

FABIO KONDER COMPARATO

Nº 1257

O PODER DE CONTROLE  
NA SOCIEDADE ANÔNIMA

3.<sup>a</sup> edição inteiramente revista, atualizada e corrigida

LEVY & SALOMAO  
ADVOGADOS

FORENSE  
Rio de Janeiro  
1983

## PRÓLOGO

### SOCIEDADE E PODER

A importância do poder, como fenômeno social, ainda não foi inteiramente compreendida. O seu estudo vem sendo confinado, quase que exclusivamente, no campo da política onde, aliás, é mais analisado sob a forma de dominação hierárquica do que de influência determinante, malgrado a antiga advertência de um espírito pioneiro.<sup>1</sup>

No entanto, como assinalou Bertrand Russell,<sup>2</sup> o poder é o conceito fundamental das ciências sociais, tal como o de energia, na ciência física. Analogamente a esta, ele afeta várias

---

<sup>1</sup> "Reputation of power is power; because it draweth with it the adherence of those that need protection.

So is reputation of love of a man's country, called popularity, for the same reason. Also, what quality soever maketh a man beloved, or feared of many; or the reputation of such quality is power; because it is a means to have the assistance and service of many.

Good success is power; because it maketh reputation of wisdom, or good fortune; which makes men either fear him, or rely on him.

Affability of men already in power is increase of power; because it gaineth love.

Reputation of prudence in the conduct of peace or war is power; because to prudent men, we commit the government of ourselves, more willingly than to others.

Nobility is power, because it is seeming prudence.

Form is power; because being a promise of good, it recommendeth men to the favour of women and strangers" (Thomas Hobbes, *Leviathan or the matter, form and power of a common wealth, ecclesiastical and civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Londres, 1894, pág. 48).

<sup>2</sup> *Power, A New Social Analysis*, 6.<sup>a</sup> ed., Londres, 1948, págs. 10/11.

formas: política, econômica, religiosa, moral, técnica. O estudo isolado de qualquer dessas manifestações só pode produzir um resultado parcial, assim como a análise de uma só forma de energia é forçosamente limitada e incompleta. Ademais, tal como a energia, o poder sofre um processo de contínua transformação, o que torna ainda mais delicadas a observação e a análise científicas.

A teoria política moderna<sup>3</sup> procura distinguir o poder, propriamente dito, da influência determinante, pela falta de coerção, que caracteriza esta última. Todo poder comporta sanções, ao contrário da simples influência. Por outro lado, a eficácia desta depende não só de sua capacidade intrínseca de determinação das ações alheias, como também da posição social em que se situa o agente influenciador. O potencial de liderança de alguém, em dado grupo social, pode superar, de muito, sua posição hierárquica nesse mesmo grupo; e inversamente. Quando potencial de liderança e posição social se elevam, conjuntamente, o agente influenciador tende a conquistar o máximo poder.

A idéia de influência determinante talvez seja a tradução moderna do velho conceito de autoridade. Em época de pensamento mais límpido e de melhor compreensão da coisa pública, o gênio romano distinguiu: *cum potestas in populo, auctoritas in Senatu sit*.<sup>4</sup> A autoridade, segundo a conhecida lição de

<sup>3</sup> Cf. Lasswell & Kaplan, *Poder e Sociedade*, Editora Universidade de Brasília, s/d, págs. 87 e segs.

<sup>4</sup> Cícero, *De Legibus*, 3.12.28. Ele procurava, com isso, justificar a composição aristocrática (no sentido etimológico) e não democrática do Senado romano, propugnando a designação dos antigos magistrados como senadores, independentemente de eleição popular. Montesquieu retomou a distinção, já então sob a influência das instituições políticas inglesas, na sua teoria da divisão dos Poderes. Se o Judiciário tem o mínimo de poder (*des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle* — *De l'Esprit des Lois*, Livro XI, Cap. VI), deve gozar, em contrapartida, do máximo de autoridade.

Mommsen,<sup>5</sup> é mais do que um conselho e menos do que uma ordem; um aviso que se não pode ignorar sem risco, um parecer que aumenta a confiança, porque emanado de boa fonte, pessoa competente ou superior modelo.<sup>6</sup> O poder sem autoridade, ou seja, exatamente o que denominamos hoje, com evidente contra-senso, poder autoritário, tende, naturalmente, à degenerescência.

Do poder e da influência distingue-se a força. Ao contrário da influência, a força prescinde da adesão voluntária dos sujeitos que submete. Ao revés do poder, não se assenta no direito, mas na capacidade de dominação *de facto*. A oposição concreta entre poder jurídico e força fáctica, no entanto, é sempre transitória e anormal. Em regra, força e poder se combinam e se exaltam, mutuamente.

É o que explica a invencível tendência à concentração do poder, no curso da História.<sup>7</sup>

Mas concentração não significa, necessariamente, personalização do poder, como pareceu a certos pensadores clássicos.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> *Roemisches Staatsrecht*, vol. III, Parte II, 1888, págs. 1.033/34. O conceito de autoridade foi revalorizado, no presente, por C. J. Friedrich, *Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive*, 1955; tradução em língua espanhola com o título *La Filosofia del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1964, Cap. XXI; Bertrand de Jouvenel, *De la Souveraineté*, Paris, 1955, págs. 1 e segs.; e por Hannah Arendt, *Entre o Passado e o Futuro*, São Paulo, 1972, Cap. 3.

<sup>6</sup> A raiz de *auctor* e de *auctoritas* é o verbo *augere* = acrescentar, aumentar. *Auctor* designa o que aumenta a confiança (*auctor rei* = garante, responsável; *audieras ex bono auctore*, i.é, de boa fonte doutrinária; *unum cedo auctorem tui facti*, no sentido de modelo, mestre), o que aconselha (*deditionis suasor et auctor* conselheiro, instigador, promotor) ou criador (*praeclarus auctor nobilitatis tuae, auctores generis mei*).

<sup>7</sup> Cf. Bertrand de Jouvenel, *Du Pouvoir, histoire naturelle de sa croissance*, Paris, 1972. Hobbes, ainda, anotava: "For the nature of power is in this point like to fame, increasing as its proceeds; or like the motion of heavy bodies, which the further they go, make still the more haste" (*Leviathan*, cit., pág. 45).

<sup>8</sup> Assim, por exemplo, Rousseau, ao tratar *de l'abus du gouvernement et de sa pente à dégénérer* (*Du Contrat Social*, livro 3.º, cap. X):

Ao contrário, um dos fenômenos marcantes da época contemporânea é a burocratização do poder, que vai em sentido diametralmente oposto.<sup>9</sup> A justificativa do poder burocrático (nem sempre cumprida) assenta-se em três características fundamentais: a racionalidade, a objetividade e a legitimidade teleológica. Tudo isto conduz, independentemente de qualquer juízo de valor sobre o fenômeno, a uma despersonalização do poder, que passa a ligar-se, corporativamente, ao estamento burocrático. É a substituição da vontade individual pela regra geral, à qual todos devem submeter-se; regra essa presuntivamente conhecida e de aplicação previsível, segundo as técnicas racionais de interpretação. A despersonalização comporta, assim, a superação do poder subjetivo pelas exigências funcionais. Implica, ainda, a substituição do senhor ou dono pelo funcionário, sempre incluído numa organização hierárquica e designado segundo sua competência técnica e não em razão de sua linhagem, fortuna pessoal ou prestígio social.

No campo econômico, a concentração do poder acentuou-se, sobremaneira, a partir da revolução industrial, acarretando transformações sociais de que ainda não nos demos conta, integralmente.<sup>10</sup> A moral tradicional sempre se preocupou com a

<sup>9</sup> A referência obrigatória é, evidentemente, a Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie*, 1.<sup>a</sup> ed., Tübingen (J. C. B. Mohr), 1922. No campo da sociedade anônima, J. K. Galbraith sustentou a tese da burocratização do poder, em *O Novo Estado Industrial*, Rio de Janeiro (Civilização Brasileira), 1968.

