

superficiais que não conhecem a si próprias e deficitário em se tratando de companheiros que compartilham os mesmos sentimentos. E o seu olhar volta-se naturalmente em direção ao magnífico passado. O *irogonomi* ideal, buscado por ele, raramente é encontrado na realidade. Kenkô que nega o sistema matrimonial de convivência diária, anulador do deleite amoroso e da paixão vigorosa, anseia pelo mundo do amor clássico. Desde que se encontre limitado pelo juízo de valor do mundo terreno, não existe a liberdade espiritual. A disponibilidade para apreciar o senso estético do *irogonomi* e a vida não pode ser concretizada na relação com pessoas reais. Kenkô optou pelo isolamento, libertou o ego no mundo da devoção do clássico e aproveitou a liberdade nesse mundo espiritual. O infinito interesse pelo ser humano e o profundo discernimento originais não diminuiriam com a reclusão religiosa. O espírito livre torna possível perceber a essência e a verdade das coisas. O isolamento é o único caminho para aproximar-se da essência do modo de ser do homem.

A reclusão religiosa e o *irogonomi*, que parecem contraditórios sob o ponto de vista atual, são dois grandes fatores que mostram a essência do modo de vida de Kenkô. A riqueza e o alto grau de refinamento do *irogonomi*, a elegância do gosto não são absolutamente contraditórias com a liberdade da reclusão religiosa e a profundidade do discernimento com relação ao homem e às coisas. Só com a liberdade espiritual é que se compreende, pela primeira vez, a essência do *irogonomi* e se domina o seu senso estético.

Traduzido por *Luiza Nana Yoshida*

## A SITUAÇÃO ATUAL DAS EMPRESAS JAPONESAS E O DIREITO SOCIETÁRIO

*Tsukasa Miyajima\**

### *Introdução*

Podemos dizer que a sociedade capitalista de economia contemporânea gira, de uma forma ou outra, bem ou mal, em torno das "empresas". Em outras palavras, hoje em dia, o mundo se transformou completamente da "moderna sociedade de cidadãos" para "sociedade contemporânea".

Sob a égide da lei da moderna sociedade de cidadãos as bases do Direito estavam na moral e nos costumes dos homens. Assim, se as pessoas levassem uma vida normal, poderiam viver sem se aperceber da existência das leis, mesmo que tivessem algum contato com elas. Mesmo dentro do Direito Privado, que é o Direito que regula as relações jurídicas entre as pessoas físicas, o Direito Civil é considerado como o Direito deste tipo de sociedade de cidadãos. Se tomarmos como exemplo o empréstimo de dinheiro (Contrato de Mútuo) a consequência jurídica do mesmo é simplesmente a de devolver o que foi emprestado e os juros também não são algo que simplesmente se cobra. Isto, afinal, representa o fato de que normalmente o empréstimo de dinheiro só ocorre entre as pessoas que se conhecem bem um ao outro ou entre parentes e que basta que se siga o sentimento de moral entre eles existentes (é difícil pensar em ganhar dinheiro com isso).

\* Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade Keio, junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Por outro lado, o Direito Civil denomina de mandato ou quase mandato o ato de pedir a alguém que se faça alguma coisa. O pressuposto do Direito Civil, nesse caso, também é a confiança numa determinada pessoa e essa é a razão de pedir alguma coisa a ela. E a pessoa que recebeu a Solicitação não aceita fazer o mesmo esperando receber algo (recompensa) em troca. No Direito Civil, este tipo de contrato de mandato também está alicerçado num relacionamento de confiança do tipo "foi a pedido daquela pessoa" ou "vou pedir porque é aquela pessoa". Aqui também a recompensa não aparece em princípio.

No mundo contemporâneo, contudo, esses tipos de negócios entre amigos e parentes praticamente desaparecem e a maioria dos negócios passou a ser realizada através das sociedades. Isso porque dessa forma não há necessidade de preocupações desnecessárias, pois as coisas andam melhor utilizando a empresa, que é especialista naquele assunto.

Devemos saber o quanto nos relacionamos com as empresas no mundo contemporâneo e como não podemos viver sem este relacionamento.

Ao acordar pela manhã, nós fazemos uso da eletricidade e da água. Outrora, buscávamos o óleo (azeite) e a água pessoalmente. Aqui não há nenhuma relação jurídica. Mais tarde, passou-se a comprar o óleo (azeite) dos empresários e a contratar profissionais para cavar o poço. Aqui há um único negócio e não se verifica outra relação jurídica, numa situação em que a luz está acesa sem causar outros problemas, ou no fato de poder usar a água. Contudo, hoje em dia, existem empresas estatais ou privadas que fornecem eletricidade e água, e estamos permanentemente num relacionamento jurídico continuado (contrato de fornecimento continuado).

Vamos pensar num meio de transporte que nos leve ao trabalho. Há certas coisas que fazemos inconscientemente, nas quais devemos considerar a existência de uma relação jurídica complexa com empresas. Em que momento se constitui o contrato de transporte de passageiro com a empresa?

Pode-se cogitar no momento de aquisição da passagem, o momento de passar pela catraca, ou o momento em que se sobe no ônibus ou no trem. Saber em que momento o contrato se constitui depende da existência da responsabilidade da sociedade pelo não cumprimento da obrigação (obrigação de levar o passageiro ao destino), quanto o ônibus ou trem deixar de andar. Quanto ao bilhete, surge, na verdade, um grande problema, dependendo de como encarar a sua natureza jurídica. O que fazer quando perdê-lo, ou se é possível ceder a alguém, também está relacionado com essa questão. São assuntos que sequer eram questionados à época em que não havia o problema de transporte em massa.

