelos concorrentes. Portanto, o protagonismo de Delaware deve-se a um *somatório de fatores*. Na Europa, porém, não se vislumbra Estado que esteja desenvolvendo algo semelhante. Pelo contrário, a evolução caminha no sentido de suprimir diferenças, em prol do regime comunitário, tanto no plano legislativo quanto judicial. Apenas o Reino Unido, em razão do idioma, do vínculo histórico com os EUA e das características de seu mercado de valores mobiliários (mais próximo dos EUA dos que os demais Estados europeus) apresenta alguns elementos desse sistema<sup>66</sup>. Porém, ainda não o suficiente para se tornar um “novo Delaware”.

Deve-se levar em conta, ademais, que parcela substancial das receitas de Delaware provém das taxas de constituição de sociedades (*incorporation fees*), algo que não ocorre em qualquer país europeu, onde essas taxas ainda não são significativas em relação ao Produto Interno Bruto (PIB).

Desse modo, no cenário atual, o que se verifica é uma preocupação diferente nos EUA e na Europa. No primeiro, existe competição entre Estados-membros pertencentes à *mesma Federação* e, portanto, sujeitos ao poder central soberano (legislador federal – União), que se tem mostrado atuante nos últimos anos. Tal competição baseia-se, em grande medida, nas *escolhas* de cada Estado-membro.

<sup>66</sup> “Throughout Europe, the UK is perhaps uniquely positioned to capitalise on these procedural aspects of corporate law choice” (ARMOUR, 2006, p. 20).

Diversamente, na União Europeia a disputa é travada entre *países* – soberanos ou com soberania compartilhada. Ademais, em virtude do processo de harmonização legislativa, a competição pauta-se mais por *questões de mercado* do que propriamente pelo Direito (que tende a ser comum, ao menos no que toca aos aspectos centrais). Não se nega a possibilidade de que alterações legislativas de um Estado-membro do bloco influenciem os demais – por exemplo, a redução ou supressão de capital mínimo para a constituição de sociedades<sup>67</sup>. Isso é uma forma de competição, embora ainda incipiente e muito distante do que ocorre no modelo norte-americano.

No Brasil, por sua vez, *sequer se cogita a possibilidade de haver competição*. A competência privativa da União para legislar sobre Direito Societário elimina a possibilidade de que os Estados-membros façam escolhas diferenciadas, com o objetivo de atrair, para seu território, o registro do maior número possível de sociedades<sup>68</sup>. Nunca, ao longo da história, o Brasil adotou modelo diverso. Nem mesmo no meio acadêmico são debatidos os prós e contras de eventual mudança<sup>69</sup>.

## **5. Epílogo de um futuro improvável: possíveis efeitos de se adotar, no Brasil, a competência concorrente em Direito Societário**

Já foi dito que o Brasil, ao longo da história, sempre adotou o modelo de competência privativa da União em matéria de Direito Societário. Esse modelo está profundamente arraigado na cultura do País. E, a bem da verdade, vem funcionando satisfatoriamente.

Isso não significa, entretanto, que o meio acadêmico deva simplesmente fechar os olhos para outras opções, como se elas não existissem.

---

<sup>67</sup> “There seems little doubt that the particular conditions which originally gave rise to Delaware’s ascendancy at the turn of the twentieth century will not be replicated in Europe. Yet simply because no European state will have the same incentives as Delaware does not mean that regulatory competition cannot emerge. [...] It appears that continental legislatures have already become concerned at the prospect of large-scale evasion of their legal capital requirements through incorporations in the UK. Some, such as France and Spain, have already relaxed their capital maintenance regimes; others, such as Germany, are considering ways to respond. The UK government, which has already acknowledged its desire to ensure English company law is internationally ‘competitive’, has recently announced further deregulation of legal capital requirements in relation to private companies [...]” (ARMOUR, 2006, p. 29).

<sup>68</sup> Nas áreas em que a possibilidade de competição existe – como no âmbito tributário – os resultados não foram dos melhores. Basta lembrar a “guerra fiscal”, que será mencionada adiante.

<sup>69</sup> Basta ver que a generalidade dos Manuais de Direito Comercial, ao tratar da competência legislativa, limita-se a mencionar o art. 22, I da Constituição Federal. Não costumam abordar a opção de outros países, nem quais seriam as consequências de eventual mudança do modelo brasileiro.

