

GOVERNANÇA CORPORATIVA, FACULDADE OU DEVER?

Uma análise sob a ótica da autonomia privada da vontade

CORPORATIVE GOVERNANCE, A FACULTY OR A DUTY?

An analysis from the perspective of private autonomy of the will

Luciana Lima Grandinetti

RESUMO

Os limites de atuação do Poder Estatal ainda não estão devidamente delimitados. O grande desafio é reconhecer as atuações Estatais que, respeitando o princípio da livre iniciativa, concede autonomia aos entes privados ao mesmo tempo em que direciona suas atividades para os fins coletivos. É sob este aspecto que será analisada a Governança Corporativa, sua importância no ambiente empresarial, assim como as medidas tomadas pelo Estado a fim de levar as empresas a adotar suas medidas.

A Governança Corporativa busca alocar direitos de controle e decisão a pessoas que tenham a informação e a capacidade técnica e intelectual necessária ao gerenciamento de uma empresa de modo eficiente. Através do princípio da equidade, a governança busca mitigar um dos maiores problemas empresariais da atualidade, o conflito de agência. Desta forma, o instituto da Governança Corporativa trás princípios de valor incontestável para a perenidade das empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia privada; Governança Corporativa; Conflito de Agência.

ABSTRACT

The limits of action of the State are not properly delimited. The challenge is to recognize the State actions that, respecting the principle of free enterprise, provide autonomy to private entities while guide its activities to the collective purposes. It is

under this aspect that will be examined the Corporate Governance, its importance in the business environment, as well as actions taken by the State in order to encourage companies to adopt the Corporate Governance.

The Corporate Governance seeks to allocate the power of decision to persons who have the information and expertise necessary to managing a business efficiently. Through the principle of equity, governance seeks to mitigate one of the major business problems of today, the agency conflict. Thus, the Institute of Corporate Governance has undeniable value to the sustainability of companies.

KEY WORDS: Private Autonomy; Corporate Governance; Agency Conflict.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Privado é marcado pela sua autonomia, pela ampla gama de discricionariedade de seus membros. Prevalece o princípio da livre pactuação, bastando, em regra, a manifestação da vontade e o consenso entre as partes.

A Constituição Federal de 1988 reconhece a autonomia do Direito Privado ao insculpir como Princípio Fundamental a livre iniciativa,

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Este princípio possui tal importância que sua previsão ocorreu novamente no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, no seguinte teor: “A ordem econômica,

fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

A concepção do princípio da livre iniciativa da Carta Magna esta atrelada a vários outros princípios de igual importância social, tais como, a dignidade humana, os valores de bem estar social (função social), livre concorrência e meio ambiente sustentável. A hermenêutica atual deste princípio vem a encorajar que a atuação empresarial seja realizada de modo a promover o empreendedorismo e os meios de produção, concretizado através de uma política de respeito aos ideais da comunidade, tais como o pleno emprego, a justiça social, respeito ao meio ambiente em sentido amplo entre outros.

Ou seja, sob a perspectiva do Direito Moderno, a livre iniciativa não ocorre sem regulamentação. A liberdade do âmbito privado não é plena e encontra algumas limitações legais.

Existe portanto uma dicotomia entre o direito a livre iniciativa e os interesses sociais. A coexistência entre o princípio da livre iniciativa e o da função social é o grande desafio da modernidade. Os limites de atuação do Poder Estatal ainda não estão devidamente delimitados. Historicamente conhecemos sociedades totalitárias, em que praticamente não era reconhecida a liberdade empresarial face a grande intervenção estatal; assim como sociedades regidas pelo chamado *laissez faire*, ou seja, com ampla atuação empresarial e um Estado que pode ser tido por alguns como omissor.

O grande desafio é reconhecer as atuações Estatais que, respeitando o princípio da livre iniciativa, concedem autonomia aos entes privados ao mesmo tempo em que direciona suas atividades para os fins coletivos.

Neste contexto o presente trabalho busca analisar os limites do poder do Estado ao determinar a atuação empresarial. Como existem inúmeras formas de intervenção do poder estatal na esfera empresarial escolhi estudar os esforços para que as empresas adotem as boas práticas de Governança Corporativa. Para tanto, será necessário analisar

qual a importância deste instituto, assim como a conceituação e delimitação da autonomia da vontade como forma de promoção da liberdade de iniciativa.

2 GOVERNANÇA CORPORATIVA

O fenômeno da globalização, que se processou na última década, originou o movimento da Governança Corporativa, que se apresenta como uma busca pela equidade neste quadro de conflito entre os detentores de poder (Henry Ford) e os investidores (Dodge), chamado conflito de agência.

“Governança Corporativa é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria independente e Conselho Fiscal. As boas práticas de Governança Corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade.” (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, IBGC)

O conflito de agência se fez presente a partir do fenômeno da separação entre a propriedade e a gestão empresarial. O “principal”, titular da propriedade, delega ao agente o poder de decisão sobre essa propriedade. Porém, os interesses daquele que administra a propriedade nem sempre estão alinhados com o do titular, originando o conflito de agência. Neste diapasão, a preocupação maior é criar mecanismos eficientes para garantir que o comportamento dos executivos esteja alinhado com o interesse dos acionistas.