<sup>10</sup> Raros os economistas contemporâneos que integram a dinâmica do poder na análise econômica, como reconheceu François Perroux, em seu *Économie du XXe. siècle* (1959): "La force, le pouvoir et la contrainte sont des objets congénitalement étrangers à la science moderne de l'économie, et ses perfectionnements les plus récents ne sont pas

*Il y a deux voyes générales par lesquelles un gouvernement dégénère: savoir, quand il se resserre, ou quand l'État se dissout. Le gouvernement se resserre quand il passe du grand nombre au petit, c'est-à-dire de la Démocratie à l'Aristocratie, et de l'Aristocratie à la Royauté. C'est là son inclination naturelle.* Em nota a essa assertiva, Rousseau comentou os casos da República de Veneza e a evolução política de Roma.

excessiva concentração da riqueza, numa perspectiva meramente distributivista, em que o usurário aparecia, indefectivelmente, como o vilão da estória. A civilização industrial, no entanto, veio demonstrar que o importante não é a riqueza em si, mas a sua efetiva disposição no ciclo produtivo. Harpagão, hoje, seria um desconhecido depositante em caderneta de poupança, totalmente marginalizado no mundo dos negócios. Em seu lugar de protagonista, na cena econômica, aparece o titular do poder empresarial. O problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela. E é neste sentido que deve ser interpretada a tese marxista acerca da concentração do capital, pois este conceito não designa, nessa teoria, coisas ou bens, nem mesmo uma relação de propriedade, mas uma manifestação de poder.

No direito privado, o melhor prisma através do qual se pode focar a questão é a análise da estrutura da sociedade anônima. Não que ela seja, na História, a única técnica jurídica da grande exploração empresarial. Seiscentos anos antes da criação das sociedades multinacionais, a Casa Médici mantinha, subordinadas à matriz de Florença, sociedades filiais em Londres, Bruges, Genebra, Lião, Avinhão, Milão, Veneza e Roma.<sup>11</sup> Da mesma sorte, no século XVI, os Fugger de Augsburg, banqueiros do Imperador e do Papa, haviam aplicado seus vastos recursos em dezenas de empresas, da Europa Central à península ibérica, passando pela Itália e os Países Baixos,

<sup>11</sup> A pesquisa fundamental de Raymond de Roover, *The Rise and Decline of the Medici Bank* (1397-1494), Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1963, veio demonstrar que os Médici chegaram a organizar, provavelmente pela primeira vez na história do direito ocidental, um autêntico grupo societário.

parvenus à les intégrer." O preenchimento dessa lacuna tem sido um dos objetivos precípuos do labor científico do economista francês (cf. a sua obra *Pouvoir et Économie*, Paris, 1973). Cf. igualmente, na mesma perspectiva, John Kenneth Galbraith, *Economics & the Public Purpose*, Boston, 1973 (tradução brasileira: *A Economia & o Objetivo Público*, São Paulo, 1975).

sem jamais ultrapassar a organização jurídica de uma sociedade de família, em nome coletivo. A grande novidade trazida pela sociedade acionária foi a possibilidade de concentrar o poder econômico, desvinculando-o da propriedade dos capitais e da responsabilidade pessoal; de organizar tanto a macro-empresa, quanto a exploração unipessoal; de ensejar o exercício da atividade empresária pelo Estado, em concorrência com os particulares. É por isso que a disciplina da sociedade anônima constitui, atualmente, o autêntico "direito constitucional" da atividade econômica, no setor privado.<sup>11-a</sup>

Por outro lado, sem embargo do caráter obviamente ideológico de certas justificativas da burocracia, parece a todos evidente que a forma de dominação burocrática adapta-se perfeitamente à estrutura de funcionamento de uma sociedade anônima, quer pela possibilidade de acolhimento de número ilimitado de sócios (sabendo-se que a burocracia somente medra em grandes coletividades), quer pela característica de governo estatutário, quer pela possibilidade de organização do poder de forma institucional, com a nítida separação entre administradores e administrados.

É generalizada, porém, a ignorância do fenômeno do poder, no direito acionário. Até há pouco, o modelo legal, ao qual ainda aderiam doutrina e jurisprudência, concebia as companhias como destituídas de mando ou controle pré-determinado, admitindo que os negócios sociais fossem decididos, em assembléia, por uma maioria formada *ad hoc*, após amplos debates e momentânea deliberação. Daí decorria a disciplina da assembléia geral e do exercício do voto como um verdadeiro direito eleitoral, quando a realidade quotidiana não cessava de desmentir essa concepção "parlamentar". Surpreende ainda, como

<sup>11-a</sup> O *corporate constitutionalism* foi a idéia-mestra do pensamento de A. A. Berle Jr., em sua última fase: cf. prefácio à edição revista de *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, 1967; *The 20th Century Capitalist Revolution*, Nova Iorque, 1954; *The Three Faces of Power*, Nova Iorque 1967.

novidade, a idéia simples de que não há sociedade sem controle, assim como não existe empresa sem empresário.<sup>12</sup>

A tarefa primordial e inadiável do jurista, nessa matéria, consiste, portanto, em procurar corrigir o descompasso entre o sistema jurídico e a realidade social, em função dos valores de justiça econômica. Trata-se, em primeiro lugar, de reconhecer, explicitamente, a necessidade do poder, como elemento fundamental da economia societária, deixando-se, por conseguinte, de considerá-lo como simples fato extrajurídico.<sup>13</sup> Trata-se, ademais, de disciplinar-lhe o exercício, assinando ao seu titular os deveres e responsabilidades de que, tradicionalmente, se considera desvinculado por completo.

A tensão dialética entre poder e direito é, com efeito, inerente à vida social. A clássica distinção sociológica entre "comunidade" (*Gemeinschaft*) e "sociedade" (*Gesellschaft*) não nos deve fazer olvidar que, em todas as manifestações grupais, existe um poder social, seja ele fundado em contrato, na tradição, na fé religiosa, nas necessidades biológicas ou na força bruta. Ora, se por um lado a dinâmica de todo poder tende ao seu fortalecimento ilimitado, por outro, ela não dispensa, nunca, uma certa ordenação social que, em si mesma, representa a negação do arbítrio e, por conseguinte, a limitação do poder.<sup>14</sup>

O presente ensaio focaliza essa dialética fundamental no campo delimitado da sociedade anônima, que sofreu ampla transformação com o advento da Lei n. 6.404, de 15.12.1976. Esse diploma consagrou, oficialmente, a realidade do poder de

<sup>12</sup> Cf. Franceschelli, *Imprese e Imprenditori*, 3.<sup>a</sup> ed., Milão, 1964, pág. 117.

<sup>13</sup> "Occorre sinceramente", escreveu Ascarelli, "riconoscere che una concentrazione del controllo della società è essenziale al funzionamento dell'attività economica di questa e il primo cammino per la soluzione dei problemi della società per azioni è proprio quello di non abbandonarsi all'illusione di un mondo idilliaco che poi non si risconterebbe nella realtà" (*Problemi Giuridici*, vol. II, Milão, 1959, pág. 889).

<sup>14</sup> Cf. Helmut Coing, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, págs. 87 e segs.

controle, como elemento fundamental da economia societária. Importa pois, mais do que nunca, repensar o direito das companhias à luz desse novo dado legal.

A dissertação desdobra-se em três partes. A primeira cuida esclarecer os elementos lógicos do discurso, por meio de análises conceituais e da classificação tipológica da realidade. A segunda tem por objeto a verificação das técnicas de organização e transferência do controle. Na terceira, por fim, são discutidos os problemas de desconsideração da personalidade jurídica, em razão desse poder.

## Parte I

### ANÁLISE E DEFINIÇÕES

interesses dos acionistas minoritários da companhia dominada e dos terceiros credores, como teremos ocasião de verificar.<sup>25</sup>

Não resta dúvida que a disciplina contratual das relações internas do grupo econômico possa aplicar-se, também, às situações de controle externo de uma sociedade por outra. Mas, na realidade, ela ocorre praticamente só nos casos de controle interno. A dominação externa constitui o elemento unificador por excelência do grupo econômico de fato (*faktischer Konzern*), ou seja, não legitimado por normas jurídicas específicas.<sup>26</sup>

Parece-nos, pois, que a norma do art. 2.359 do Código Civil italiano encontra aplicação não nas hipóteses de regulamentação contratual do grupo econômico, como no direito alemão, e sim naqueles casos, há pouco examinados, de dominação de fato, com base em relações de negócios.

Mas terá essa “influência dominante” *ab extra*, legitimada ou não por normas jurídicas, um sentido equípolo ao do controle interno, enquanto dominação ou senhorio, ou estaremos diante de fatos típicos (*Tatbestand, fattispecie*) diversos e inassimiláveis à mesma noção básica? Por outro lado, como classificar essa noção básica unitária, ou essas noções distintas, no quadro tradicional das categorias jurídicas reconhecidas pela doutrina? Ou tratar-se-á de categoria *sui generis*?

É o que tentaremos discernir no capítulo que segue.