É importante refletir sobre os prós e contras de eventual opção diversa, como o sistema de competências estaduais dos EUA. Note-se que outros centros já atentaram para a relevância desse tipo de discussão. Na União Europeia, por exemplo, o tema tem ganhado fôlego nos últimos anos, com vários estudos abordando as vantagens e desvantagens de um *market for corporations* comunitário.

O presente texto pretendeu estender a discussão ao modelo brasileiro, visto que a temática é praticamente inexplorada na doutrina nacional. Desse modo, nas linhas seguintes serão ponderados alguns aspectos relacionados à possível adoção da competência concorrente dos Estados-membros para legislar sobre Direito Societário.

Como ainda não apresenta características sequer próximas do estágio avançado de integração vivenciado pela União Europeia – e tende a não apresentá-las no curto prazo –, o Mercosul, ao menos por enquanto, não serve de parâmetro para a propositura de alterações ao modelo brasileiro. Por conseguinte, *as comparações mais interessantes dizem respeito ao sistema norte-americano*. E, nesse caso, a grande diferença entre Brasil e EUA é que neste os Estados-membros ainda exercem papel de destaque no funcionamento do Direito Societário (apesar do recente “ativismo” do legislador federal), ao passo que no Brasil esse papel é quase integralmente reservado à União. Até por força da tradição histórica do nosso país.

No Brasil, geralmente o papel dos Estados-membros no Direito Comercial é secundário. Diz respeito, por exemplo, à organização meramente administrativa das Juntas Comerciais<sup>70</sup>. Inexiste a possibilidade de competição normativa entre unidades federadas, para atrair o registro do maior número possível de companhias, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos<sup>71</sup>.

O instrumento jurídico para efetivar tal mudança seria inserir a expressão “Direito Societário” no artigo 24, I, da Constituição Federal (CF), que trata da competência concorrente<sup>72</sup>. Com isso, os Estados-membros poderiam legislar sobre a matéria, à semelhança do que já fazem em relação ao Direito Tributário e Urbanístico, por exemplo. Por outro lado, a uniformidade indispensável a certas áreas do Direito Co-

---

<sup>70</sup> “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] III - juntas comerciais” (BRASIL, 1988).

<sup>71</sup> “as empresas brasileiras, fruto do sistema político em que se inserem, vivem, em regra, amarradas a sistema jurídico único, impedindo-as de exercer opções, mais ou menos vantajosas aos agentes que nela se inserem ou ao seu redor gravitam” (CASTRO, 2010, p. 535).

<sup>72</sup> “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico” (BRASIL, 1988).

mercial – como os títulos de crédito – seria preservada, uma vez que as demais matérias comerciais permaneceriam regidas pelo art. 22, I, da CF, que trata da competência da União<sup>73</sup>. Desse modo, seria possível introduzir regra especial para o Direito Societário, sem prejuízo de se preservar a tradição histórica para as demais questões comerciais.

A principal vantagem dessa inovação seria permitir que o Direito Societário se adaptasse às peculiaridades de cada parte do País, especialmente em virtude de suas dimensões continentais. Dois assuntos ilustram bem esse aspecto. O primeiro deles é o *enquadramento do pequeno empresário*. Atualmente, no modelo de competência privativa da União, o valor máximo de referência para esse enquadramento é nacionalmente uniforme<sup>74</sup>. Isso faz com que sociedades situadas em mercados tão díspares quanto São Paulo e Acre tenham que se submeter ao mesmo limite. Na prática, como em São Paulo a economia é bastante desenvolvida e o custo de vida tende a ser maior, sociedades “pequenas” em relação à realidade local (ou seja, em relação a seus concorrentes) ficam excluídas do regime simplificado aplicável ao pequeno empresário, porque auferem receita bruta anual superior a esse limite. Diversamente, no Acre e em outros Estados-membros nos quais a economia é menos desenvolvida, empresas tidas como “grandes” para a realidade local conseguem obter o enquadramento como pequeno empresário. Nesse contexto, a adoção de tetos estaduais permitiria graduar o Direito Societário segundo as peculiaridades regionais. O mesmo pode ser dito em relação ao *capital mínimo para constituição da EIRELI*, hoje nacionalmente unificado<sup>75</sup>. Também aqui a criação de faixas estaduais seria bem vinda.

É claro que a mudança ora cogitada – como qualquer mudança, aliás – tem pontos positivos e negativos. A depender do modo como os Esta-

---

<sup>73</sup> “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (BRASIL, 1988).

<sup>74</sup> “Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). [...] Art. 18-A. [...] § 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo” (BRASIL, 2006).