A Governança Corporativa, então, busca alocar direitos de controle e decisão a pessoas que tenham a informação e a capacidade técnica e intelectual necessária ao gerenciamento de uma empresa de modo eficiente, tendo os controladores responsabilidade perante todos os demais participantes que têm o seu investimento em risco. Surge, então, a figura do Conselheiro Profissional. A governança procura, desta forma, evitar o cenário que ocorria até bem pouco tempo em que os presidentes de empresas escolhiam seus conselheiros entre amigos ou nomes conhecidos do universo corporativo sem a análise de seu currículo profissional, o que facilitava a ocorrência de

conselheiros despreparados e que agiam na defesa de seus interesses particulares. Tal prática é a origem de diversos problemas empresariais, como: abusos de poder, conflito de interesses, erros estratégicos e fraudes (como o uso de informação privilegiada em benefício próprio).

Estes problemas ferem o princípio da função social da empresa, pois as referidas práticas podem levar a sociedade à falência, o que afetaria a circulação de riquezas, deixaria várias pessoas desempregadas, assim como a perda do dinheiro de diversos investidores, como no caso da empresa americana “Enron”. A falência desta grande empresa norte-americana do setor de energia tomou lugar na mídia ao ser constatado que houve maquiagem nas suas demonstrações financeiras para projetar uma falsa sensação de segurança.

Essa mudança de cenário, para os conselheiros profissionais, deve-se em parte à Lei Sarbanes-Oxley (SOX), aprovada pelo Congresso norte-americano em 2002. Ela se aplica às empresas brasileiras que possuem programas de ADRs (American Depositary Receipts) e às subsidiárias de organizações estrangeiras com ações negociadas nos Estados Unidos. Os dispositivos da SOX foram disseminados no Brasil não apenas pelo IBGC, mas também pela Bovespa, pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM – e principalmente pela criação do mercado Novo da Bovespa, que exige um conselheiro independente nas empresas, para legitimar sua reputação.

O Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, elaborado pelo IBGC, estabelece como princípios básicos para as empresas a transparência (Disclosure), a prestação de contas (Accountability) a equidade (Fairness – justiça entre os acionistas minoritários) e a responsabilidade corporativa, que envolve o equilíbrio entre os desempenhos econômico-financeiro, ambiental e social. Estabelece, também, que o sistema reconheça os direitos de outras partes interessadas, previstos por lei ou por acordos mútuos, e estimule a cooperação ativa entre corporações e as partes interessadas, para criar riqueza e empregos de forma sustentável.

Atualmente, diversos fatores influenciam e funcionam como verdadeiras pressões para a adoção das práticas de Governança Corporativa. Um deles, como dito anteriormente, é a necessidade de obtenção de recursos ao menor custo possível. Quando a empresa utiliza tanto capital de terceiros (por exemplo via emissão de debêntures) quanto capital próprio (via emissão de ações) para financiar seus investimentos, neles estão embutidos custos. O aumento da demanda de investidores pelos papéis da empresa diminuiu consideravelmente o custo de seu capital, aumentando significativamente o valor da empresa e proporcionando-lhe maior competitividade no mercado.

Porém, nos dias atuais, os investidores utilizam como critérios para escolher uma empresa não apenas os resultados finais desta, mas também a posição da empresa no que tange a questões ambientais, sociais e de governança (ESG – Environment, Social and Governance). O investidor busca segurança, e para tanto precisa saber como o dinheiro investido está sendo aplicado – transparência –; que terá voz ativa quanto a aplicação do mesmo, independentemente de quem seja o controlador – equidade –; e que a empresa pauta suas ações em conformidade com as normas ambientais, segurança do trabalho, normas tributárias. Tais fatores são determinantes na perenidade de uma empresa, garantem que ela dará retorno lucrativo também a longo prazo.

Objetivando a perenidade das empresas, a Organização das Nações Unidas – ONU – criou os Princípios para Investimento Responsável (PRI). O processo foi supervisionado pela Iniciativa Financeira do Programa das Nações Unidas para o meio ambiente (Pnuma) e pelo Pacto Global das Nações Unidas. De acordo com o ex-secretário-geral das Nações Unidas, Kofi Annan, “os princípios fornecem um marco para o alcance de melhores retornos de investimentos de longo prazo e mercados mais sustentáveis”. (PRINCÍPIOS, 2006) Os Princípios para o Investimento Responsável são baseados em seis compromissos básicos:

- ➔ Incluir questões ambientais, sociais e de governança em análise de investimento e processos de decisão;

- ➔ Ser proprietário ativo e incorporar os temas de ESG nas políticas e práticas de detenção de ativos;
- ➔ Buscar a transparência adequada nas empresas em que investe nas questões de ESG;
- ➔ Promover a aceitação e adoção dos princípios no conjunto de investidores institucionais;
- ➔ Trabalhar para reforçar a eficiência na adoção do PRI;
- ➔ Divulgar as atividades e os progressos em relação à adoção dos princípios. (PRINCÍPIOS, 2006)

Neste contexto, os investidores, como forma de obtenção de capital a custos mais baixos, constituem principal forma de atrativo à adoção das práticas da boa governança, uma vez que estes procuram investir nas empresas que as adotem.