Por outro lado, o "almoço" tem muito a ver com relações jurídicas empresariais. Quando podemos nos servir de pratos que queremos, estamos realizando atos baseados em contratos de compra e venda. Como os pratos são usados e devolvidos, temos que cogitar num contrato de aluguel. E se o

casaco que penduramos no cabide desaparecer durante a refeição, de quem será a responsabilidade? Responsabilidade do proprietário do lugar?

Assim, quanto mais complexa a vida do homem não podemos deixar de viver sem ter relacionamento com um grande número de empresas todos os dias. E, além desse relacionamento inevitável com as empresas, até buscamos os contatos com as empresas por nossa própria vontade. Esta é a sociedade contemporânea.

Será que a sociedade contemporânea possui capacidade para processar adequadamente todas estas relações complexas?

Temos, uma vez mais, necessidade de vislumbrar, conscientemente, a sociedade contemporânea e o direito que regulamente estas relações jurídicas.

Das relações jurídicas que regulam as empresas, o Direito Comercial é o que concerne mais diretamente às relações privadas que mais nos afetam. E pretendemos neste trabalho dar um enfoque maior a uma visão contemporânea do Direito Societário.

### *As Peculiaridades das Empresas Japonesas e o Direito Societário do Ponto de Vista da Teoria Geral*

Atualmente, na Europa, está sendo conduzido o trabalho de unificação das legislações societárias dos países membros da Comunidade Econômica Européia, tendo em vista a integração econômica. Tradicionalmente, o ramo do Direito Comercial, em especial, o Direito Societário, vem sendo encarado como tendo peculiaridade racional e técnica, uma vez que a sua filosofia básica consiste em ser o direito que regula as empresas, que por sua vez existem em função de buscar lucros. Por isso mesmo, sempre pensou-se que era relativamente possível unificá-lo entre os países que adotam o capitalismo.

Ao contrário, nos ramos que têm como base o Direito o sentimento moralista (e.g. Direito Civil), não é possível cogitar em unificação mundial, uma vez que os sentimentos de moral diferem de país para país. No Direito de Família ou de Sucessões, ramo de Direito Civil, a visão sobre a família ou sucessões difere economicamente de país para país, de acordo com o ambiente histórico, social ou econômico de cada um. Assim, é praticamente impossível haver unificação nesse ramo. Há uma enorme diferença com o Direito Comercial que possui as bases de sua existência numa tecnicidade e racionalidade, comum aos países capitalistas, em busca de lucratividade.

Contudo, mesmo que se fale em Direito Comercial, há diferença nas possibilidades de unificação, de acordo com os ramos. É possível unificar completamente a legislação sobre notas promissórias e cheques uma vez que o fim precípua que ela visa é assegurar de forma completa o pagamento do numerário (dinheiro). De fato, muitos países possuem, hoje em dia, legislação completamente idêntica. Por outro lado, o Direito Societário, que é um

outro ramo do Direito Comercial, apesar de possuir bases comuns no plano mundial, trata-se de um ramo em que regulamentações se fazem indispensáveis de acordo com as peculiaridades de cada país. Apesar de serem empresas, em cada país possuem diferenças com base nos respectivos ambientes históricos sociais e econômicos.

Citemos exemplificativamente o sistema de proteção dos acionistas e credores. Num país com forte conscientização dos direitos, talvez não haja necessidade de tal sistema uma vez que esses direitos são protegidos. Mas no caso do Japão, por exemplo, onde a população não possui muita consciência sobre seus direitos, se for deixado como está, corre-se o risco de a empresa aproveitar essa ausência de sistema de proteção, de acordo com as suas conveniências.

Um caso típico é a definição expressa do direito de pergunta (indagação) dos acionistas na Assembléia Geral no texto da lei (1981). É estranha a necessidade de definir expressamente tal direito, já que as ações naturalmente são acompanhadas de direito de perguntas (indagações).

Além disso, na esteira desse relacionamento, podemos dizer que os acionistas japoneses têm pouca consciência de que são proprietários da sociedade através do seu investimento. Com isso, o administrador que em verdade zela pelo capital investido, administrando-o, acaba assumindo a postura de proprietário daquela empresa. Quem devia chamar a empresa de "nossa" ou "minha" na verdade deveriam ser os acionistas, mas no Japão existem tendências errôneas dos administradores fazerem-no (talvez se fosse com a conotação de pertencer a empresa e não possuí-la fosse aceitável, mas a consciência dos administradores, na verdade não é essa). E isso se relaciona também com o fato de se adotar o sistema de emprego vitalício. Na realidade, o final de carreira dos empregados seria a diretoria ou a presidência. Do ponto de vista do Direito Comercial, contudo, eles são eleitos pelos acionistas. Ao contrário, sequer eles foram escolhidos pelos acionistas. Pela hierarquia jurídica, a ordem deveria ser acionista, diretor e diretor presidente com poderes de representação. Mas na realidade, o que ocorre é o fenômeno inverso com formato de uma pirâmide. Nisso cabe uma parcela de responsabilidade aos acionistas, uma vez que não têm interesse nos destinos da sociedade. São cem milhões de habitantes que se consideram pertencer à classe média, sem problemas de sobrevivência, que fazem investimentos apenas com o intuito de ganhar alguma coisa mais.

De qualquer forma, no caso do Japão, a conscientização sobre os direitos individuais não estão enraizados no povo e também pelo sentimento popular em não gostar de entrar em conflito com o próximo. Assim, a causa principal está em ter tido dificuldades em aceitar o Direito Ocidental importado na era Meiji, calcado na exigência dos direitos individuais.