<sup>75</sup> “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País” (BRASIL, 2002).

dos-membros exercerão sua competência legislativa, pode-se vivenciar, no Direito Societário, uma “guerra” semelhante à que o País conheceu no Direito Tributário com a “guerra fiscal”. Nesse cenário, parafraseando a nomenclatura comumente utilizada nos EUA, poderia haver uma “corrida para o fundo” (*race to the bottom*), com os Estados-membros abdicando do interesse público e sofrendo diversos prejuízos, a ponto de se tornarem reféns das companhias neles instaladas.

Isso sem falar que, mesmo atualmente, com o sistema de competência privativa da União, já existe *expressiva concentração de companhias abertas no Estado de São Paulo*. Uma análise empírica<sup>76</sup> de 101 companhias abertas e registradas até o dia 25/9/2009 constatou que tinham sede em São Paulo nada menos que 59 delas. Ou seja, *cerca de 58% do total*. Em segundo lugar, vinha o Estado do Rio de Janeiro, com apenas 18 companhias, equivalente a 18%. Minas Gerais, por sua vez, figurava em quarto lugar, com 5 companhias, aproximadamente 5%. Somados, os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul reuniam 96 companhias, correspondendo a *95% do total*. Ou seja, a participação das demais regiões do País era ínfima, à época da pesquisa.

Em vista dessas estatísticas, e sabendo-se que São Paulo reúne alguns ativos semelhantes aos de Delaware (como o Judiciário de vanguarda e sensível às demandas empresariais), além de apresentar a economia mais desenvolvida do Brasil, é de se esperar que a adoção da competência concorrente contribua para acentuar, ainda mais, tal concentração, em prejuízo dos demais Estados. E, nesse caso, ter-se-ia o aumento das desigualdades regionais, na contramão do que deseja a Lei Maior<sup>77</sup>.

Outro ponto a ser ponderado é que a competência concorrente faria com que, de regra, *os litígios submetidos ao Poder Judiciário seriam decididos, em última instância, no respectivo Estado-membro* (Tribunal de Justiça local), pois envolveriam a interpretação de norma estadual. Nesse caso, não haveria participação do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a não ser que a causa envolvesse, *também*, lei federal ou questão constitucional.

Não se pode esquecer, também, que a *estrutura do mercado de valores mobiliários* brasileiro é completamente diversa da dos EUA, onde imperam a pulverização do capital entre inúmeros acionistas e o controle gerencial; isso faz com que o principal conflito de interesses ocorra entre administrador e acionistas. No Brasil, por sua vez, a concentração

<sup>76</sup> (CASTRO, 2010, p. 535).

<sup>77</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 1988).

do capital e a figura do acionista controlador ainda são características marcantes do sistema, apesar da paulatina mudança introduzida pelo Novo Mercado da BM&FBovespa<sup>78</sup>.

Portanto, no curto prazo, o *trade off* entre benefícios e perdas não recomenda a adoção, no Brasil, do sistema de competência concorrente em Direito Societário. O que não significa – nunca é demais frisar – que o tema possa ser esquecido. Afinal, a conjuntura do País é dinâmica e, no futuro, tal modificação pode mostrar-se vantajosa.

## 6. Conclusão

A intenção deste texto não foi desacreditar o atual modelo de competência legislativa da União em Direito Comercial (nele incluído o Direito Societário). O objetivo foi comparar, sucintamente, a opção brasileira com as adotadas pelos EUA e pela União Europeia, a fim de verificar se esses modelos estrangeiros podem fornecer sugestões úteis ao ajuste do sistema nacional; se simplesmente confirmam que a opção brasileira é a mais acertada para a realidade do País; ou se, ao contrário, indicam a necessidade de completa reformulação do modelo pátrio.

Apesar dos avanços que a modificação do atual sistema poderia trazer – permitindo, por exemplo, a adequação do Direito Societário às realidades locais de cada Estado-membro –, tal mudança certamente traria o risco de graves inconvenientes, capazes de ampliar as desigualdades regionais.

Assim, num *trade off* entre perdas e ganhos, entende-se que, no atual estágio de desenvolvimento da Federação brasileira, o modelo tradicional de centralização de competência legislativa, em vigor, ainda é o mais conveniente. Entretanto, nada obsta que, no futuro, essa discussão seja retomada, conduzindo a conclusões diversas, baseadas numa outra realidade e num outro estágio de desenvolvimento do País. Afinal, como dizia Guimarães Rosa: “as coisas mudam no devagar depressa dos tempos” (ROSA, 2001).