Em adição aos estímulos para a adoção da Governança Corporativa, estão o Banco Mundial e o FMI que consideram a adoção de tais práticas como parte da recuperação dos mercados mundiais. Em 1999, o Banco Mundial lançou junto com a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – o “Global Corporate Governance Forum” com o objetivo de dar abrangência, importância e visibilidade ao tema. Em adição, a OCDE promove periodicamente, em diversos países, mesas de discussão e avaliação do desenvolvimento da governança. O G7, grupo das nações mais ricas do mundo, considera a governança corporativa o mais novo pilar da arquitetura econômica global.

Já no âmbito nacional, também há incentivos à adoção das práticas de governança. Entre as principais iniciativas de estímulo e aperfeiçoamento ao modelo de Governança das empresas do país, destacam-se as reformas na Lei das Sociedades Anônimas, a criação do Novo Mercado pela Bolsa de valores de São Paulo – Bovespa, as linhas de crédito especiais oferecidas pelo BNDES, as novas regras de investimento por parte de fundos de pensão e o projeto de reforma das demonstrações contábeis.

3 A NOVA LEI DE SOCIEDADE ANÔNIMA

A problemática dos conflitos de interesses, abuso do direito de voto ou do direito de controle, assim como a crescente necessidade de fortalecer o mercado de capitais no Brasil consubstanciaram na reforma da Lei de Sociedade Anônima. Tal alteração foi inspirada na temática da Governança Corporativa, uma vez que buscou atribuir maior transparência e credibilidade às empresas. Na concepção dos autores do projeto que veio a ser aprovado, o conceito primordial para atingir maior eficiência é a harmonização dos interesses envolvidos, considerando um equilíbrio entre controladores e não controladores, numa realidade empresarial mais democrática. Evidencia tal alegação a exposição de motivos do projeto de lei que se transformou na lei 6404 que destacava que o fortalecimento do mercado de capitais dependia de assegurar aos minoritários, não controladores, maior segurança e rentabilidade através de regras definidas e equitativas.

Em virtude de experiências anteriores, o mercado aprendeu a dar valor às proteções oferecidas pela Governança Corporativa. Dentre essas experiências, podemos citar as privatizações ocorridas no Brasil. Nesta época, a reforma da lei 6404 ocorrida em 1997 pela lei 9457, teve como objetivo facilitar as privatizações, retirando o tag along da lei de Sociedades Anônimas, fortalecendo, assim, a figura do controlador. A grande crítica é que a preocupação do controlador na venda foi a obtenção do prêmio de controle. Segundo Pedro Damasceno, sócio da Dynamo (VIEIRA, 2007) “o tag along não é bom apenas porque protege em casos de troca de controle, mas também é um dos melhores instrumentos para alinhar esses interesses, porque com esse mecanismo, o controlador vai querer criar valor real para a companhia.”. Privatizações como a do sistema Telebrás em 1998 evidenciaram esse abismo entre controladores e minoritários. O controlador, no caso o governo, vendeu as companhias embolsando prêmio de controle, enquanto os minoritários sequer tiveram o direito de vender seus papéis em alguns casos. Reconhecendo a importância do tag along, a nova lei das S/A prevê sua aplicação em 80% das ações ordinárias.

Como exemplos de alterações da lei das S/A que incorporaram a Governança Corporativa nas empresas brasileiras podemos citar:

- transparência no fechamento de capital da companhia, que deverá ser feito por meio de oferta pública;
- Melhorias no processo de divulgação de informações para as assembleias;
- Modificações nas vantagens oferecidas às ações preferenciais;
- A proporção entre ordinárias e preferenciais passa a ser de 50%;
- Possibilidade de os estatutos sociais indicarem arbitragem como forma de solução de conflitos entre minoritários e controladores;
- A CVM passa a ter natureza de entidade autárquica em regime especial com personalidade jurídica e patrimônio próprios;

As alterações na Lei da Sociedade Anônima apontam claramente para um dirigismo do Estado a fim de que as empresas adotem as práticas de Governança Corporativa. Ainda os atos de Boa Governança não tenham sido adotados em sua plenitude, está patente a intenção do legislador de paulatinamente conduzir o Direito Privado a adoção de referidas práticas.

Resta, porém, a questão: não seria tal dirigismo uma afronta ao princípio da autonomia da vontade? A adoção da Governança Corporativa não seria uma opção da empresa? A própria Lex mercatoria não seria suficiente para regular a adoção de posturas tidas como saudáveis pelas empresas?