No Japão, onde ainda não havia a conscientização sobre a lei e direitos, a distância existente entre o Direito Comercial no estilo europeu e a realidade era demasiadamente grande e as distorções que surgiam dali não eram

fáceis de serem transpostas. No ocidente, o Direito Comercial regulou de acordo com a realidade, desde o início dos anos oitocentos. Assim, sempre se conseguiu a distância entre o Direito e a realidade. O que ocorreu no Japão da era Meiji foi que o Direito Comercial no estilo ocidental foi introduzido repentinamente sobre uma realidade completamente diferente, e por isso, por muito tempo teve de suportar o distanciamento entre o Direito e a realidade. Além do mais, após a Segunda Guerra Mundial, houve a introdução semi-obrigatória do Direito Americano, o que resultou num estranho Direito Comercial. Poderíamos compará-lo a uma árvore onde se enxertou bambu na era Meiji e depois, com a derrota na Segunda Guerra Mundial, se enxertou um coqueiro por sobre um enxerto antigo. A realidade, portanto, do Direito Comercial japonês foi a sobrevivência durante muito tempo, de um Direito Comercial com postura de improvisação.

Assim, ele não funcionava muito bem. Especialmente com a entrada na era de alto crescimento econômico na segunda metade da década de 60, começou a haver mudança, tanto na consciência dos empresários, quanto na da população, e finalmente houve a conscientização de que se não fosse um Direito Comercial próprio não funcionava com plenitude no Japão.

Neste artigo, pretendemos abordar, de uma forma geral, a fisionomia do Direito Societário peculiar ao Japão que está em formação, tendo em vista as discussões havidas recentemente em torno de sua reforma. E pretendemos efetuar a análise sob dois aspectos.

O primeiro é que tipo de estrutura como um todo veio desempenhando a empresa que é o carro chefe da economia japonesa. E o outro é que tipo de peculiaridade possui a empresa no Japão, tendo em vista cada uma das sociedades.

Outrossim, queremos, com o estudo destas peculiaridades, deixar clara a relação mútua entre a realidade e a figura do Direito como ele deveria ser.

### *A Estrutura Social Dentro da Economia Japonesa e a Maneira de Ser do Direito*

#### *Estrutura bipolar de grandes empresas e pequenas e médias empresas*

O que sustenta o atual progresso da economia japonesa são as sociedades anônimas e as por quotas de responsabilidade limitada, onde a responsabilidade dos acionistas e dos sócios se limita aos valores de suas ações ou quotas. Embora haja outros tipos de sociedades (em comandita simples e nome coletivo) estas ocupam cerca de 97% do total. Talvez não se chegue a estas proporções no Brasil, mas cremos que estes dois tipos de sociedades devam ocupar uma proporção bastante considerável. Isto porque nas sociedades anônimas e nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada os

acionistas ou quotistas não precisam assumir responsabilidades perante os credores das sociedades. Vale dizer que somente os bens da sociedade seriam penhorados pelos credores e esse sistema facilita buscar amplamente os recursos na população.

Assim, é óbvio que em qualquer país as sociedades anônimas e as por quotas de responsabilidade limitada conseguem reunir maior atenção dos investidores. A peculiaridade do Japão em relação a outros países começa aqui. Como já dissemos anteriormente, tanto as sociedades anônimas, quanto as por quotas de responsabilidade limitada são sociedades onde acionistas e quotistas têm suas responsabilidades limitadas. A diferença entre elas está no fato de que as primeiras são estruturas para sociedades bem grandes e as outras são estruturas para sociedades que não são muito grandes. Do ponto de vista de regras empíricas temos, em verdade, que poucas são as sociedades anônimas para as de grande porte e muitas são as sociedades por quotas de responsabilidade limitada que são determinadas para as de menor porte. Se formos verificar as estatísticas de quaisquer países do mundo, iremos verificar a ocorrência dessa mesma realidade.

No Japão, entretanto, o número de sociedades anônimas é praticamente o mesmo das por quotas de responsabilidade limitada. E além disso, há um fenômeno peculiar de que as sociedades anônimas de portes muito pequenos ocupam a esmagadora maioria.

Em fim de dezembro de 1989, dentre 1.262.000 sociedades anônimas havia 28.000 com capital social acima de 100 milhões de ienes<sup>1</sup>, 399.000 com capital social acima de 10 milhões de ienes e abaixo de 100 milhões de ienes; e 835.000 com menos de 10 milhões de ienes.

Quando cada *tsubo* (3,3 m<sup>2</sup>) de terreno em Tóquio custa 10 milhões de ienes, é no mínimo estranho dizer que sociedades anônimas com capital social de 10 milhões de ienes a 50 milhões de ienes possam ser iguais aos mundialmente conhecidos Mitsubishi Corporation, Nippon Steel, Fuji Bank e outros. Mas, apesar de ser estranho, temos que encarar pela frente o fato de que as empresas que sustentaram o atual progresso da economia japonesa foram precisamente as grandes sociedades anônimas que são menos de 10% e as de pequenos e médios portes que são mais de 90% do total. Assim, não podemos expurgar estas últimas somente pelo fato de que os portes são por demais diferentes apesar de serem sociedades anônimas da mesma forma.

A questão é saber se estas sociedades anônimas de pequeno e médio porte cumprem os regulamentos específicos da Lei das Sociedades Anônimas elaboradas para as sociedades anônimas de grande porte. Se estiverem cumprindo, talvez não fosse conveniente modificar demasiadamente a situação atual, uma vez que se trata de um direito que regula as relações econômicas.

Na realidade, entretanto, não há o menor respeito pela Lei. Não há a publicação dos documentos contábeis nem realizações de Assembléias Ge-

rais ou reuniões de diretorias. O "Patriarca", dono da empresa, decide tudo. As reuniões familiares esporádicas como o encontro de Ano Novo são transformadas em Assembléias Gerais (não existem convocações formais, nem pautas a serem discutidas). Será que os diretores ali eleitos podem ser considerados como tais? Quais serão as conseqüências dos atos praticados por eles representando a empresa?