#### CAPÍTULO IV

#### QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO CONTROLE

22. Uma das grandes conquistas da ciência jurídica contemporânea foi a de superar o ingênuo “essencialismo” das definições, entendidas como se referindo a “naturezas jurídicas” eternas e imutáveis. A verdade é que, desde o seu nascimento em Roma, quando os *prudentes* descobriram, maravilhados, a importância da dialética grega para a compreensão do mundo jurídico,<sup>1</sup> a ciência do direito sofre, de tempos em tempos, esse extraordinário fascínio da lógica formal, levando os seus cultores a procurar refugiar-se, asceticamente, no deserto das idéias puras, para poder construir, *more geometrico*, pirâmides de conceitos. A última fase desse neoplatonismo,<sup>2</sup> que remonta a Grócio e Leibniz, e atinge o seu paroxismo com a pandectística alemã do século XIX, parece ter-se encerrado com a reação

<sup>1</sup> Cf. a obra já clássica de Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford University Press, Londres.

<sup>2</sup> Helmut Coing (“Diritto e Pensiero Moderno”, na *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1958, pág. 509) observa a esse respeito que o pensamento moderno, pela sua total desconfiança em relação a qualquer tipo de noção geral (os *universalia* da filosofia medieval), pode ser caracterizado como um “platonismo invertido”. Com efeito, enquanto Platão atribuía às “idéias”, das quais a realidade empírica seria uma simples sombra, o mais alto valor de “realidade”, o pensamento moderno só admite fatos concretos e observados empiricamente, assumindo uma atitude nitidamente nominalista. De nossa parte, não nos parece que essa atitude nominalista seja característica de todo o pensamento moderno, mas representa, sem dúvida, uma tendência atuante nos dias que correm, e que, reduzida às suas devidas proporções, pode exercer um útil papel de crítica do pensamento conceitual.

<sup>25</sup> Cf. Parte III.

<sup>26</sup> Cf. Harold Rasch, *Deutsches Konzernrecht*, cit., págs. 162/163.

de Jhering (no *Der Zweck im Recht*) e da *Interessenjurisprudenz* de Philip Heck. Nessa perspectiva histórica, Kelsen é mero epígono da fase anterior.

A “escola analítica” de Austin e dos posteriores especialistas da linguagem jurídica exerceu a útil função de pôr a nu a vacuidade das antigas “definições essenciais” dos conceitos jurídicos, e de emprestar aos juristas maior cuidado no emprego dos termos e na interpretação das normas, em função da sua aplicação prática. Mas ela carece, em nosso entender, da indispensável consideração do plano histórico e sociológico em que se desenvolve a vida do direito. O remédio específico contra o exagero abstracionista da *Begriffsjurisprudenz* consiste, justamente, na permanente correção das definições jurídicas, encaradas como meros conceitos operacionais,<sup>3</sup> em função dos mutáveis conflitos de interesse e da transformação histórica dos valores sociais.<sup>4</sup> A nova ciência jurídica não despreza, evidentemente, os conceitos e as definições, como instrumentos indispensáveis à aplicação do direito, mas considera tais

<sup>3</sup> Os filósofos da cultura insistem, com razão, no caráter instrumental de todo conceito, “ferramentas por nós criadas e que devemos criar, constantemente, para a solução de determinados problemas. Os conceitos não se referem, como as percepções sensíveis, a fatos concretamente dados, a uma situação presente e concreta, mas movem-se, ao contrário, no círculo do possível e tratam, de certo modo, de demarcar o campo das possibilidades” (E. Cassirer, *Las Ciencias de la Cultura*, 2.<sup>a</sup> ed., México-Buenos Aires, 1965, pág. 44). Ora, esse caráter instrumental de todo conceito é muito mais saliente no campo do direito, que é uma ciência de *praxis* e que, portanto, só existe em função da “arte jurídica”.

<sup>4</sup> Como escreveu vigorosamente Ascarelli, “lo sviluppo di un diritto in via interpretativa (quale pure sempre avvenuto e quale avviene sotto i nostri occhi) non si riduce a una specie de commedia degli errori, a una serie di errate interpretazioni filologiche del testo interpretato o errate deduzioni logiche da questo, ma è un processo storico di sviluppo nel quale si fanno valere tradizioni e speranze, convinzioni economiche ed esperienze sociali, ma che non si riduce a un dispiegamento di quanto già virtualmente implicito nel dato interpretato, invece ponendo, attraverso l'ordinamento e il riordinamento delle norme e la ricostruzione della realtà, nuove premesse” (*Saggi di Diritto Commerciale*, Milão, 1955, pág. 183).

instrumentos sempre perfectíveis e provisórios, em função da constante observação histórica da vida humana em sociedade.

Não existe, assim, um conceito “puro” e imutável de sociedade anônima, ou mesmo de sociedade mercantil, mas definições aproximativas, em cada época histórica. Da mesma forma, a permanente evolução da vida humana está sempre a gerar situações jurídicas não explicáveis, totalmente, com os antigos conceitos.

Constitui um truismo reconhecer que a sociedade ocidental, em primeiro lugar, e a humanidade inteira, em seguida, sofreram profundas transformações em seu modo de vida como resultado da chamada “revolução industrial”. É, porém, menos trivial reconhecer que os instrumentos jurídicos tradicionais, herdados de uma civilização predominantemente agrária, são quase todos ineptos a regular a nova ordem social, e que a ciência jurídica deve, doravante, abandonar a sua posição meramente interpretativa, para assumir uma autêntica função criadora, como verdadeira “engenharia social”.<sup>5</sup>

23. Ora, o conceito e a qualificação jurídica do controle dizem respeito, eminentemente, a essa nova realidade social oriunda da revolução industrial. Não que seja impossível descobrir-lhe antecedentes em outras épocas históricas. Mas foi, indubitavelmente, a transformação da civilização industrial que tornou patente a inadaptação dos conceitos tradicionais para a explicação do fenômeno e a sua disciplina jurídica.

Observou-se, assim, que a grande sociedade por ações — anônima ou em comandita — ao contrário das primitivas so-

<sup>5</sup> “Il nostro problema di giuristi, disse Ascarelli, non è solo quello della distinzione tra lecito o illecito, ma anche quello della fantasia; quello della creazione di strumenti, vorrei dire di macchine giuridiche, che possano conseguire determinate finalità, che abbiano freno e motore, che camminino, ma non vadano a finire nei fossi, che cioè contemperino esigenze diverse. I problemi sollevati da una economia industrializzata (o dal desiderio dell'industrializzazione) — como é eminentemente o caso do nosso país — rivelano sotto questo aspetto la loro novità rispetto alla problematica tradizionale” (*Problemi Giuridici*, II, cit., pág. 702).

iedades comerciais, constituía-se quase sempre com duas espécies de participantes: um conjunto de investidores capitalistas, e um punhado de empresários, representando o núcleo de poder. Percebeu-se mais que, enquanto o investimento acionário sofria uma tendência centrífuga, no sentido da sua dispersão e mesmo da extrema pulverização, o núcleo de poder era, ao contrário, trabalhado por incoercíveis forças centrípetas, de reforço às suas prerrogativas de fato. Verificou-se, ainda, que o investimento capitalístico em ações, além dessa tendência à dispersão, apresentava-se sempre mais despersonalizado, primeiro com a criação das ações ao portador, depois com o surgimento dos chamados investidores institucionais — fundos ou sociedades de investimento, fundos previdenciários, companhias de seguros — afastando, decididamente, a massa de acionistas da vida empresarial; ao passo que o poder de controle manifestava-se, desde logo, personalizado, e facilmente identificável, com os novos “barões” da indústria e das finanças.<sup>6</sup>

Diante dessa nova ordem das coisas, tornaram-se vãs todas as tentativas de explicação e de disciplina jurídicas por meio dos institutos tradicionais. A “incorporação” da nova sociedade desde os primórdios, como pessoa jurídica, permitiu que se afirmasse a sua qualidade de comerciante, ou, mais hodiernamente, de empresário. Mas os espíritos críticos mais lúcidos nunca se conformaram com essa assimilação total da pessoa moral à pessoa natural, num antropomorfismo ingênuo. No caso das demais sociedades mercantis, dada a sua homogeneidade interna, ainda era possível falar em “comerciantes coletivos”. Mas o abuso de semântica se revelava patente quando se procurava enxergar na macrocompanhia de capital aberto um organismo unitário, em que o acionista especulador comun-

<sup>6</sup> É preciso reconhecer, no entanto, que essa personalização do poder empresarial aparece hoje bem atenuada, na macro-empresa, pelas exigências do “trabalho em equipe”, em razão da complexidade tecnológica crescente. Há quem sustente que a atual sociedade industrial já deu origem a uma “tecnopestrutura anônima” (cf. John Kenneth Galbraith, *O Novo Estado Industrial*, cit., especialmente no Cap. VI).

gasse no mesmo interesse final com o grande investidor institucional ou o detentor do poder de controle, interno ou externo. A flagrante heterogeneidade dos elementos componentes dessa “pessoa” incitava, de há muito, juristas e tribunais a maior circunspeção em suas conclusões.