4 VONTADE

O conceito de vontade é mais do que um conjunto de reações governadas por instintos, reflexos e tropismos. O ego humano tem o condão de direcionar as escolhas, outorgando maior peso a determinados impulsos.

Este direcionamento é uma combinação de elementos físicos/fisiológicos (instintos, etc) com elementos racionais (nestes abrangidas as convicções da realidade do mundo interior e as experiências cotidianas, assim como o conhecimento do mundo histórico).

Para Irineu Streinger (2000, p. 27) “o que chamamos de vontade é uma transfiguração dos nossos instintos pelas exigências do mundo objetivo que nos dá a capacidade de executar os atos da razão.”

Embora o termo “vontade” seja amplamente difundido em nosso cotidiano, seu conceito não é unívoco entre os filósofos, variando de acordo com os inúmeros enfoques possíveis, dentre eles os de maior relevância: o psicológico e a liberdade.

Alguns filósofos vêem o conceito de vontade para além dos impulsos psicológicos, reconhecendo a vontade com base na liberdade.

Sob esta ótica Descartes (citado por STRENGER, 2000, p. 24) assinala que a vontade consiste em tal ordem de tomada de decisões que “não percebemos ou sentimos se alguma força exterior existe a nos constranger.” Em outras palavras, o elemento vontade estaria presente na livre tomada de decisões.

O homem em seu cotidiano é colocado diante de uma pluralidade de situações em que a direção a ser tomada depende da sua decisão, sendo de sua responsabilidade. Esta tomada de decisão pode ser intuitiva ou racional, mas ambas estão no campo da vontade. A partir do momento em que não há uma coação está presente o elemento vontade, esteja esta vontade atendendo a um desejo, seja por atender a uma decisão racional.

No âmbito psicológico debate-se a relação da vontade com os fenômenos psíquicos e com relação ao intelecto.

Analisando o trabalho de Ferrater Mora,(1948, citado por STRENGER, 2000, p. 26) reconhece que na vontade ocorre o predomínio dos fenômenos psíquicos e de sua relação com o intelecto. Historicamente, na filosofia antiga Platão afirma que “enquanto o desejo pertence à ordem do sensível, a vontade pertence à ordem do intelecto.” Ao passo que, para Aristóteles “embora o desejo e a vontade sejam por igual motores, a vontade é de índole racional.” (STRENGER, 2000)

Embora ambos renomados filósofos atribuam a vontade ao intelecto racional, particularmente admito a existência de decisões volitivamente tomadas exclusivamente pelo desejo, a despeito de todos os alertas racionais para uma decisão contrária.

André Darbon (citado por STRENGER, Irineu) em um estudo que chamou “Filosofia da vontade” aponta como razões da atividade voluntária o temperamento, as tendências, inclinações e sentimentos, o eu social e o eu autônomo.

A vontade, portanto, obedeceria a mais do que critérios racionais, atendendo também a características naturais do indivíduo em questão, além de fatores culturais e do meio. Neste contexto, estaria sujeita às necessidades orgânicas, às variações de humor, inclinações e sentimentos.

O meio ambiente em que o indivíduo está inserido é de igual importância, porquanto determina o controle de certas paixões e impulsos, conferindo resistência a tomada de algumas decisões puramente egoístas.

Neste sentido, a explicação sociológica da vontade encontra sua expressão mais nítida em Durkeim (citado por STRENGER, Irineu) para quem a sociedade é o fim eminente dessa atividade moral. “A sociedade, diz ele, comanda-nos porque ela é exterior e superior a nós; a distância moral que há entre ela e nós faz com que ela se torne uma autoridade diante da qual nossa vontade se inclina.”

O homem por ser um ser social sujeita, por vezes, a vontade individual à vontade geral. A vontade geral nada mais é do que uma to de fusão de todas as vontades para constituir uma só, possibilitando a vida em sociedade.

Ainda analisando o conceito de vontade sob o aspecto psicológico tem-se que a vontade se caracteriza pela determinação do comportamento próprio, por um fazer ou não fazer, de acordo com o sentimento íntimo. Irineu Strenger, ao comentar a obra de Wilhelm Josef Revers sintetiza esta idéia de seguinte forma:

Partindo desse pressuposto, podemos afirmar de modo ambivalente que a decisão voluntária que determina a ação é, ao mesmo tempo, a transformação projetada do mundo e a ordenação do “si-mesmo”, razão pela qual se pode designar o ato voluntário como um ato intencional realizado com certa intenção volitiva que parte do Ego e, penetrando até o “eu-mesmo” provoca neste determinado comportamento futuro. É, portanto, um ato de determinação, e o Ego é sujeito e objeto do ato.(REVERS, 1960, citado por STRENGER, 2000)

O ato voluntário, sob a ótica psicológica, seria, neste contexto, aquele ato intencional prático que parte do centro do Ego, caracterizando-se pela autodeterminação do sujeito.

O conceito de vontade, como foi visto, não pode se limitar a apenas uma visão (sociológica, psicológica ou tendo por referência a liberdade). Para a caracterização de um ato como volitivo é imprescindível que sejam analisados o contexto geral, abarcando diversos ramos do conhecimento.

