

Esta parte do trabalho será dividida em capítulos dedicados a aprofundar os temas, partindo da necessidade de se abandonar os antigos ditames da teoria da empresa, seguido de uma análise da ascensão do debate acerca da ética corporativa, com um detalhamento de seus principais temas, quais sejam, a relação entre direitos humanos e negócios, os parâmetros de governança socioambiental, o combate à corrupção, as políticas de diversidade e, finalmente, os aspectos relacionados à desigualdade social. O debate prosseguirá com a análise do estado atual do uso da inteligência artificial na governança corporativa e seus riscos, bem como pela apresentação de um conceito alternativo à análise dos custos de agência baseado nas assimetrias de informação, os quais serão chamados de problemas derivados da assimetria cognitiva. A PARTE III do trabalho será encerrada com a aplicação de tal teoria aos modelos tradicionais de controle societário, com a sugestão de dois novos modelos adaptados à realidade atual.

8. A NOVA TEORIA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA E OS LIMITES DO CONCEITO JURÍDICO DE EMPRESA

O que chamamos aqui de nova governança corporativa é o abandono dos custos de agência como problema central e uma maior atenção dada a questões de ética corporativa, envolvendo não apenas o controlador, os acionistas minoritários e os administradores, mas também consumidores, trabalhadores, organizações da sociedade civil e reguladores. Uma das limitações para tal transição é, justamente, a teoria econômica da empresa e seu respaldo jurídico. Em ambos os casos, existe uma atenção exagerada aos aspectos relacionados com a propriedade privada e uma desvalorização dos aspectos societários, e, por consequência, sociais, das pessoas jurídicas. Tal atenção exagerada não é sem razão. É justamente pelo fato de que as teorias estruturantes da governança corporativa foram fortemente baseadas em visões dogmáticas do direito de propriedade e do direito contratual que foram consolidadas as regras estruturais da pessoa jurídica com uma ficção que reconhece uma suposta realidade pré-existente, derivando-se de tal entendimento a necessidade

de reconhecer uma estrutura de administração executiva especializada e profissional no interesse preponderante dos acionistas.

A recente concentração na teoria da empresa, em sua vertente jurídica e econômica, tendeu a desvalorizar os aspectos éticos das relações sociais e jurídicas abarcadas pela governança corporativa, pois reforça a visão de que as grandes companhias não passam de um conjunto patrimonial. Nesse sentido, a propriedade seria moralmente neutra, pois um objeto não tem moral própria. A responsabilidade moral estaria restrita àquelas que o utilizam. Tal processo limita a transição para o que chamamos de nova governança corporativa, na qual as companhias são demandadas a desenvolver uma forte identidade valorativa.

O presente capítulo, em preparação para o debate sobre ética corporativa, discutirá a articulação entre o conceito jurídico e o econômico de empresa e a necessidade de se recolocar em primeiro plano a pessoa jurídica e, em particular, a companhia, independentemente de seus aspectos meramente patrimoniais.

8.1. A TEORIA JURÍDICA E ECONÔMICA EMPRESA E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

8.1.1. TEORIA ECONÔMICA DA EMPRESA

O conceito econômico de empresa foi originalmente formulado por Ronald Coase, talvez um dos primeiros economistas a dar um tratamento técnico ao tema em seu artigo *The Nature of the Firm*, de 1937⁶⁵². Coase incorporou em sua análise de forma plena as regras estruturais derivadas das teorias clássicas da personalidade jurídica, aparentemente ignorando o próprio conceito de pessoa jurídica para reforçá-lo. Pode parecer contraditório em princípio, mas nosso argumento é que a teoria econômica da empresa, ao buscar afastar o conceito de pessoa jurídica que lhe é inerente, tenta, em verdade, não reconhecer a ação de regras estruturais e da análise distributiva de tais regras. Não sem razão, a teoria do contratualismo econômico baseada no trabalho seminal de Coase segue a

652 COASE, Ronald Harry. *The Nature of the Firm*. *Economica: New Series*, London, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937.

mesma linha, de dar pouco valor à personalidade jurídica e considerar a empresa apenas um “nexo de contratos”, como visto acima⁶⁵³.

Apesar de não dizer abertamente que seu conceito “econômico” de empresa seria o conceito clássico da pessoa jurídica, tal fato fica evidente na formulação inicial do conceito mais importante desenvolvido por Coase, qual seja, o dos custos de transação. O conceito de empresa para Coase se dava em oposição ao conceito de mercado. A empresa começa onde termina o mercado, ou melhor, nas palavras de Coase, a empresa “supera” o mercado⁶⁵⁴. Em tal sentido, identificamos aqui a visão tradicional de separação entre as regras estruturais de direitos dos contratos, que regeriam os mercados, e de direito de propriedade, que regeriam as empresas. Os custos de transação seriam aqueles relacionados à própria identificação e proteção de um preço no mercado, por meio dos contratos. Tais custos seriam reduzidos no interior da empresa, ou seja, dentro do círculo fictício da pessoa jurídica. Coase não estabelece tal diferenciação de forma tão precisa, talvez por falta de uma formação jurídica, ou simplesmente para não reconhecer que seus conceitos eram derivativos de teoria já consolidadas sobre a personalidade jurídica.