De qualquer forma, pelo menos um dos elementos do problema parecia resolvido com base na dogmática clássica. O acionista podia ser considerado, senão um proprietário dos bens sociais — que se declaram pertencentes à pessoa jurídica — pelo menos um proprietário de ações, de valores mobiliários, inconfundíveis com o ativo social.

Persistia, no entanto, a dificuldade de qualificação desse poder de controle empresarial, que se logrou afinal distinguir, ao cabo de árduas reflexões, quer da mera participação acionária, quer do poder de direção social.<sup>7</sup> Os diretores de uma anônima, os juristas sabem o que são, ou pelo menos pretendem sabê-lo: mandatários, segundo a antiga doutrina, órgãos sociais para a nova teoria. Mas, e o controle? Como caracterizar esse poder soberano, que pode corresponder a uma participação minoritária no capital social, ou mesmo se exercer de fora da sociedade?

24. A primeira tentação é a de reconduzir o problema aos esquemas clássicos, e reafirmar a concepção da pessoa jurídica como comerciante ou empresário. Berle e Means, por exemplo, a propósito da disciplina das cessões negociais de controle, avançaram a tese de que o controle nada mais seria do que um bem social ou empresarial, cujo valor pertenceria, de conseguinte, à própria companhia, e não aos seus acionistas, individualmente considerados.<sup>8</sup> Já para o Prof. Rubens Riquião, o controle deve ser considerado um bem imaterial ou incorpóreo, análogo ao aviamento da empresa, “apropriável,

<sup>7</sup> Cf. *supra* n. 6.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, págs. 216/217. Discutiremos essa teoria do controle como *corporate asset*, nos negócios de cessão, mais abaixo, n. 92.

por ocupação, pelo acionista ou pelo grupo que conseguir reunir a disposição do maior número de títulos".<sup>9</sup>

Não nos parece que o problema esteja resolvido com a redução do controle à categoria dos bens jurídicos, ou objetos de direito. A comparação com o aviamento não é elucidativa pois, quando nele se fala, tem-se em mente uma particular organização de bens instrumentais para o exercício da atividade empresarial: a aptidão desses bens a produzir lucros. Mas o controle não é um bem da empresa e, sim, um poder sobre ela. Do seu exercício pode decorrer que a empresa tenha bom ou mau aviamento, mas o controle não se confunde com esse efeito. Há aí uma certa reificação do direito subjetivo, que mergulha suas raízes na ciência jurídica dos romanos e, mais recentemente, na *common law*. Os romanos não distinguiam, nitidamente, os direitos de seus objetos, os *jura dos corpora*; *res corporales* é expressão que, nas fontes, designa tanto as coisas em si mesmas, quanto o direito que sobre elas se exerce.<sup>10</sup> Da mesma forma, a noção de *property*, na *common law*, é sinônimo de bens e não de direito de propriedade.<sup>11</sup> Aliás, resquícios dessa concepção ainda persistem na linguagem popular e em nossos Códigos, mesmo após séculos de distinção escolástica. Não dizemos comumente, designando um prédio, que ele é a nossa "propriedade"? O Código Civil não considera bens imóveis os direitos que sobre eles se exercem (art. 44, n. I)?

25. Há, ainda, quem distinga o controle sobre a sociedade, do controle sobre a empresa.<sup>12</sup> O primeiro se resolveria na designação dos administradores sociais, aos quais competiria o

<sup>9</sup> Conferência pronunciada na sede da Associação dos Bancos no Estado de São Paulo, em 29.11.1974, publicada na RDM, nova série, 1974, ns. 15-16, pág. 23.

<sup>10</sup> Cf. Raymond Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, t. 1.º, 1935, págs. 408/409; Correia e Sciascia, *Manual de Direito Romano*, 2.ª ed., vol. I, § 68.

<sup>11</sup> Cf. René David, *Le Droit Anglais*, págs. 100 e segs.

<sup>12</sup> Cf. Guido Rossi, *Persona Giuridica, Proprietà e Rischio d'Impresa*, Milão, 1967, págs. 115 e segs.

segundo. Os acionistas seriam assim, *ex vi legis*, excluídos do controle empresarial, "sinônimo de poder de gestão e de direção".

Essa opinião, a nosso ver, confunde, lamentavelmente, o poder de controle com o exercício das prerrogativas diretoriais na companhia, como se estas últimas fossem realmente soberanas, isto é, não dependentes, legalmente, de nenhum outro poder, notadamente da assembléia geral. Desde o início deste estudo, tivemos o cuidado de estabelecer a distinção dos três níveis nos quais se estabelece a estrutura de poder na sociedade anônima: o da participação acionária, o da direção e o do controle.<sup>13</sup> Pelo que pudemos verificar nos dois capítulos imediatamente anteriores, o controle pode corresponder a uma participação totalitária, majoritária ou minoritária no capital social, e pode mesmo não corresponder a participação acionária nenhuma, como no caso do controle externo. O órgão diretorial, também, pode assumir o controle, nas macrocompanhias de capital extremamente disperso, como sustentaram Berle e Means pela primeira vez. O que não se pode é pretender que os administradores sociais, pelo fato de exercerem legalmente um poder de gestão empresarial, tenham sempre o controle.

Ademais, a opinião que ora combatemos dá a impressão de conceber a empresa como desligada da sociedade. Sem dúvida, trata-se de duas entidades distintas, e o interesse social nem sempre se identifica, completamente, com o interesse empresarial. É bem verdade que "o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e o interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa" (Lei n. 6.404, artigo 154). Mas o fato incontestável é que, em nosso direito, como no direito italiano e ocidental de modo geral, a empresa é sempre subordinada à sociedade, e a sua exploração constitui, propriamente, o objeto social (Lei n. 6.404, art. 2.º); ela pode desaparecer ou ser transferida, sem que a sociedade desapareça ou mude de controle.

<sup>13</sup> Cf. *supra* n. 6.

Assim, controle sobre a sociedade e controle sobre a empresa não se dissociam, mas representam um só e mesmo poder.

## 26. Mas como defini-lo?

Trata-se, respondem alguns, de um poder sobre bens alheios.

Para que surja a noção de controle, escreveu Claude Champaud,<sup>14</sup> é mister, antes de mais nada, que exista um patrimônio cujo titular se encontre na impossibilidade de gerir os bens de que é proprietário. Qualquer que seja a concepção que se tenha da pessoa jurídica, força é reconhecer que os seus bens são subtraídos à propriedade individual das pessoas físicas, que deles usam e lhes percebem os frutos. Assim, se a existência de um patrimônio coletivo não acarreta, obrigatoriamente, o aparecimento do controle, ela cria, no entanto, uma situação que facilita o seu estabelecimento: a dissociação entre a propriedade e a administração dos bens.

A segunda condição de existência do controle, prossegue Champaud,<sup>15</sup> é a necessidade de delegação dos poderes de administração patrimonial, nas pessoas jurídicas. Se nem todos podem administrar ao mesmo tempo, cria-se uma concentração de poder na pessoa de alguns sobre os bens sociais, que não é ainda o controle, mas que lhe vai permitir revelar-se e estabelecer-se.

A alteração desse "mandato" de administração dos bens coletivos constitui a terceira condição de surgimento do controle.<sup>16</sup> Como a "vontade social" é expressa pela maioria, a esta se atribuem, ao mesmo tempo, as prerrogativas de mandante e de mandatário, prerrogativas essas que confinam com a propriedade, sobre bens de que ela não se pode apoderar sem cometer um delito.

<sup>14</sup> *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, cit., n. 177.

<sup>15</sup> *Ibidem*, n. 178.

<sup>16</sup> *Ibidem*, n. 179.