A este conceito agrega-se a noção de “Autonomia da Vontade”, que seria a avaliação da tomada de decisões sob a perspectiva da liberdade, que será tratado no próximo item.

5 DA AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da Autonomia da Vontade abarca a visão psicológica da vontade atrelada a tomadas de decisões racionais e lastreadas na liberdade.

Em suma, a vontade, como explicitado alhures, seria uma ação ou omissão que visa atender às determinações do Ego de acordo com as influências externas (moral, costumes e demais influências sociais) e internas (impulsos, desejos, sentimentos) do indivíduo.

Por sua vez a autonomia é vista como a capacidade do indivíduo reger-se a si mesmo, sua capacidade de autodeterminação.

Relativamente ao conceito de autonomia, Kant (KANT, 2007, citado por MOREIRA, 2011) atrela inseparavelmente a este a idéia de liberdade. Para ele:

a idéia da liberdade está inseparavelmente ligado ao conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na idéia está a base de todas as ações de seres racionais como a lei natural está na base de todos os fenômenos

A chave da explicação da Autonomia da Vontade para Kant seria o conceito de liberdade, porquanto o indivíduo verdadeiramente autônomo agiria a partir de uma determinação interna, livre de inclinações

a vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independente das causas estranhas que a determinem (...) a vontade desse ser só pode ser uma vontade própria sob a idéia da liberdade, e, portanto, é preciso atribuir, em sentido prático, uma tal vontade a todos os seres racionais. (KANT, 2007, citado por STRENGER, 2000)

Kant ao analisar as decisões tomadas pelos indivíduos as separa em duas categorias denominadas imperativo hipotético e imperativo categórico, a fim de separar aquelas tomadas com base na chamada vontade perfeitamente boa daquelas tomadas em decorrência do mundo fenomênico. As decisões tomadas com fulcro na vontade, que se perfazem nas experiências ocorridas no mundo sensível enquadram-se no imperativo hipotético. O imperativo hipotético “representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira)” (KANT, 2007, citado por STRENGER, 2000)

Por sua vez o imperativa categórico seriam as decisões tomadas por razões externas ao indivíduo, ou seja, aquelas tomadas em virtude da lei, da moral, dos costumes. Ele revela um conteúdo previamente determinado. “O imperativo categórico

seria aquele que nos representasse uma ação como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade.” (KANT, 2007, citado por STRENGER, 2000) O Imperativo categórico, portanto, representa um dever válido para todos os homens.

Irineu Strenger (STRENGER, 2000) sintetiza a visão de Kant (2007, citado por STRENGER, 2000) sobre a Autonomia da Vontade demonstrando ainda a influência das normas no atuar autônomo do indivíduo em sociedade

Embora modernamente em Kant, a condição real do homem se situe bem longe da “perfeição”, como modelo de autonomia, no sentido da filosofia clássica, no sistema criticista a liberdade transcendental é fundada na autonomia, embora não a garanta, ou seja, nós somos, sem dúvida, membros legisladores de um reino moral, que é possível pela liberdade e que é representado pela razão prática, como um objeto de respeito, mas, ao mesmo tempo, a consciência de uma livre submissão da vontade à lei, consenso também ligado a uma violência inevitável que é preciso exercer sobre todas as inclinações, violência essa que deve ser exercida unicamente mediante o ditame da própria razão constitui o respeito à lei.

A autonomia não consiste na prevalência de um querer desenfreado ou do acatamento de todos os impulsos de forma não pensada. O atuar autônomo implica na tomada consciente das decisões e em assumir as responsabilidades e conseqüências destas. Deve-se separar o querer autônomo do impulso meramente instintivo.

O fato de determinado indivíduo respeitar a lei por si só não retira da sua ação a condição de agir volitivo autônomo, porquanto poderia este mesmo ser recusar-se a integrar determinada sociedade ou deixar de assimilar para si os valores morais e sociais desta.

O agir autônomo implica na consciência que o homem tem de seus atos, sendo determinada a ação ou a omissão mediante livre apreciação das possibilidades. A autonomia não é sinônimo de liberdade plena, mas ela se constrói através da dialética entre os fatos, os valores e as leis.

A autonomia se constrói através da atuação volitiva do ser racional que, embora adote uma inclinação sensível, reconhece a vontade racional estimulando-a em prejuízo do simples saciar dos apetites empíricos.

6 DA AUTONOMIA DA VONTADE E O DIREITO

A autonomia da vontade possui inspiração no Direito Canônico, no Direito Natural e na “Teoria do Contrato Social” de Rousseau.

Para o direito canonista o consenso, como exteriorização da vontade, configurava uma obrigação de caráter moral e jurídico. Já para o Direito Natural, marcado pelas idéias de Kant, a expressão jurídica nasceria do agir e da vontade livre. Por sua vez a “Teoria do Contrato Social” de Rousseau expressa a idéia da formação da sociedade através de um pacto, um contrato que uniria livremente a vontade neste sentido.