Quase todos os casos acerca das empresas no Japão se referem às sociedades anônimas de pequeno e médio porte que não cumprem a Lei. A Lei das Sociedades Anônimas foi originalmente elaborada tendo em vista um grande número de interessados, o que faz com que as regras sejam extremamente minuciosas e complexas. As sociedades anônimas de pequeno e médio porte, contudo, entraram no sol dos "S.A." somente pelo fascínio que o nome lhes traz. Assim, há pouco interesse no cumprimento da Lei, e efetivamente não há o cumprimento.

A reforma do Direito Comercial de 1990 levou em consideração estes fatos e visou legislar com o intuito de separar as grandes e pequenas sociedades. No início dos trabalhos de reforma, havia três propostas, a saber:

1. Somente as grandes empresas seriam sociedades anônimas e as pequenas e médias empresas seriam sociedades por quotas de responsabilidade limitada, e outros tipos de sociedade.
2. A denominação de Sociedade Anônima é atraente também para as sociedades de pequeno e médio porte. Assim, por exemplo, as grandes sociedades seriam sociedades anônimas abertas e as pequenas e médias sociedades seriam fechadas (ou "não abertas") e a Lei das Sociedades Anônimas daria tratamento diferenciado (contudo, se a sociedade é aberta ou fechada só é possível saber através de livros de registros).
3. Não haveria distinção clara entre as duas, e criar-se-iam dentro da mesma legislação sobre Sociedade Anônimas os regulamentos distintos sobre as grandes empresas e pequenas e médias empresas.

Do ponto de vista ideal, a opção seria naturalmente a primeira proposta.

Houve, contudo, ponderações no sentido de que a atual reforma não deveria modificar bruscamente a realidade e também houve manifestações de entidades de classe das empresas de pequeno e médio porte que tinham o orgulho de até hoje ter sustentado a economia japonesa. Por causa disso a terceira proposta foi adotada. Houve a adoção de sistema de Capital Social mínimo que até então não havia. No sistema da Lei das Sociedades Anônimas no Japão a situação deve melhorar um pouco porque não se poderá mais constituir S.A. com Capital Social menor do que 10 milhões de ienes.

Podemos afirmar que se trata de uma melhoria, se formos considerar que até 1981 era possível constituir uma sociedade anônima com 7 fundadores cada qual com uma ação de 500,00 ienes num total de 3.500,00 ienes e a partir de 1981, com 350.000,00 ienes, ou seja, 50.000,00 ienes X 7 fundadores.

1. Equivalente a cerca de US\$800.000,00 a câmbio de 130 ienes por dólar.

Resta ainda uma grande questão para saber se é razoável poder constituir uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada por uma soma que sequer poderia adquirir um apartamento em Tóquio, pelo nível do custo de vida no Japão de hoje.

Se formos cogitar na maneira de ser do Direito, ou na busca ideal de uma sociedade anônima, diríamos que a primeira proposta é que seria a mais adequada. Se as coisas continuarem como estão, haverá a continuidade de uma situação incompreensível de coexistência das sociedades anônimas de pequeno e médio porte e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada que são empresas do mesmo tipo, sem que possa alcançar os ideais do Direito.

### *Grupo de empresas<sup>2</sup>*

Esta é também uma das peculiaridades estruturais das empresas japonesas. Há quem diga que no Japão não existe uma empresa que não esteja de alguma forma agrupada com outra empresa. Este laço que une uma empresa à outra pode ser representada pela propriedade de ações de uma empresa pela outra, propriedade recíproca das ações, *joint venture*, envio de diretores, relacionamento familiar, cartéis e outros tipos de associação.

É claro que podemos afirmar ser esta uma tendência mundial, mas no caso do Japão em especial, existe a peculiaridade de quase todas as empresas estarem, de alguma forma, vinculadas às empresas dos antigos conglomerados econômicos, os *zaibatsu*, que apesar de terem sido desmembradas no período pós guerra, hoje estão completamente ressuscitadas.

Além disso, é muito freqüente haver algum tipo de grupo centralizado nas instituições bancárias. Vale dizer, os bancos enviam seus funcionários (gerentes aposentados ou mesmo diretores da ativa) às empresas tomadoras de empréstimos, na qualidade de diretores ou membros do conselho fiscal a fim de "fiscalizar" suas atividades. Isto não significa que os bancos possuam poderes de comando sobre outras sociedades (juridicamente, o banco teria de possuir a maioria simples do total de ações), mas acabam tendo poderes de comando de fato sobre a empresa.

A propósito: por que este tipo de grupo de empresas ou submissão ao comando de outras empresas se tornam problemas? A Lei das Sociedades Anônimas, vigente até então, possuía um sistema de proteção de acionistas e credores apenas com determinado tipo de empresas como objeto de regulamentação legal. Ocorre que, por ter como objeto apenas um determinado tipo de empresa e a lei se preocupar apenas com a questão de proteção de interesses de pessoas a ela relacionadas, as questões jurídicas emergentes já não mais podiam ser resolvidas como nos casos dos conglomerados econômi-

cos, *zaibatsu*, ou dos bancos acima referidos. O que ocorria objetivamente era que, apesar de a lei determinar que os acionistas elegiam os diretores e estes administravam a empresa de acordo com a vontade dos acionistas, na verdade os diretores eleitos passariam a temer o diretor enviado pelos bancos e a empresa passava a ser administrada de acordo com a vontade deste. Assim, a empresa passa a ser administrada não pela vontade do acionista que é o investidor (proprietário) mas pela vontade do banco que é credor. Além disso, se formos falar de uma empresa afiliada (controle acionário), pode acontecer que a empresa mãe acabe absorvendo quase todo o lucro da empresa subsidiária e acabe por esvaziá-la de fato. Num caso desses, qual a atitude a ser tomada pelos acionistas e credores desta empresa afiliada? A empresa é uma pessoa jurídica e considera-se que é provida de uma personalidade jurídica a exemplo do ser humano. Funciona ali o princípio da distinção de personalidade jurídica e os acionistas bem como os credores, nada podem fazer. Se a lei trata de regulamentar o caso de uma única empresa não mais é possível fazer face a este tipo de fenômeno moderno acima descrito.