---

<sup>78</sup> Para se ter uma noção quantitativa da mudança, na década de 80, Nelson Eizirik realizou estudo empírico por meio do qual concluiu que, em média, o acionista controlador das companhias abertas brasileiras detinha cerca de 70% do capital votante, ao passo que apenas 15% das companhias apresentavam controle minoritário. Justamente por isso, tal autor concluiu que o controle gerencial no Brasil não passava de um mito. Mais recentemente, Érica Gorga analisou todas as sociedades listadas no Novo Mercado da BM&FBovespa, até o ano de 2006, concluindo que, de 92 sociedades anônimas, nada menos do que 45, ou seja, praticamente a metade, apresentavam controlador que não detinha a maioria dos direitos de sócio (controle minoritário). Ou seja, já era possível perceber a dispersão do controle (EIZIRIK, 1987; GORGA, 2008).



## Sobre os autores

Leonardo Netto Parentoni é doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Empresarial e Direito, Tecnologia e Inovação na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor de Direito Empresarial no Ibmec, Belo Horizonte, MG, Brasil; procurador federal na Advocacia-Geral da União (AGU), Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: parentoni@gmail.com

Bruno Miranda Gontijo é graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: brunomiranda@live.com

## Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>79</sup>

LEGISLATING IN CORPORATE LAW: AN OVERVIEW OF BRAZILIAN, NORTH-AMERICAN AND EUROPEAN LEGAL SYSTEMS

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the legislative competence in Corporate Law, and aims at drawing a parallel between the Brazilian and US legal system. Furthermore, expanding the considerations to also discuss, albeit briefly, transnational corporate activity in the European Union. In effect, Brazil, historically has always adopted the Federal Government's exclusive competence model to legislate on Corporate Law. Thus, it is important to reflect on how other countries have acquired different centennial experiences with high degree of success. This could shed light on the Brazilian national model, allowing reflection for an unprecedented paradigm shift, or at least provide scientific arguments for the improvement of this model.

KEYWORDS: CORPORATE LAW. LEGISLATIVE COMPETENCE. HARMONIZATION OF LAW.

## Referências

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ARMOUR, John. Who Should Make Corporate Law? In: *CURRENT Legal Problems* 2005. London: Oxford University Press, 2006. v. 58.

BAR-GILL, Oren; BARZUZA, Michael; BEBCHUK, Lucian Arye. The market for corporate law. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 162, p. 134-172, 2006.

BEBCHUK, Lucian Arye; COHEN, Alma. Firms' Decisions Where To Incorporate. *Journal of Law and Economics*, v. 46, p. 383-425, out. 2003.

BLACK JUNIOR., Lewis S. *Why Corporations Choose Delaware*. Delaware: Delaware Department of State, 2007.

---

<sup>79</sup> Sem revisão do editor.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial do Império do Brasil. *Coleção de Leis do Brasil*, 31 dez. 1850.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*, 16 jul. 1934.

\_\_\_\_\_. Constituição de 1937. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada pelo Presidente da República em 10.11.1937. *Diário Oficial da União*, 10 nov. 1937.

\_\_\_\_\_. Constituição de 1946. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembleia Constituinte. *Diário Oficial da União*, 19 set. 1946.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil 1967. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 1967.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, 17 dez. 1976.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 21 nov. 1994.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. *Diário Oficial da União*, 15 dez. 2006.

BRATTON, William W.; McCAHERY, Joseph A.; VERMEULEN, Erik P.M. How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking?: A Comparative Analysis. *ECGI - Working Paper Series in Law*, n. 91, p. 1-37, jan. 2008.

CARY, William L. Federalism and corporate law: reflections upon Delaware. *Yale Law Journal*, v. 83, n. 4, p. 663-705, mar. 1974.

CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di diritto commerciale comunitario*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. Concorrência legislativa em matéria societária: um possível instrumento de desenvolvimento econômico e social. In: PODER de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. Massachusetts: Addison-Wesley, c2000.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito europeu das sociedades*. São Paulo: Almedina Brasil, 2005.

EIZIRIK, Nelson Laks. O Mito do 'controle gerencial', alguns dados empíricos. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, v. 26, n. 66, p. 103-106, abr./jun. 1987.