Baseado no ideário de Rousseau, Michel Debrun (citado por STRENGER,2000, p. 36) afirma:

Percebemos agora melhor, em que consiste a vontade geral: é a parte geral da vontade individual, idêntica em todos os membros da coletividade, a que permite o entrosamento das vontades individuais no reconhecimento de certos valores e na procura comum de determinados objetivos. Obedecendo à vontade geral e às leis nas quais ela se corporifica, a vontade individual não deixa, pois, de obedecer a ela própria.

A vontade é um importante instrumento na construção do Direito, uma vez que as normas surgem nada mais do que como a expressão da vontade geral. As regras, ou normas, não são nada além da tradução do direito natural ou da moral social, sendo, por isso, uma manifestação de vontade.

O papel da vontade na formação do Direito, principalmente no que concerne ao direito subjetivo, não é uníssono entre os filósofos, sendo-lhe atribuído, por vezes, o papel principal, por vezes relegado ao plano secundário.

Diogo Luna Moureira, em sua obra *Pessoas e Autonomia Privada*, faz um breve estudo sobre a posição dos maiores filósofos acerca do tema, abarcando os voluntaristas e os juspositivistas.

Friedrich Karl Von Savigny (SAVIGNY, citado por MOUREIRA, 2011) é adepto da teoria voluntarista. Para ele cada indivíduo tem o poder inerente de árbitro, capaz de pensar, querer e agir. O indivíduo é o agente da sua própria vontade. Sob este prisma no Direito reina a vontade individual com o consentimento de todos. O direito subjetivo para Savigny expressa um direito inerente a todo indivíduo de autodeterminar-se, independente das vontades de terceiros.

A relação jurídica para Savigny é vista como um vínculo estabelecido entre pessoas a quem o Direito reconhece a capacidade de possuir propriedade, tendo cada uma delas o resguardo jurídico de exercício absoluto de suas vontades, independentemente de qualquer interferência externa. Portanto, a relação jurídica, neste aspecto, decorre da pré-concepção de direitos subjetivos, entendidos como um poder da vontade limitado tão somente pela inclinação individual, independente de qualquer vontade estranha. (MOUREIRA, 2011)

Savigny, portanto apresenta uma visão jusnaturalista do Direito, atribuindo importância à vontade humana como expressão de sua natureza e liberdade. Bernard Windscheid, por sua vez, repudia a atribuição de poder absoluto e soberano a vontade, valorizando o poder concedido pela ordem jurídica. A vontade, na perspectiva de Windscheid encontra sua validade no direito objetivo. Desta forma o direito subjetivo é compreendido como “um poder ou senhorio da vontade, concedido pela ordem jurídica”. (WINDSCHEID, 1902, citado por MOUREIRA, 2011). Sob este prisma, Windscheid, assim como Savigny, reconhece que o direito subjetivo seria uma

expressão do poder da vontade, todavia, ao contrário deste, aquele ressalta que o poder da vontade seria atribuído pelo Direito.

Rudolf Von Ihering (p.353-354 citado por: MOUREIRA, 2011) é o principal opositor a teoria voluntarista. De acordo com Ihering “atendendo-se exclusivamente ao elemento vontade, o sistema jurídico se torna defeituoso, na medida em que converte a idéia de Direito em um puro formalismo.” A vontade não seria elemento essencial ao Direito, porquanto um indivíduo possui direitos independentemente da sua vontade. Os direitos não existem realizar a vontade, mas como forma de garantir os interesses da vida e realizar seus fins, ou seja, o interesse tutelado.

Ihering proporciona uma mudança do foco de análise do direito subjetivo, da vontade para o interesse tutelado.

Hans Kelsen (2006, p. 143) por sua vez apresenta uma teoria que afasta tanto o voluntarismo (e sua vertente jusnaturalista), como também a idéia de interesse tutelado. O Direito para Kelsen seria o reflexo de um dever imposto pelo ordenamento jurídico. O por da vontade é reconhecido por Kelsen quando conferido pelo ordenamento jurídico e na medida em que possibilita a efetivação de um dever jurídico imposto a outrem.

Kelsen ignora o elemento vontade, entendendo que no ordenamento jurídico relevante é a imputação, isto é “uma estrutura lógica, que é o modo de enlace característico de dois fatos numa norma, ou de um fato a uma pessoa”. (STRENGER, 2000)

Mesmo o direito subjetivo não é objeto apenas da vontade, em verdade ele se torna possível a partir do direito objetivo, como um reflexo de um dever imposto pelo ordenamento jurídico a outrem.

A tese de Kelsen, porém, não abarca o conceito moderno de Direito. É que no Direito moderno a figura do cidadão não é apenas fonte de direitos e obrigações, mas também determina diretamente o conteúdo normativo. A vontade do cidadão, baseada

na cultura e na moral deve possuir papel de maior destaque a fim de legitimar o próprio ordenamento.