É chegado o momento de mudarmos o enfoque da legislação societária do nível de átomo para o nível de molécula. O que até agora era uma empresa independente, passa num determinado momento, a ser administrado de alguma forma por uma outra empresa. Pela legislação societária até então vigente, nada poderia ser feito mesmo que a empresa controladora fizesse o que quisesse com a controlada. Isto porque a legislação possuía o enfoque de "átomo". Transformá-la num enfoque de "molécula" significa dar maior atenção ao sentido de grupo podendo transformar o acionista da empresa controlada num acionista de empresa controladora, ou que os credores da empresa controlada possam cobrar a dívida da empresa controladora.

Do ponto de vista de direito comparado apenas o Brasil e a Alemanha possuem a legislação concernente a grupo de empresas. Há uma tendência de legislar nesse sentido no projeto da legislação societária do Mercado Comum Europeu e da França. No Japão, o assunto foi discutido nos meios acadêmicos em 1972 e por ocasião da reforma legislativa de 1975 a Dieta votou uma decisão anexa no sentido de introduzir o sistema de grupo de empresas com a necessária brevidade. Contudo, isto ainda não se concretizou.

Enquanto o Estado não possuir uma legislação ou um sistema legislativo acerca de grupo de empresas, podemos dizer que no mundo jurídico este ainda não atingiu a maioridade. Nesse sentido podemos dizer que o Brasil é um dos dois únicos Estados que atingiu a maioridade. Resta saber se o sistema funciona de fato. Entendemos que o transplante quase que integral da legislação alemã sobre o grupo de empresas somente terá vida se houver uma boa administração. Parece, contudo, que a pressa no transplante fez com que não se observasse os sentimentos jurídicos e a existência de uma situação real.

2. A Lei das Sociedades Anônimas brasileira chama de "Grupo de Sociedades" (Art. 265 e segs., Lei 6404/76).

## *Peculiaridades das Grandes Empresas e as de Pequeno e Médio Porte e a Maneira de Ser do Direito*

Se nós formos observar cada uma das empresas japonesas de *per si* notamos a existência de muitas peculiaridades próprias do Japão. A fim de fazer face a estas peculiaridades, a Lei passou por diversas reformas no período pós guerra. A Reforma de 1990 pode ser considerada como uma seqüência da Reforma de 1981. Devemos raciocinar que estas duas Reformas devem ser consideradas como uma só. A Reforma de 1981 trata das grandes sociedades que constituem um dos extremos da estrutura bipolar de que tratamos. Se formos tomar como exemplo um veículo com um eixo, trata-se de uma das rodas e a Reforma de 1990 acerca das pequenas e médias empresas pode ser considerada a outra roda. No caso do Japão, a compreensão é mais fácil se formos dividir o assunto em questões de grandes e pequenas empresas dentro de uma estrutura e as questões peculiares às grandes empresas e pequenas e médias empresas que passaremos a discutir.

### *Problemas das sociedades anônimas de grande porte*

Devemos citar, em primeiro lugar, a falta de funcionalidade da Assembléia Geral dos acionistas. A Assembléia Geral dos acionistas seria o órgão máximo de decisão e trata dos assuntos fundamentais da empresa através dos debates entre os acionistas. Isto na verdade quase não funciona. Segundo os jornais, a duração média das Assembléias Gerais é de vinte a trinta minutos. Conseguem liquidar uma reunião dessa envergadura onde se decidem todos os documentos contábeis do ano fiscal, determinam os dividendos sobre os lucros e elegem a diretoria num período de tempo tão curto.

A grande causa é a falta total de interesses dos acionistas nas Assembléias Gerais. A mentalidade de cem milhões de pessoas que constituem a classe média japonesa é no sentido de destinar algum recurso que esteja sobrando nos investimentos em ações a fim de ganhar alguma coisa mais. Assim, eles são insensíveis às crises e tampouco se conscientizam de que a empresa está sendo administrada com seus preciosos recursos. Tal desinteresse é ainda mais acelerado devido à existência de "acionistas profissionais", que atuam nas Assembléias Gerais, bem como a propriedade recíproca das ações entre as empresas.

O fenômeno dos "acionistas profissionais" é peculiar ao Japão. Normalmente, são constituídos por "pseudo-economistas", membros do crime organizado e ativistas da direita. Tomando conhecimento, por exemplo, de algum escândalo de membro da diretoria, o "acionista profissional" passa a exigir o pagamento de uma soma em dinheiro da empresa e se for atendido prestam o "serviço" de conduzir a Assembléia Geral de uma forma favorável. Assim, a Assembléia Geral se transforma num palco de encenação entre a administração e os acionistas profissionais. Os acionistas de boa fé acabam se

afastando uma vez que não lhes é dado oportunidade para o uso de palavras. Se alguém o fizer, imediatamente são cobertos por gritos de "acionistas profissionais" pedindo para dar prosseguimento à ordem do dia. Esta é a razão pela qual se diz que a Assembléia Geral é um palco de encenação sem assistência.

A outra razão se relaciona com o grupo de empresas referido acima. Se as empresas possuem reciprocamente as ações de outras empresas poderá haver um conluio nas administrações de tal forma que possam conservar os seus poderes indefinidamente, além de conduzir as decisões de acordo com as suas conveniências. Pelo volume de capital, por mais que congregue o número de pessoas físicas, não será possível vencer as pessoas jurídicas que venham a possuir ações de outras empresas.