Trata-se, portanto, de uma noção concorrente da propriedade e que só pode ser definida em função desta.<sup>17</sup>

Será equivalente à posse? Frequentemente, o controle é apresentado como um poder de fato e, aparentemente, o controlador é aquele que exerce de fato os poderes inerentes ao domínio. Mas essa visão das coisas é falsa. Champaud alude ao pressuposto do *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*, da teoria de Savigny, para sublinhar que o controlador não manifesta nem pode fazê-lo, sob pena de cometer um crime, a intenção de apropriar-se dos bens sociais. Tampouco se pode inferir a situação de posse, objetivamente, sem se indagar o ânimo ou a intenção do controlador; pela mesma razão de que a posse faz sempre presumir a propriedade, ou leva a adquiri-la, resultado que é, terminantemente, vedado ao controlador.<sup>18</sup>

Seria então correspondente à simples detenção? O detentor possui a coisa em nome de outrem, e em cumprimento de ordens ou instruções deste, como se diz no nosso Código Civil (art. 487). Ora, o controlador tem um poder que, manifestamente, não pertence ao detentor: a disposição da coisa.<sup>19</sup> O comportamento dos que detêm o controle social se aproxima, sensivelmente, do de um empresário individual. Este é o *dominus*, aqueles os patrões. Eis por que os empresários individuais não hesitaram em recorrer à técnica societária para decuplicar a pujança do seu negócio. A concentração de capitais, no seio da sociedade, acrescia seu poder sem lhes fazer perder as prerrogativas que, anteriormente, exerciam sobre os bens da empresa. Ora, dentre essas prerrogativas, a essencial consiste no poder de dispor desses bens, no de vendê-los, de hipotecá-los ou empenhá-los, de trocá-los, ou de consumi-los.<sup>20</sup>

Tal poder, bem conhecido dos juristas, é o clássico *jus abutendi*, elemento essencial da propriedade.<sup>21</sup> O controle é,

<sup>17</sup> *Ibidem*, n. 180.

<sup>18</sup> *Ibidem*, n. 181.

<sup>19</sup> *Ibidem*, n. 182.

<sup>20</sup> *Ibidem*, n. 183.

<sup>21</sup> Tanto isso é verdade, acrescentamos nós, que o legislador suíço, ao determinar os direitos do proprietário, no Código Civil (art. 641),

pois, o direito de dispor dos bens alheios como um proprietário. Controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica.<sup>22</sup>

A essa magistral demonstração aderiu, entre nós, o Prof. Orlando Gomes.<sup>23</sup>

A rigor, ela já estava implícita nas análises de Berle sobre a separação entre a propriedade e o controle.<sup>24</sup> Recorrendo a uma imagem física, escreveu ele que teria havido uma dissolução do antigo átomo da propriedade (*ownership*) nas suas partes componentes, controle e propriedade de fruição (*beneficial ownership*).<sup>25</sup> Ou então, como preferiu dizer em artigo publicado em 1958,<sup>26</sup> a antiga *possessory property* subdividiu-se em duas funções: *passive receptive* na pessoa dos acionistas, e *managing and creating* com o grupo de controle, que ele identificava com os administradores, obcecado como estava pelo fenômeno do controle gerencial. Este controlador, como escreveu em outro artigo,<sup>27</sup> não é tanto o proprietário de um bem patrimonial, quanto o ocupante de uma posição de poder.

Aliás, a noção de propriedade, aplicada aos bens empresariais, tem sido criticada. Um empresário pode trabalhar em prédios alheios e com maquinaria alienada fiduciariamente, sem que isto quebre a unidade do estabelecimento. Daí por que uma parte da doutrina prefere falar em titularidade do estabeleci-

<sup>22</sup> *Ibidem*, n. 184, 184 bis.

<sup>23</sup> Em "Tema de Sociedade Anônima", RT 429/13.

<sup>24</sup> Sobre as aporias suscitadas por essa distinção célebre, na doutrina européia, discorremos em nosso *Aspectos Jurídicos da Macro-empresa*, São Paulo, 1970, n.os 28 e 29.

<sup>25</sup> *The Modern Corporation and Private Property*, cit., pág. 8.

<sup>26</sup> "Economic Power and the Free Society", reproduzido na coletânea organizada por Andrew Hacker, *The Corporation Take-Over*, Nova Iorque (Harper & Row), 1964, pág. 91.

<sup>27</sup> "Control in Corporate Law", na *Columbia Law Review*, vol. 58, 1958, pág. 1.212.

limitou-se a designar apenas o *abusus*: "Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi".

mento e não em propriedade.<sup>28</sup> Com maioria de razão, "propriedade da empresa" é expressão defeituosa, pois a empresa não compreende apenas bens, mas também homens.<sup>29</sup>

27. Há, pois, quem conceba o controle não como um direito sobre bens, mas como um poder sobre a atividade empresarial. "Controle de uma sociedade por outra", escreveu Giuseppe Ferri,<sup>30</sup> "significa, substancialmente, que a ação da sociedade controlada pode ser, concretamente, determinada pela sociedade ou ente controlador. O controle exprime uma particular situação, em razão da qual um sujeito é capaz de marcar com a própria vontade a atividade econômica de uma determinada sociedade".<sup>31</sup>

28. Essas concepções, a nosso ver, não são antinômicas.

O conceito básico do moderno direito comercial é o de atividade empresarial, substituindo a velha noção de ato de comércio. Atividade é uma série de atos tendentes ao mesmo escopo. Ela engloba tanto atos ou negócios jurídicos, quanto simples atos materiais. Não há, portanto, confundir atividade com ato ou negócio jurídico. A capacidade para a prática de atos difere da capacidade para o exercício de uma atividade. Aquela pode ser absoluta ou relativa; esta é sempre absoluta. Não há pessoas relativamente capazes para o exercício de uma profissão. Por outro lado, o regime da validade dos atos isolados difere do da atividade: no primeiro caso, distingue-se a nulidade da anulabilidade; no segundo, fala-se, mais propriamente, em regularidade ou irregularidade.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Cf. Ascarelli, *Corso di Diritto Commerciale*, 3.<sup>a</sup> ed., Milão, 1962, págs. 328/329; Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, São Paulo, 1969, n. 147.

<sup>29</sup> Cf. Remo Franceschelli, *Imprese e Impreditori*, 3.<sup>a</sup> ed., Milão, 1964, págs. 111/112.

<sup>30</sup> *La Società*, cit. n. 252.

<sup>31</sup> É essa também a tese de Carlo Pasteris, em sua obra *Il "Controllo" nelle Società Collegate e le Partecipazioni Reciproche*, Milão, 1957, págs. 29/30.

<sup>32</sup> Sobre todo este argumento, cf. Auletta, verbete *Attività* na *Enciclopedia del Diritto*, Milão.

Empresário, segundo definição do art. 2.082 do Código Civil italiano, adotada *ipsis verbis* em nosso Projeto de Código Civil de 1975 (art. 1.003), é quem exerce, profissionalmente, uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Ora, quem fala em “atividade econômica organizada” supõe um complexo de bens destinados a um escopo produtivo. Atividade empresarial e estabelecimento constituem, portanto, noções complementares.<sup>33</sup> Da mesma forma, o controle sobre a atividade empresarial implica, necessariamente, o controle dos bens empresariais e vice-versa. Por isso, Champaud afirmou, corretamente, que controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal sorte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica.<sup>34</sup>

Essa dialética de implicação recíproca entre atividade e bens ocorre, necessariamente, quando nos deparamos com bens de produção. E isto nos leva a aprofundar a argumentação em outro nível.

29. A classificação dos bens, em direito, não é simples trabalho de raciocínio lógico e não corresponde a exigências imutáveis da natureza, como as classificações botânicas ou zoológicas. É preciso atentar, constantemente, para os interesses sociais e os valores históricos que as suscitam, sob pena de se frustrar qualquer esforço de compreensão da vida jurídica, em sua perpétua evolução.

A *summa divisio rerum*, das *Institutas* de Gaio, em coisas de direito divino e coisas de direito humano,<sup>35</sup> corresponde a um tipo de organização social ainda profundamente penetrado de valores religiosos.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Cf. G. Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 3.<sup>a</sup> ed., Turim, 1972, n. 17; Ascarelli, *Corso*, cit., cap. VII.

<sup>34</sup> *Supra* n. 26.

<sup>35</sup> “*Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani*” G. 2, 2.

<sup>36</sup> É interessante notar como essa classificação aparece esbatida, nas *Institutas* de Justiniano, quatro séculos depois, pela introdução da

A distinção entre *res mancipi* e *nec mancipi*, fundamental no direito romano clássico, já alia considerações de ordem religiosa — o caráter sagrado do solo itálico, local da fundação<sup>37</sup> — a exigências iniludíveis de uma civilização agrária e de um Estado imperialista.<sup>38</sup> Ela só foi abolida, oficialmente, por Justiniano (C. 7, 31, 1, 5, de 531).

Nos Códigos atuais, a classificação dos bens considerada mais importante é a de móveis e imóveis, fundada no pressuposto de que estes últimos são mais valiosos do que aqueles. Ela só se tornou fundamental a partir do feudalismo, onde a propriedade da terra implicava, necessariamente, poder político. A glosa declarava, assim, que *mobilitum rerum vilis est possessio*.