O ordenamento jurídico não existe como um fim em si mesmo, portanto ele não pode indiscriminadamente suplantar a vontade lastreado exclusivamente na teoria da imputação.

O Estado, assim como as instituições jurídicas, está alicerçado nos princípios contratuais da igualdade, liberdade e, também, da autonomia da vontade. O princípio da autonomia da vontade não é apenas um elemento da liberdade, mas tem, também, o condão de criar uma situação jurídica, desde que o ato tenha objeto lícito.

7 DA AUTONOMIA PRIVADA DA VONTADE

O princípio da Autonomia Privada da Vontade surgiu principalmente em decorrência das relações contratuais. Viu-se naquelas relações a necessidade de atuação do Poder Público de forma a equiparar as condições dos contratantes, fazendo respeitar o princípio constitucional da igualdade, todavia, respeitando o princípio da Autonomia da Vontade, regente do Direito Privado.

A Autonomia Privada da Vontade surgiu como uma resposta aos problemas decorrentes da plenitude do Direito da Autonomia da Vontade. No âmbito do princípio puro da Autonomia da Vontade não era analisada a equidade entre as partes. Não era observada a liberdade fática entre os envolvidos em uma negociação. Porém o desequilíbrio fático vicia a manifestação da vontade e, portanto, o próprio princípio da autonomia da vontade.

Fez-se necessário, portanto, que o Poder Público mostrasse-se presente, a fim de que os princípios Constitucionais fossem cumpridos, mesmo nas relações privadas.

A autonomia da vontade plena traria prejuízos além das relações negociais, atingindo todo o âmbito empresarial, uma vez que autorizaria a adoção pelos entes

privados de medidas prejudiciais à coletividade. Desta forma, a fim de impedir que a atuação privada infrinja Direitos Constitucionais, como a livre iniciativa, o princípio da igualdade, entre tantos outros, o Poder Público tem o dever de atuar direcionando estes comportamentos.

A autonomia Privada da Vontade, portanto, apresenta diretrizes para a atuação do ente Privado a fim de garantir o direito da coletividade e o respeito às normas constitucionais.

De acordo com esta, cumpre ao Direito estabelecer normas que legitimem o exercício da liberdade pelo particular, de forma a assegurar a liberdade fática de todos. O exercício da liberdade não se dá de forma plena, mas nos limites estabelecidos pela sociedade e em conformidade com a liberdade do outro. A vontade pura e simples não legitima ou aperfeiçoa a contratação, pois está condicionada pelas normas.

Segundo Habermas (2003, p.52)

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. As leis morais preenchem esta condição per se; no caso das regras de direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político.

Ainda que de forma direcionada, permanece presente a liberdade prevista no princípio da autonomia da vontade, porém esta liberdade de expressão da vontade não é plena, sendo limitada pelo interesse comum.

A autonomia privada, portanto, consiste no exercício de liberdades subjetivas, mas de forma subordinada ao que a lei determina, pois, até mesmo as normas infra-constitucionais têm o condão de possibilitar a harmonização da liberdade de todos.

De acordo com o professor Sérgio Botrel (2007):

Em decorrência dessas premissas, fica patente que a visão “voluntarista” -caracterizadora do paradigma liberal – cede espaço para uma visão “normativista”, porquanto o fundamento da vinculação jurídica do particular e deixa de ser a vontade, para que este papel seja desempenhado pelo direito objetivo. Daí a razão pela qual a expressão “autonomia da vontade, como identificadora da liberdade jurídica, vem a ser substituída na contemporaneidade pelo termo “autonomia privada”.

O atuar no Direito Privado, portanto, não é plenamente livre, devendo respeitar os direitos individuais, e as normas constitucionais, notadamente aquelas que prevêm a função social da empresa.

8 CONCLUSÃO

As empresas, em que pesem fazerem parte do chamado setor privado, possuem importante função social, porquanto de sua atuação dependem a dignidade humana, o direito fundamental ao pleno emprego, o direito a um meio ambiente equilibrado (em sentido amplo, abarcando desde o meio ambiente do trabalho até o meio ambiente natural), o direito da livre iniciativa, entre tantos outros direitos Constitucionais essenciais a uma coletividade sadia. A importância da empresa para toda a coletividade vai além das finalidades econômicas, mas também promove desenvolvimento social e cultural.

Em uma comunidade que possui o empresariado fortalecido e comprometido com sua função social tem avanços em setores da educação, saúde e até mesmo diminuição da violência. Em virtude desta importante função social, a coletividade deve primar pela perenidade da empresa, porquanto ela é fonte de desenvolvimento econômico e social e fonte de promoção dos valores constitucionais.

Portanto, o Poder Público deve promover ações a fim de garantir a perenidade das empresas e no intuito de induzi-las a adotar comportamentos direcionados ao cumprimento de sua função social.

A adoção de boas práticas de Governança implica na possibilidade de financiamento das atividades econômicas a custo menor, pois afeta de forma significativa o acesso das companhias ao capital, reduzindo seus custos financeiros e melhorando sua competitividade, o que se mostra de fundamental importância como fator de inserção no mercado mundial cada vez mais seletivo e globalizado.