Nas empresas cujas ações são negociadas nas bolsas é possível tomar o poder de administração com 5 a 10% de suas ações. Isto se deve à dispersão das ações devido ao aumento do número de acionistas individuais, bem como a inépcia da Assembléia Geral. Assim, se as empresas A e B possuem reciprocamente as ações uma da outra são feitos acordos no sentido de que o diretor da empresa B irá fazer uso do direito de voto na assembléia geral da empresa A e na Assembléia geral da empresa B usará do direito de voto o diretor da empresa A. Essa é a situação que emergirá do conluio acima mencionado.

Por essas razões, os acionistas acabaram se distanciando das assembléias gerais e somente se cogitou em reparar a situação por ocasião da Reforma legislativa de 1981. Assim, as empresas que fizeram acordos com "acionistas profissionais" serão punidas juntamente com estes. Além disso, acima de uma determinada percentagem (1/4) as ações reciprocamente possuídas não terão direito a voto. Isso conseguiu diminuir as atividades dos "acionistas profissionais" por dois ou três anos após a Reforma, mas existem tendências recentes de que eles voltaram a agir. Por outro lado, quanto à propriedade recíproca das ações quase não funcionaram porque os limites das proporções eram demasiadamente altos. Conseqüentemente, somos obrigados a raciocinar que não haverá mudanças com a Reforma se não houver um pouco mais de transformação na mentalidade do povo japonês. A falta de conscientização de seus direitos, isto é, a falta de pensamento de ser investidor e portanto ser o proprietário da empresa, concomitantemente com a idéia de que isso o tornaria diretor para administrar a sua própria empresa, é que se configura a peculiaridade do acionista japonês.

A falta de interesse dos acionistas pela empresa se relaciona com o desrespeito da administração para com os acionistas. Uma das peculiaridades das empresas japonesas é o baixo valor dos dividendos. Os acionistas que se contentam em ganhar alguma coisa com a venda das ações praticamente não se interessam com o que acontece na administração. Com isso, a administração procura minimizar o valor dos dividendos, retendo o saldo dos lucros dentro da própria empresa. Este fato em si não infringe a legislação, mas po-

de ser apontado como uma postura do administrador em querer se aproveitar do desinteresse dos acionistas.

Uma outra conseqüência é a inexistência do direito de subscrição de novas ações aos acionistas. Pela introdução do sistema americano após a Segunda Guerra Mundial, não houve necessidade de dar o direito de subscrição de novas ações aos acionistas para facilitar o aumento de capital. Pensamos, contudo, que seria ideal e também racional que por ocasião do aumento de capital começasse a buscá-lo a partir dos próprios acionistas. Se qualquer um pudesse participar do aumento diminuiriam as proporções dos antigos acionistas e como haveria a dispersão das ações desta empresa no mercado poderia resultar na queda dos valores destas ações.

Pensamos assim, que devemos reestruturar o sistema da legislação societária distorcida com a introdução do sistema americano após a Segunda Guerra Mundial. Consideramos que o primeiro passo para esta tentativa é o ressurgimento do direito de subscrição de novas ações aos acionistas das pequenas e médias empresas introduzido na reforma legislativa de 1990. Entendemos teoricamente que o direito de subscrição de novas ações faz parte de todo o sistema acionário; assim, a mesma reconsideração deve ser feita em relação também às grandes empresas.

A última questão e que também é peculiar às grandes sociedades anônimas é a estruturação do seu corpo de administradores e relacionado a este, o mecanismo de fiscalização. Isso também faz parte de uma peculiaridade inerente ao sistema japonês. Possui uma relação direta com o sistema de emprego vitalício ou com a estrutura vertical da sociedade japonesa.

No Japão, a Assembléia Geral dos acionistas é o órgão máximo de decisão nas empresas, e esta elege a Diretoria e o Conselho Fiscal. E dentre os diretores se elege o diretor com poderes de representação. O sistema de o diretor com poderes de representação ser eleito entre os demais diretores significa portanto, que está estruturado no fato de aqueles que o elegeram poderem fiscalizar o eleito com base no direito de eleição. Contudo, dentro da realidade de emprego vitalício o diretor com poderes de representação se coloca no topo do sistema e na verdade, aquele que chega ao topo acaba escolhendo de fato e pela ordem outros diretores e o diretor com poderes de representação. Verificamos ali uma completa separação entre a lei e a realidade. Dentro dessa realidade é impossível imaginar que o diretor escolhido pelo diretor com poderes de representação possa vir a fiscalizá-lo. Pensamos que provavelmente a posição da lei é a correta. Na realidade, devemos reparar o erro existente com humildade, e aqui voltamos a lembrar da importância da conscientização dos acionistas como os verdadeiros proprietários da empresa.

Existe, por outro lado, o sistema de conselho fiscal que atendendo a vontade dos acionistas que elegeram a diretoria, vai fiscalizar os atos desta, estando fora do controle dela. Devemos, contudo, reconhecer que este sistema também não funciona a contento. Quem deveria fiscalizar os atos dos di-

retores seriam os acionistas que os elegeram. O conselheiro fiscal está na posição de fazê-lo no lugar dos acionistas. Mas isto também não funciona, dentro do sistema de emprego vitalício e da inépcia da assembléia geral. Se formos considerar que dentro do sistema de emprego vitalício os cargos de diretores ou dos diretores com poderes de representação constituem o topo dessa carreira, o conselheiro fiscal se situa como um cargo de "misericórdia", um pouco afastado da verdadeira glória na carreira do funcionário (às vezes se torna um cargo honorífico daquele que chegou a diretor com poderes de representação). De que forma essas pessoas poderiam fiscalizar o comportamento dos diretores que os nomearam para o cargo? A realidade, portanto, é bem distante do ideal concebido pela Lei.