Ora, o regime capitalista veio diminuir, notavelmente, a importância dessa distinção, ou pelo menos alterar-lhe o sentido de valor. A criação dos títulos de crédito e o desenvolvimento do sistema bancário, o lançamento de valores mobiliários e a fundação de sociedades por ações tornaram anacrônico o adágio *res mobilis, res vilis*.<sup>39</sup> As grandes fortunas podem, atualmente, concentrar-se em títulos e contas, e atribuir ao seu proprietário

<sup>37</sup> Esse caráter sagrado da fundação da *Urbs*, conferindo um valor superior à tradição e à *auctoritas maiorum*, é apontado, com razão, por Hannah Arendt, como a chave da interpretação da civilização romana (cf. *Entre o Passado e o Futuro*, São Paulo, 1972, págs. 162 e segs.).

<sup>38</sup> As *res mancipi*, consideradas as coisas mais preciosas (*preciosiorae res*: G. 1, 192), formavam um *numerus clausus*, e só se transferiam com as formalidades solenes da *mancipatio* e da *in jure cessio*. Eram os fundos e construções em solo itálico, os escravos e animais de tiro e carga, e as servidões de prédios rústicos (G. 2, 14.<sup>a</sup>). Todas as demais eram *nec mancipi*.

<sup>39</sup> Cf. as páginas admiráveis que Ripert dedicou ao assunto em *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1951, Cap. III.

noção de direito natural: “*Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur*” — J. 2, 1 pr.

um poder econômico e político tão grande ou maior do que o domínio eminente do direito feudal.<sup>40</sup>

30. Na verdade, a grande distinção dos bens no direito moderno, a partir da revolução industrial, é a de bens de produção e bens de consumo.<sup>41</sup> Mas ela não aparece em nenhum Código ocidental, justamente porque a sua admissão implicaria o reconhecimento de uma distinção entre os direitos relativos a cada uma dessas espécies de bens, o que o regime capitalista se recusa, tenazmente, a sancionar. O que lhe importa é consagrar, em todas as hipóteses, uma situação de propriedade, equiparando a pequena casa de residência ao bloco de controle acionário sobre um império industrial. Havendo em ambas as hipóteses propriedade, e sendo ela um direito natural, a sua limitação ou, *a fortiori*, a sua supressão, em qualquer ocorrência, é odiosa e ilegítima.

Mas essa ficção de uma equivalência de propriedades vem sendo, há muito, desmentida pela História, especialmente no campo do direito comercial.<sup>42</sup>

Já aludimos, por exemplo, ao binômio títulos de crédito-sistema bancário. Ele contribuiu, decisivamente, para transformar o dinheiro de simples meio de pagamento em bem de produção, desdobrando *ipso facto* os direitos a ele referentes, e

<sup>40</sup> É, por isso mesmo, lamentável que o legislador brasileiro, em 1973, tenha manifestado total desprezo pela realidade econômica e social a ponto de determinar, no Código de Processo Civil, que seguirão o procedimento sumaríssimo as causas, "qualquer que seja o valor (1), que versem sobre a posse ou o domínio de coisas móveis" (art. 275, n. II, a). A menos que se admita — o que certamente não passou pela cabeça de quem redigiu a norma — que "posse" e "domínio" aí não se aplicam aos títulos de crédito, ou valores mobiliários.

<sup>41</sup> Cf. Giovanni Silvio Coco, *Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà*, Milão, 1965, págs. 219 e segs.; A. A. Berle Jr., Prefácio à edição revista de *The Modern Corporation and Private Property*, cit.; W. Friedmann, *Law in a Changing Society*, 2.<sup>a</sup> ed., Londres, 1972; págs. 93 e segs.

<sup>42</sup> Na verdade, não apenas no direito comercial, mas também no direito agrário, com a atribuição de direitos reforçados ao arrendatário do fundo agrícola, em relação ao proprietário.

tornando sem sentido a antiga proibição canônica da usura.<sup>43</sup> Quando o Banco da Suécia e o Banco da Inglaterra, no século XVII, decidiram vincular estreitamente os depósitos bancários ao desconto de cambiais, deram início a esse poderoso mecanismo de captação e aplicação de dinheiro que, num amplo movimento de sístole e diástole, irriga todo o sistema econômico. O depositante perde a propriedade de uma coisa material para se tornar credor do banco, em conta corrente. O banco, por sua vez, superando a velha função de simples guardião de valores metálicos e cambista de moedas, assume um verdadeiro poder de disposição das somas depositadas, dando origem à chamada moeda escritural.

Na locação comercial de prédios, o direito potestativo do locatário de obter a renovação compulsória da locação, ou o de ser indenizado em caso de retomada pelo locador, constituem outra ilustração dessa tendência do direito empresarial de proteger o titular de bens de produção em confronto com o proprietário.

Mais recentemente, esse desdobramento de direitos sobre bens de produção aparece de forma nítida no negócio de *leasing*, em que o proprietário do bem exerce, na realidade, a função de financiador de sua aquisição, com reserva do domínio em garantia, enquanto o locatário tem, de fato, as prerrogativas inerentes à propriedade, o que conduz a situações heterodoxas em matéria tributária.<sup>44</sup>

Por outro lado, consagrando orientação universal, o direito brasileiro também reconhece que "as jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial" (Constituição Federal, art. 168), assegurando ao proprietário do solo a partici-

<sup>43</sup> É o que Ascarelli demonstrou, com clareza, nas páginas conclusivas da sua *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1969, págs. 333 e segs.

<sup>44</sup> Cf. a Lei n. 6.099, de 12.9.1974.

pação nos resultados da lavra, ou uma indenização (mesmo artigo, § 2.º).

Em todas essas hipóteses, como adverte Ripert, assiste-se à substituição de uma propriedade por um direito de crédito. "O regime capitalista transformou os proprietários em credores. Retirou aos homens a posse das fábricas, das casas, dos veículos, das minas, das águas; dando-lhes, em troca, uma parte nos lucros realizados pela exploração desses bens".<sup>45</sup>

Foi esse o mecanismo, por excelência, de criação das sociedades por ações, em que os investidores, perdendo em benefício da pessoa jurídica a propriedade dos bens investidos na empresa, tornam-se titulares de direitos pessoais perante a sociedade, e recebem em troca a propriedade das ações, cuja livre circulação lhes permite recuperar o valor do investimento, sem afetar o patrimônio social. Os acionistas são, assim, excluídos *de jure* da posse e disposição dos bens sociais, pelo diafragma acionário, que lhes dá mera aparência de propriedade, ou melhor, consagra uma propriedade estática, de mera fruição.

O direito burguês, oriundo da Revolução Francesa, decretou o caráter unitário e absoluto da propriedade (*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*, segundo a célebre definição do Código Napoleão), abolindo os desdobramentos reais do direito feudal. Mas, na verdade, como já se advertiu, o que se procurou foi suprimir o domínio eminente — a propriedade estática — e tornar absoluto o domínio útil, a propriedade dinâmica dos que, efetivamente, cultivavam a terra e possuíam os instrumentos de trabalho.<sup>46</sup> No conflito de interesses relativo a bens de produção, foi o poder de controle que prevaleceu sobre o direito de mera fruição.

31. Esse desdobramento dos direitos sobre as coisas em "propriedade estática" e "propriedade dinâmica" não surgiu com nitidez senão após a criação da civilização industrial, com

<sup>45</sup> *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, cit., pág. 132/133.

<sup>46</sup> Cf. Jean Carbonnier, *Droit Civil*, vol. 3, 7.ª ed., 1973, Paris, pág. 88.

o seu ideal do *homo faber*. É por isso que o regime tradicional da propriedade em nossos Códigos, herdado de uma civilização pré-industrial, ainda conserva o seu caráter nitidamente estático. As normas sobre a propriedade são, fundamentalmente, protetoras da fruição exclusiva do *dominus*, normas de tutela, como a reivindicação e os interditos possessórios, sendo a posse entendida como a manifestação por excelência da propriedade. "A lei assegura ao proprietário", dispõe o nosso Código Civil, "o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua" (art. 524). *Der Eigentüemer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen*, declara o B. G. B. (§ 903). E o Código Civil Suíço, por sua vez, edita: *Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi. Il peut la révéndiquer contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation* (art. 641). A preocupação com a proteção da exclusividade do *usus* e do *fructus* transparece nítida, desde a primeira norma conceitual sobre a propriedade, nos Códigos atuais.

Não se cuida do exercício dos direitos oriundos da propriedade e sim do conflito de pretensões sobre a titularidade do bem, isto é, a sua pertinência; pois, como a denominação do instituto indica, trata-se do que é próprio de determinado titular e, por conseguinte, exclusivo de qualquer pretensão alheia.