O menor custo na captação de recursos e a maior competitividade das empresas brasileiras daí decorrente implicam em maior desenvolvimento econômico e social do país. Os recursos que seriam gastos no pagamento de juros passam a ser utilizados na melhor remuneração dos acionistas e dos trabalhadores de tal empresa, bem como possibilitam contrapartidas à comunidade envolvida com tal atividade empresarial.

Além disso, a pulverização do capital e a transparência no exercício da direção da sociedade permitem que todos, inclusive os trabalhadores, invistam na sociedade, gerando um ciclo virtuoso em que todos estão interessados no desenvolvimento da célula econômica da qual participam.

A Governança Corporativa pode, assim, promover um novo posicionamento do indivíduo frente a seus pares e ao Estado, permitindo um agir verdadeiramente autônomo por estar assentado nos pressupostos de educação, informação e comunicação. O indivíduo se retira da função de hipossuficiente tutelado por um Estado deficientemente protetor, para assumir um papel de sujeito capaz de autodeterminação que irá interagir na construção de uma sociedade democrática. Nos dizeres de Habermas, a afirmação da autonomia pública e privada, por meio do interagir do indivíduo com o Estado, com outros indivíduos e com as sociedades intermédias, que são reforçadas pela adoção de boas práticas de Governança Corporativa e pelo acesso à propriedade empresarial que ela propicia, conduzem à afirmação do indivíduo nas sociedades contemporâneas, reconhecidamente complexas. (HABERMAS, 1997)

Dessa forma, ficou demonstrada a importância da adoção das práticas da Governança Corporativa para a expansão de economias saudáveis que alcancem o máximo de eficiência na gestão empresarial e para a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, fundada na autodeterminação do indivíduo e que propicie o interagir autônomo e consciente do sujeito com o Estado, com seus pares e com as células econômicas de tal sociedade.

Neste ínterim, a postura do Poder Público de direcionar a atuação das empresas para a adoção da Governança Corporativa mostra-se salutar, coadunada com o princípio hodierno da Autonomia Privada da Vontade, não podendo ser caracterizado como um movimento intervencionista. Ainda que a *Lex mercatoria* hodiernamente tenda impulsionar os empresários a aderirem à governança este movimento é ainda insipiente, sendo necessário na economia brasileira o incentivo governamental.

Esta condução por parte do Poder Público mostra-se necessária principalmente pelo fato de a economia brasileira não estar tradicionalmente engajada nos princípios dos mercados de ações. O que quer significar esta afirmação é que as empresas brasileiras caracterizam-se predominantemente por empresas familiares, ou de controle concentrado, não tendo por tradição a transparência, a equidade entre os acionistas, a prestação de contas, ou o Conselho de Administração Independente.

9 REFERÊNCIA

BOTREL, Sérgio Mendes. *Autonomia Privada e extinção dos contratos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da FUMEC, 2007. 23f. Notas apresentadas ao grupo de estudos GENNCOMTT.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

DARBON, André. *Philosophie de la volonté*. Paris. 1951. In: STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

DURKHEIM, Emile. *Sociologie et philosophie*. Paris, 1924. p. 77. In: STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

FERRATER, Mora. Verbete “Voluntad”, in: Dicionário de filosofia. 4. ed. 1948, Citado por: STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Capítulo IX, p. 123-192.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 52.

IHERING, Rudolf Von. El espíritu del Derecho Romano. Trad. Enrique Príncipe y Satorres. Madrid: Bailly-Baillieri. p. 353-354. In: MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 50. In: STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.143.

MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 146-165.

PRINCÍPIOS que condicionam os investimentos. Valor Econômico, Rio de Janeiro, 19 nov. 2006, p. F7.

REVERS, Wilhem Josef Revers. Sentimiento, voluntad y personalidad. In: STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Sistema del derecho romano actual. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora. p. 5. In: MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia*

privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade*: direito interno e internacional. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. 255 p.

VIEIRA, Catherine; CAMBA, Daniele. *Os Pioneiros da Governança Corporativa*. Valor Econômico, 28 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDArea=1062&IDp=351>>. Acesso em 05 jul.2007.

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle Pandette*. vol. 1. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1902. p. 170. In: MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada*: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

10 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BOTREL, Sérgio Mendes. *Autonomia Privada e extinção dos contratos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da FUMEC, 2007. 23f. Notas apresentadas ao grupo de estudos GENNCOMTT.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. vol. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada*: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRINCÍPIOS que condicionam os investimentos. Valor Econômico, Rio de Janeiro, 19 nov. 2006, p. F7.

STRENGER, Irineu. Da autonomia da vontade: direito interno e internacional. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

VIEIRA, Catherine; CAMBA, Daniele. *Os Pioneiros da Governança Corporativa*. Valor Econômico, 28 jun. 2004. Disponível em:
<<http://www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDArea=1062&IDp=351>.> Acesso em 05 jul.2007.