É engano, porém, considerar o sistema de emprego vitalício como a fonte de todos os males. O sistema se encontra profundamente enraizado no sistema japonês (deverá prosseguir por mais dezenas de anos dentro da consciência de classe média, dos cem milhões de habitantes, bem como da empresa com alto nível de escolaridade), aumentou a consciência do funcionário de pertencer à empresa e sem dúvida, ajudou a construir a prosperidade do Japão de hoje. Somos obrigados a pensar que o erro teria sido introduzir o sistema de diretoria no estilo ocidental, formado por profissionais de administração, numa base de usos e costumes como a japonesa.

Então, qual o sistema a adotar? Não se poderia responder de imediato, mas houve grandes discussões durante o trabalho preparatório que conduziu a Reforma Legislativa de 1990. Não se trata da fiscalização de todos os atos dos diretores, mas refere-se à fiscalização externa dos documentos contábeis que é um assunto da maior importância para os clientes da empresa. Tentou-se impor a auditoria fiscal independente (observe-se que o exame de aptidão para auditor fiscal público é um dos quatro concursos oficiais mais difíceis do Japão) a todas as sociedades anônimas, embora pelo sistema atual somente as empresas de grande porte (com capital social acima de 500 milhões de ienes ou dívida acima de 20 bilhões de ienes) estejam obrigadas a se submeterem. É chamada de auditoria externa pelo fato de ser feita por elementos estranhos à empresa, e teria sido uma grande alternativa para a solução do problema.

Acabou, contudo, não acontecendo. Isto porque pelo sistema de auditor fiscal público, introduzido após a Segunda Guerra Mundial e, não existe número suficiente de profissionais para efetuar os trabalhos de auditoria em todas as sociedades anônimas. Haveria uma profissão semelhante, *zeirishi* (uma espécie de contador), mas este não teria capacidade para efetuar auditorias. Houve fortes pressões da associação de classe dos *zeirishi*, mas concluiu-se que estes não teriam teoricamente capacidade nem qualificação para auditoria.

Numa sociedade por quotas de responsabilidade limitada somente o ativo da sociedade se torna alvo de atenção dos credores. Assim, a otimização do controle e administração desse ativo, afinal, se relaciona com a fis-

calização dos atos dos diretores. Ocorre que não foi possível a implantação do sistema. Temos assim, a impressão de que a solução dos problemas de administração e fiscalização ficou incompleta. O problema deste segmento é que as peculiaridades do Japão, como o sistema de emprego vitalício, ainda não se encontram suficientemente refletidas no universo do Direito.

### *Os problemas das sociedades anônimas de pequeno e médio porte*

A Reforma Legislativa de 1990 cuidou principalmente desta questão. Objetivamente, a criação do sistema de capital mínimo acima mencionado, facilidade no procedimento de constituição, a criação de sociedade unipessoal, a regulamentação do direito de subscrição dos acionistas nas empresas com restrição à transferência etc. Gostaríamos de comentar alguns pontos considerados peculiares ao Japão tendo em vista o ideal que a lei pretende atingir.

Falemos rapidamente da facilidade de constituição. Havia no Japão dois sistemas, a saber: constituição através da subscrição particular de ações, (somente com a participação dos acionistas fundadores e portanto adequado para as pequenas empresas) e a constituição através da subscrição pública (os terceiros interessados além dos fundadores podem se tornar acionistas originários). Como não havia a fiscalização de terceiros na constituição através da subscrição particular de ações, deveria haver a interveniência da Justiça a fim de evitar ilegalidades. A fim de evitar tal interveniência as constituições que deveriam ser feitas através de subscrições particulares eram feitas através de subscrições públicas (os amigos e conhecidos ingressavam como terceiros). Assim, na Reforma Legislativa raciocinou-se em termos de não permitir fraude à lei regulamentando-a devidamente, fazendo com que ambos os procedimentos de constituição fossem semelhantes.

Temos a questão das empresas com acionistas proprietários. Uma delas é a chamada empresa unipessoal onde o "patriarca" é o único acionista da empresa. Pela legislação societária até então vigente deveria haver sete fundadores por ocasião da constituição. Assim, tomavam-se nomes emprestados na ocasião a fim de completar o número e depois acabava se transformando numa sociedade unipessoal já que todas as ações eram transferidas para uma única pessoa. A Reforma Legislativa de 1990 permitiu a existência da sociedade unipessoal desde o início da constituição. Isto se deveu às fortes gestões por parte das pequenas e médias empresas, bem como o raciocínio de que se fosse para permitir este tipo de fraude deveriam desde o início admitir a sua existência.

Gostaríamos de raciocinar no porquê desta questão. Pensou-se que haveria uma contradição teórica entre a natureza de pessoa jurídica com fins lucrativos (sociedade anônima) com a sociedade unipessoal. Vale dizer, pessoa jurídica significa um grupo de pessoas e sociedade unipessoal não preenche tal requisito. Até agora, a explicação teórica dada era no sentido da existência de personalidade jurídica latente (uma vez que havia mais de uma

ação e seria possível ampliar para um número composto de acionistas). Contudo, se a sociedade pode ser constituída com uma única pessoa, questiona-se se a explicação teórica acima mencionada seria válida (devemos considerar que esta teoria é demasiadamente calcada em suposições já que provavelmente, o "patriarca" desde o início, não possui quaisquer intenções de alienar as ações para terceiros).