FÉRES, Marcelo Andrade. Societas Europaea (SE): o tipo da sociedade anônima transnacional no âmbito da Europa. In: DIREITO societário: estudos sobre a lei de sociedades por ações. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 345-375.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GILSON, Ronald J. Globalizing corporate governance: convergence of form or function. *Columbia Law School Working Paper*, n. 174, p. 1-35, maio 2000. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=229517](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=229517)>. Acesso em: 13 jan. 2016.

GORGA, Érica. Changing the paradigm of stock ownership: from concentrated towards dispersed ownership?: evidence from Brazil and consequences for emerging countries. *Cornell Law School Working Papers*, v. 42, p. 537-600, set. 2008. Disponível em: <[http://scholarship.law.cornell.edu/clshops\\_papers/42/](http://scholarship.law.cornell.edu/clshops_papers/42/)>. Acesso em: 13 jan. 2016.

GRAU, Eros Roberto. Atualização da Constituição e mutação constitucional (art. 52, x, da Constituição do Brasil) (Rcl 4.335). In: \_\_\_\_\_. *Sobre a prestação jurisdicional: direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2010.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The end of history for corporate law. *Yale Law School Working Paper*, n. 235, p. 1-37, jan. 2000. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=204528](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=204528)>. Acesso em: 13 jan. 2016.

IRTI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*. Roma: Laterza, 2003.

KLEIN, William A.; COFFEE, John C.; PARTNOY, Frank. *Business organization and finance: legal and economic principles*. 11. ed. New York: Foundation Press, 2010.

KOBAYASHI, Bruce H.; RIBSTEIN, Larry E. Delaware for small fry: jurisdictional competition for limited liability companies. *University of Illinois Law Review*, v. 2011, n. 1, p. 91-144, 2011.

LENNARTS, Marie-Louise. Company mobility within the EU, fifty years on: from a non-issue to a hot topic. *Utrecht Law Review*, v. 4, n. 1, p. 1-5, mar. 2008.

LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil, e leis da marinha: dos tribunaes, e causas de commercio*. Lisboa: Ex libris, 1811.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2014.

MAZZEI, Rodrigo. *Código de processo civil do Espírito Santo: texto legal e breve notícia histórica*. Vila Velha: Editora ESM, 2014.

MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930. v. I.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PRADO, Viviane Muller (Coord.). Uma conversa sobre direito societário comparado com o professor Klaus Hopt. *Cadernos Direito GV*, v. 6, n. 2, mar. 2009.

QUADROS, Fausto de. *Direito da união europeia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

REYES, Francisco. *Direito societário americano: estudo comparativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RIBSTEIN, Larry E. The evolving partnership. *University of Illinois Law & Economics Research*, v. 68, p. 819-857, out. 2006.

\_\_\_\_\_. An analysis of the revised uniform limited liability company act. *Virginia Law & Business Review*, v. 3, n. 1, p. 36-80, 2007.

ROE, Mark J. Delaware and Washington as corporate lawmakers. *The Delaware Journal of Corporate Law*, v. 34, n. 1, p. 1-34, abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Delaware's shrinking half-life. *Stanford Law Review*, v. 62, n. 1, p. 125-155, dez. 2009.

ROMANO, Roberta. *The genius of american corporate law*. Washington: AEI Press, 1993.

\_\_\_\_\_. Is Regulatory Competition a Problem or Irrelevant for Corporate Governance?. *ECGI – Law working paper series*, n. 26, p. 212-231, mar. 2005.

ROSA, João Guimarães. *Primeiras estórias*. 49 ed. São Paulo: Nova Fronteira, 2001.

TALBOT, Lorraine. *Critical company law*. New York: Routledge, 2008.

THE ANATOMY of corporate law: a comparative and functional approach. Oxford: Oxford University Press, 2004.

TOMAZZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

TRENTON, N. J. Wilson says honest men need not fear. *The New York Times*, 21 fev. 1913. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=990DE4DA133BE633A25752C2A9649C946296D6CF>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão nº 81/87*. Luxemburgo, 27 set. 1988. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3b243f0d-f348-4ff1-94a5-022b01a208a4.0009.06/DOC\\_1&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3b243f0d-f348-4ff1-94a5-022b01a208a4.0009.06/DOC_1&format=PDF)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo no C-212/97*. Luxemburgo, 9 mar. 1999. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0212&qid=1430586146243&from=PT>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Directiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada. *Jornal oficial da União Europeia*, 25 nov. 2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0056&from=PT>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

WEBER, Max. *História geral da economia*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

WINTER, Ralph K. State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation. *The Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 2, p. 251-292, jun. 1977.