Ora, a propriedade dinâmica, ou controle sobre bens de produção, não tem por objetivo a fruição, mas a produção de outros bens ou serviços, e, por isso mesmo, implica, necessariamente, uma relação de poder sobre outros homens, na medida em que a produção sai da fase artesanal para a industrial. A propriedade dinâmica de bens de produção é a que se realiza sob a forma de empresa.<sup>47</sup> Perante uma propriedade desse tipo, a problemática fundamental não é a de proteção e tutela contra turbacões externas, mas sim a de fiscalização e disciplina do

<sup>47</sup> Cf. G. S. Coco, *op. cit.*, págs. 74/75, 235/236.

seu exercício, a fim de se evitar o abuso ou desvio de poder. O “controle do controle”, como dissemos de início, é o desafio permanente que se apresenta nessa matéria. O Projeto de Código Civil de 1965 acentuou corretamente a distinção, ao enunciar, em seu art. 377, que “a propriedade, principalmente quando exercida sob a forma de empresa, deve conformar-se às exigências do bem comum, sujeitando-se às disposições legais que limitam seu conteúdo, impõem obrigações e lhe reprimem os abusos”.

Se faz algum sentido introduzir o conceito legal de “empresário”, em substituição ao “comerciante” do direito tradicional, deve-se reconhecer que ele se aplica ao titular do poder de controle sobre bens de produção. O “empresário”, explicou Franceschelli, quando da promulgação do atual Código Civil italiano, “exerce a função de decidir se (se deve), o que fazer e como fazer, assumindo as conseqüências e pois o risco de tais decisões”.<sup>48</sup> Ora, essa função, nas sociedades mercantis, sobretudo nas anônimas, a não ser por figura de retórica, pode ser atribuída à pessoa jurídica em si. A sociedade não é o empresário, isto é, titular do poder de controle, mas o “titular da empresa”.<sup>49</sup> A ligação da pessoa jurídica aos bens sociais não é de *poder* (*plena in re potestas*) e sim de mera *pertinência*. Os bens sociais pertencem à sociedade, mas quem detém sobre eles o poder de disposição é o empresário, ou seja, o titular do controle. Não se pode deixar de reconhecer aí, como já tivemos ocasião de assinalar,<sup>50</sup> o ressurgimento do fenômeno de multiplicação de direitos reais concorrentes sobre os mesmos bens, característico do feudalismo. O titular do poder de controle exerce, efetivamente, como sustentou Champaud, a disposição dos bens alheios e, por isso mesmo, essa “propriedade sob a forma de empresa”

<sup>48</sup> *Op. cit.*, págs. 21/22. Veremos, na última parte deste estudo, como a dissociação entre poder e risco, no direito atual, provém, justamente, da falta de reconhecimento do controlador como empresário, por amor à ficção da personalidade jurídica.

<sup>49</sup> Bracco, *apud* Franceschelli, *op. cit.*, pág. 76, nota.

<sup>50</sup> Cf. o nosso *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, *cit.*, n. 32.

não somente *tem* uma função social, mas é uma função social.<sup>51</sup> A atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis, não no interesse próprio, mas no interesse social, isto é, de todos os sócios *uti socii*. Trata-se, portanto, de um poder-dever, a meio caminho entre o *jus* e o *munus*.

32. É importante assinalar, neste passo, que o poder não fundado na propriedade-pertinência é uma das características do Estado moderno, alcançada ao cabo de longa evolução histórica, em contraste com o “governo patrimonial” das origens. Assim, as notas características da soberania, que a Constituição francesa de 1791 proclamou por primeiro, condensando o pensamento político dos dois séculos anteriores, representam a antítese perfeita do direito de propriedade, definido no Código Napoleão alguns anos mais tarde: a soberania é considerada una, indivisível, inalienável e imprescritível. Como se percebe, a dissociação entre “propriedade” e “controle”, encarada nessa ampla perspectiva, está longe de constituir uma aberração ou originalidade do direito acionário.

Em verdade, só mui recentemente se tem procurado definir o conceito jurídico de poder, destacando-o da noção básica de direito subjetivo.<sup>52</sup> Embora esse trabalho de análise e definição ainda esteja no primórdio, há um consenso geral no considerar o poder uma categoria pertencente à esfera da dinâmica jurídica, em contraste com o estático “interesse juridicamente protegido”. “Concebido como potência”, escreveu Carnelutti,<sup>53</sup> “o poder implica uma idoneidade em modificar o mundo, traduzindo a possibilidade em existência”. Mais precisamente, trata-se da faculdade de produzir efeitos jurídicos pela manifestação de vontade do seu titular. É nesse sentido que o poder se opõe aos direitos de mera fruição. Normalmente, direitos de fruição e

<sup>51</sup> Cf. Pietro Perlingieri, *Introduzione alla Problematica della “Proprietà”, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università degli studi di Camerino*, 1971, págs. 17 e segs.

<sup>52</sup> Cf. Von Tuhr, *Buergerliches Recht, allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1928, § 7.

<sup>53</sup> Cf. *Teoria Generale del Diritto*, 3.<sup>a</sup> ed., 1951, Roma, pág. 150.

poder acham-se reunidos na pessoa do mesmo sujeito, mas a dissociação também é freqüente. Assim, quando Jhering criticou a concepção voluntarista do direito subjetivo, ilustrada sobretudo por Windscheid, argumentando com os direitos dos incapazes, desprovidos de vontade juridicamente relevante, ele deixou na sombra, justamente, o poder jurídico pertencente ao representante legal do incapaz.<sup>54</sup>

A doutrina vai, aos poucos, individuando várias espécies de poder jurídico, como o direito potestativo e a potestade (*potestas*). Carnelutti faz, a esse respeito, uma distinção geral que nos parece importante para os objetivos deste ensaio. Essa idoneidade em modificar o mundo, traduzindo a possibilidade em existência — característica essencial do poder — manifesta-se, diz ele, de duas maneiras: como um *agere*, ou como um *iubere*. No primeiro caso, o sujeito opera diretamente sobre o mundo exterior, enquanto no segundo essa modificação ocorre mediatamente, pela ação ou omissão de outra pessoa, subordinada ao titular do poder. Quando consistente num *agere* o poder é incompatível com um dever, ao passo que um *iubere licere* pode, perfeitamente, combinar-se com um *iubere debere*, exatamente quando o poder é atribuído a alguém no interesse de outrem.<sup>55</sup> Esse poder consistente em produzir efeitos jurídicos, comandando a ação ou omissão de subordinados, tem sido denominado, com a utilização de um termo tradicional do direito romano, *potestas*.<sup>56</sup> O legislador ou o juiz não manifestam propriamente direitos subjetivos, no exercício de suas funções, mas sim potestades. Estas não são, pois, manifestações de simples autonomia, mas de soberania.

<sup>54</sup> Cf. *El Espíritu del Derecho Romano*, 2.<sup>a</sup> ed. abreviada, Madri, 1962, n. 70.

<sup>55</sup> É o que uma certa doutrina de expressão francesa denomina *droit-fonction*, cf. Breth de la Gressaye e Laborde-Lacoste, *Introduction Générale à l'étude du droit*, Paris, 1947, pág. 333; J. Dabin, *Le Droit Subjectif*, Paris, 1952, págs. 221 e segs.

<sup>56</sup> *Op. cit.*, págs. 152 e segs. Vittorio Frosini, verbete *potere* — teoria generale, no *Novissimo Digesto Italiano*.

Chegamos, assim, por outra via, à confirmação do que afirmamos de início,<sup>57</sup> acerca do controle como poder soberano. Já vimos que essa soberania, na sociedade anônima, não se confunde com o exercício das funções administrativas. O controlador não precisa ser diretor da companhia, e pode mesmo nem ser acionista, como ocorre no controle externo. No âmbito das relações de trabalho na empresa, fora do direito societário, o controle se confunde com o chamado poder diretivo, de que constituem emanações tanto o poder regulamentar, quanto o disciplinar.<sup>58</sup>

Há, aí, um autêntico *iussum super partes*, comportando a suprema determinação da atividade empresarial e o conseqüente poder de disposição dos bens da empresa. Em relação, porém, aos acionistas não-controladores, o controle não se manifesta como comando hierárquico, exigindo obediência e cominando sanções, mas como o poder de decidir por outrem, produzindo efeitos na esfera patrimonial desses não-controladores.<sup>59</sup>

A doutrina germânica<sup>60</sup> elaborou uma distinção análoga, entre direitos formadores (*Gestaltungsrechte*), poderes (*Macht-*

<sup>57</sup> Cf. supra n.os 3-5.

<sup>58</sup> Cf. Orlando Gomes e Elson Gottschalk, *Curso de Direito do Trabalho*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio, págs. 71 e segs.; F. Santoro-Passarelli, *Noções de Direito do Trabalho*, São Paulo, 1973, págs. 137 e segs.