Entendemos que a sociedade particular, na verdade, deve ser de responsabilidade ilimitada, mas com o aproveitamento desse sistema, ela se torna de responsabilidade limitada. Essa questão deve ser tratada através de uma outra legislação. Se nós formos cuidar desse assunto no âmbito da Lei das Sociedades Anônimas, temos a impressão de que pode trazer graves influências na teoria concernente à própria essência da empresa.

Quanto a esta essência, que o Direito Francês denomina de "société" e o Direito Brasileiro de "sociedade", assim como outros países latino-americanos, podemos dizer que é a adoção da estrutura contratual. No Japão, encara-se a empresa como uma das formas de associação, exigindo, portanto, uma ação conjunta. De qualquer forma, haveria necessidade de um pluralismo de pessoas. Na França também se admite a constituição de sociedade unipessoal, mas nesse caso a doutrina não utiliza a teoria contratual e lança mão da teoria institucional. A explicação se torna difícil, de qualquer forma, se não raciocinarmos em termos de mudança da essência integral das sociedades anônimas ou numa peculiaridade especial, das sociedades unipessoais.

Quanto ao acionista proprietário existe ainda uma outra questão de natureza grave. Trata-se da teoria jurídica que nega a sua personalidade jurídica. Numa sociedade unipessoal em que o "patriarca" é o acionista único e também diretor, dependendo de como se conduzirem os negócios da sociedade, existiriam diversas formas de malversá-la.

Digamos que, exemplificativamente, o "patriarca" celebre um contrato com o outro empresário do mesmo ramo, de não efetuar operações comerciais na vizinhança. Seria possível o "patriarca" constituir uma sociedade e fazer com que esta venha a efetuar atividades comerciais naquele lugar?

Imaginemos a celebração de um negócio entre uma sociedade unipessoal e uma outra pessoa. Os bens do "patriarca" são consideráveis mas o ativo da sociedade é mínimo. Se a contraparte nos negócios vier a pedir o pagamento das operações comerciais à sociedade e esta não puder honrá-lo, seria possível executar os bens pessoais do "patriarca"?

Se partirmos da teoria da distinção das personalidades jurídicas devemos considerar que o "patriarca" e a sociedade unipessoal são pessoas distintas.

Nos Estados Unidos atribuem-se responsabilidades ao acionista proprietário dentro do princípio "disregard of corporate fiction" ou "lifting the veil". Pelo fato de os Estados Unidos, diferentemente do Japão, adotarem basicamente os princípios de "jus non scriptum" e do "Common Law" possibilita-se tal tipo de solução com relativa facilidade. No Japão, pelo fato de

adotar-se o sistema de legislação codificada não se pode decidir levando em consideração apenas os interesses das partes, se não houver um fundamento na lei. É claro que mesmo no Japão, num caso desses, esforça-se para responsabilizar o proprietário tendo como base abusos de direito. Contudo, existem limites nesse esforço: Atrás disso, não podemos deixar de observar as diferenças acerca das visões sobre o Estado, ou associações. Vale dizer, nos países onde o conceito de Estado se baseia na teoria de contrato social, é possível encarar a pessoa física dentro do Estado ou da associação tal como ela é. Isso porque se raciocina em termos de que o grupo de pessoas físicas constitui o Estado ou as associações e estes não passam de véus a encobrir as pessoas físicas.

No caso do Japão, entretanto, havia o Estado em primeiro lugar. E havia o fundamento de que não existiriam associações que não fossem reconhecidas pelo Estado. Aqui se raciocina em termos de existência de fato do Estado e das associações. Assim, as pessoas físicas que os constituem possuem a característica de desaparecerem dentro do Estado ou das associações. A visão do que seja a empresa também está alicerçada neste raciocínio. E, portanto, é difícil aceitar idéias como as do direito americano em colocar em evidência a pessoa física retirando-lhe o véu ou desprezando-lhe o véu da personalidade jurídica.

Não seria possível solucionar satisfatoriamente a situação da malversação do sistema de sociedade anônimas pelas sociedades particulares, através de teorias emprestadas do direito americano. Assim, a Reforma Legislativa de 1990 procurou responsabilizar os acionistas proprietários. Entretanto, esta tentativa foi frustrada na fase imediatamente anterior à promulgação e a solução dessa questão acabou entregue à doutrina. A jurisprudência prefere adotar a doutrina de "negação da personalidade jurídica" do acionista proprietário. E, assim, talvez não haja dificuldades na solução de problemas surgidos de fato, mas não podemos nos conformar satisfatoriamente como base de um fundamento doutrinário.

### Conclusão

Buscar a adequação à realidade, sempre *a posteriori*, é um triste destino do Direito. Principalmente na área do Direito Comercial em que se regulamentam as atividades econômicas das empresas pelo fato dos fenômenos econômicos progredirem mais rápidos que o Direito, este acaba sofrendo um atraso em relação àqueles.

O Direito Comercial, embora perseguindo a realidade, deve se esforçar a fim de se aproximar passo após passo da imagem ideal das empresas. Neste esforço, devemos estudar com afinco as peculiaridades das empresas dos diferentes países a fim de contribuir na elaboração e na administração das nossas leis.

Procuramos neste artigo visualizar uma série de problemas do ponto de vista crítico. O Direito Comercial Japonês, contudo, está finalmente conseguindo aos poucos se adequar às peculiaridades de suas empresas, deixando de ser um Direito "emprestado". Daqui a dez anos possivelmente teremos a legislação sobre o grupo de empresas e estamos certos de que o Direito Comercial se apresentará numa legislação societária com estruturas moleculares.

Traduzido por Masato Ninomiya, professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Poema da 4ª Capa

*Kusa fukaku aretaru yadono  
tomoshibino kazeni kienuwa  
hotarunarikeri.*

Luzes na pousada  
tomada por vegetação  
no vento resistem  
- vagalumes

*Wakan Rōeishū, poema 190, ano 1013 (autor desconhecido)*