<sup>59</sup> O Prof. Miguel Reale considera a "decisão para outrem", ou o "poder escolher para outrem", a "nota distintiva e eminente do poder" (*Pluralismo e Liberdade*, São Paulo, 1963, págs. 214/215). Parece-nos que a preposição de finalidade não indica com clareza a situação passiva da pessoa sujeita ao poder. Posso, com efeito, tomar uma decisão para outrem, ou em seu benefício, na minha esfera de competência, sem eliminar a capacidade decisória do beneficiário.

<sup>60</sup> Cf. A. von Tuhr, *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, trad. de M. de Torrenté e E. Thilo, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Lausanne (*Imprimerie Centrale*), 1933, § 3, II.; Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Munique, 1967, págs. 233 e segs.; Josef Esser, *Schuldrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Karlsruhe, 1960, § 242. Um resumo claro e preciso da doutrina germânica sobre o assunto, na linha do pensamento de von Tuhr, encontra-se em Haluk Tandogan, *Notions Préliminaires à la*

*befugnisse*) e direitos de gestão ou administração (*Verwaltungsrechte*). Essas três categorias pertencem ao gênero comum dos direitos de atuação sobre a esfera jurídica alheia. Mas enquanto o primeiro — correspondente ao direito potestativo da doutrina italiana — se exerce no interesse do próprio titular (*eigen-nützig*), os demais existem no interesse dos sujeitos, sobre cuja esfera jurídica produzem efeitos (*fremdnützig*). Os poderes propriamente ditos comportam, diversamente dos direitos de gestão ou administração, a possibilidade de disposição dos bens alheios como prerrogativa própria e não, simplesmente, derivada. O poder de controle entraria, pois, tipologicamente, nessa categoria.

32-A. Mas como classificar esse novo órgão societário, na teoria geral do direito empresarial?

Se faz algum sentido manter a categoria jurídica do empresário (o antigo comerciante) no campo das sociedades mercantis, não hesitamos em asseverar que o controlador é empresário.

A noção jurídica de empresário, no qual se transmudou o comerciante dos primeiros tempos, ganha novo realce na atualidade em razão das profundas transformações por que passou o sistema jurídico, superando a “grande dicotomia” entre direito público e direito privado.<sup>61</sup> Sem querer repisar fatos universalmente conhecidos, a substituição do Estado liberal pelo Estado social não acarretou, como se imaginava a princípio, uma simples “publicização” do direito privado, mas também uma “privatização” do direito público. De um lado, o Estado passou a lançar mão de típicos instrumentos privados — como a sociedade mercantil e a empresa capitalista, de modo geral — para

<sup>61</sup> A expressão, como sabido, é de Norberto Bobbio: *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, in *Dalla Struttura alla Funzione*, Milão (Edizioni di Comunità), 1977, págs. 123 e segs.

*Théorie Générale des Obligations*, Genebra, 1972, págs. 37 e segs. No Brasil, Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, cit., t. V, §§ 580, 581, 583 e 584) procurou, nem sempre limpidamente, desenvolver essas distinções conceituais.

desempenhar suas novas funções sociais. De outro — e é isto que nos interessa especialmente, no caso — a técnica do direito premial ou promocional substituiu os tradicionais comandos legais permissivos ou proibitivos, ao mesmo tempo em que os particulares passaram a ser responsabilizados pelo cumprimento de funções sociais, criando-se, pois, entre órgãos do Poder Público e sujeitos administrados, a nova categoria dos agentes privados, investidos de funções sociais.

Essas funções sociais figuram, agora, em lugar de relevo nos textos constitucionais. Não é só em matéria de segurança nacional, como quis o nosso *establishment* militar, que se impõe a responsabilidade de toda pessoa física ou jurídica (Constituição Federal, art. 86). É também no campo social e econômico, organizado em função dos objetivos máximos do desenvolvimento nacional e da justiça social (Constituição, art. 160). Doravante, qualquer agente social ou econômico, seja ele funcionário público ou sujeito de direito privado, tem o dever constitucional de respeitar a liberdade de iniciativa e de obrar em prol da valorização do trabalho, da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais e de produção e da expansão das oportunidades de emprego produtivo. Tem o dever constitucional de exercer os direitos de proprietário sem desrespeito às necessidades e carências sociais e de evitar o abuso de poder econômico nos mercados. Podemos dissentir da prioridade social e econômica conferida a esses objetivos e propugnar uma outra definição de metas. Mas não podemos afastar o fato de que esses objetivos estão inscritos no texto constitucional em vigor e, portanto, são obrigatórios, qualquer que seja a noção que se tenha da natureza dessas normas.<sup>62</sup> A promulgação de nova lei acionária veio, aliás, estabelecer, em certo sentido, uma ponte entre o plano constitucional e o societário, ao dizer o legislador ordinário que o controlador tem deveres para com a comunidade em que atua

<sup>62</sup> O estudo mais completo sobre a eficácia das normas constitucionais, entre nós, continua sendo o de José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, 2.<sup>a</sup> ed. (Revista dos Tribunais), 1982.

a empresa, e que ele comete abuso de poder se orienta a companhia para fim lesivo ao interesse nacional (arts. 116, parágrafo único e 117, § 1.º, "a").

Ora, se a atividade econômica é enucleada sobretudo na empresa, privada ou estatal, não se pode deixar de reconhecer que o cumprimento dos deveres constitucionais assinalados só pode ser logicamente atribuído, no seio da empresa, a um sujeito pessoalmente responsável. Esse sujeito, como é óbvio, é o titular do comando empresarial, o empresário.

A identificação do empresário, numa economia dominada pelas macro-organizações e grupos societários, apresenta-se, assim, como problema jurídico de relevante alcance prático e não simples teorema doutrinário. Dele depende a efetividade do sistema constitucional, que já se não limita a desenhar, estaticamente, os elementos componentes da arquitetura estatal, mas impõe os objetivos a serem atingidos pela sociedade como um todo.

A solução encontrada para esse problema na doutrina italiana, na época em que a retórica fascista apregoava a supressão do capitalismo anônimo, com a promulgação do Código Civil de 1942, foi a de atribuir a qualidade de empresário à própria pessoa jurídica.<sup>63</sup>

Tentaremos demonstrar, na terceira parte desta dissertação, que a personalidade jurídica não pode transformar-se, sob pena de monstruoso antropomorfismo, de mero centro de imputação de interesses, em titular de *atividades* ou *poderes*, atributos esses privativos do homem. Dizer que é a própria companhia quem "exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, com a finalidade de produção ou troca de bens ou serviços" (art. 2.082 do Código peninsular) é abusar da metáfora. É manter o velho capitalismo em seu tranqüilo e experimentado anonimato.

Mas assentar a qualidade de empresário do acionista controlador é suscitar, necessariamente, a questão da possibilidade

jurídica de os incapazes e proibidos de comerciar assumirem o *status* de controlador. A única resposta lógica é a negativa, mas ela põe a nu o desequilíbrio atual de nosso sistema jurídico, nessa matéria, em que à nova lei de sociedades por ações não se seguiram, ainda, as indispensáveis adaptações legislativas complementares, tanto no campo estritamente mercantil (leiloeiros, corretores, lei de falências, por exemplo), como no administrativo (estatuto dos funcionários públicos) ou mesmo penal (crimes societários).

Na economia da nova sociedade anônima, o controlador se afirma como seu mais recente órgão, ou, se preferir a explicação funcional do mecanismo societário, como o titular de um novo cargo social. Cargo, em sua mais vasta acepção jurídica, designa um centro de competência, envolvendo uma ou mais funções. O reconhecimento de um cargo, em qualquer tipo de organização, faz-se pela definição de funções próprias e necessárias. Ora, tais funções existem vinculadas à pessoa do controlador, pelo menos do acionista controlador. No vigente direito acionário brasileiro, elas podem resumir-se no poder de orientar e dirigir, em última instância, as atividades sociais; ou, como se diz no art. 116, alínea "b" da Lei n. 6.404, no poder de "dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos demais órgãos da companhia" (com o reconhecimento implícito de que o acionista controlador é um dos órgãos da companhia). Trata-se de um feixe de funções indispensáveis ao funcionamento de qualquer entidade coletiva — como assinalamos anteriormente — e especialmente da sociedade anônima. Poderia, sem dúvida, o legislador manter essas prerrogativas funcionais diluídas no corpo acionário, tal como ocorria no passado. Preferiu, no entanto, desde a Lei n. 6.404, localizá-las no "titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia".

<sup>63</sup> Cf. Remo Franceschelli, *Imprese e Imprenditori*; cit., *passim*.