Coase entendia também que a função da empresa seria a produção de bens e serviços para a troca, aprofundando o conceito ao propor que o tamanho das empresas seria derivado de sua capacidade de contratar no mercado ou não. Quando os custos de negociar no mercado fossem considerados altos, a empresa faria sua atividade internamente e cresceria. Coase era dedicado, à época, àquilo que se chamava de “economia industrial”, ou seja, o estudo do funcionamento de indústrias específicas, e sua principal preocupação era entender o desenvolvimento de grandes conglomerados empresariais. Em tal análise, o autor se mostrava, ao mesmo tempo, assombrado com o fato de que a mera existência de monopólios e conglomerados em sociedades supostamente com economias de mercado, e deslumbrado com a capacidade econômica de tais estru-

653 Ver item 7.2.2.2 Contratualismo e a Teoria do Nexo de Contratos.

654 “It can, I think, be assumed that the distinguishing mark of the firm is the supersession of the price mechanism”. COASE, Ronald Harry. *The Nature of the Firm*. *Economica: New Series*, London, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937, p. 389.

turas. Tal visão aparentemente conflitante era o resultado do momento histórico de deslumbramento com os complexos industriais na primeira metade do século XX, mas sob o peso da Crise de 1929. O poder dos grandes monopólios e conglomerados cativou igualmente autores liberais e fascistas. No caso de Coase, sua teoria parecia originalmente apresentar uma justificativa para a própria existência de conglomerados e monopólios. A culpa não seria dos próprios grupos econômicos, organizados por meio de constelações de pessoas jurídicas diversas, mas dos chamados “custos de transação”. Ao crescer, as empresas não estariam causando danos à sociedade, por meio da geração de externalidades negativas derivadas de seu próprio tamanho, mas estariam apenas reagindo a fatores externos.

A própria escolha de palavras de Coase, ao buscar descrever a “natureza das empresas” já incorporava tal ideia já presente nos autores liberais de que a realidade seria um dado e que caberia ao sistema jurídico e econômico respeitá-la. As duas teorias da pessoa jurídica se articulam com base nos conceitos jurídicos clássicos de propriedade e contratos. Seguindo a versão clássica de direito de propriedade de John Locke, no “estado civil” deveria ser respeitado o direito de propriedade em razão de tal direito já existir no “estado de natureza”⁶⁵⁵. Da mesma forma, o fato de existir a “entidade real” antes de seu reconhecimento pelo sistema jurídica é que passou a fazer da pessoa jurídica não apenas uma ficção, mas uma ficção legítima, justificando o uso sistemático de ambas as teorias da pessoa jurídica para garantir o direito dos monopólios. Segundo Locke, as formas de aquisição legítimas da propriedade seriam pela forma originária, qual seja, pelo trabalho junto a bens comuns, e pela aquisição contratual⁶⁵⁶. Coase trabalha dentro dos mesmos paradigmas para construir seu conceito natural de empresa.

O artigo de Coase sobre a natureza das empresas permaneceu obscuro por muitas décadas, até que foi resgatado na década de 1960 em

655 LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett, 1980, p. 27.

656 Sobre as formas de aquisição legítima de propriedade em John Locke, ver PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. *Análise dos Custos da Desigualdade: Efeitos Institucionais do Círculo Vicioso de Desigualdade e Corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 22-26.

razão de o próprio autor ter vislumbrado outra concepção dos custos de transação, que seria um parâmetro para analisar o quanto arranjos institucionais favoreceriam ou não a obtenção de resultados eficientes na alocação de recursos. Conforme já mencionado, o artigo de Coase sobre o problema dos custos sociais⁶⁵⁷ deu origem a vários movimentos intelectuais, como a nova economia institucional e a análise econômica do direito, os quais inspiraram o contratualismo econômico discutido.

Apesar de a visão de Coase sobre a natureza da empresa ter sido bastante ampla, no sentido de ser concebida apenas como a superação do mercado, outros autores posteriormente aprofundaram-na, buscando identificar o papel do direito contratual e do direito de propriedade⁶⁵⁸. A mais influente definição econômica de empresa, na linha neoinstitucionalista fundada por Coase, foi a de Oliver Hart e John Moore, em seu estudo dedicado também à natureza da empresa, no qual definiram o seu objeto de estudo da seguinte forma:

Nós identificamos a empresa com os ativos que ela possui e tomamos a posição de que a propriedade confere direitos residuais de controle sobre os ativos da companhia: o direito de decidir como tais ativos deverão ser usados, desde que tais usos particulares tenham sido especificados em um contrato inicial⁶⁵⁹.

657 COASE, Ronald Harry. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

658 Dentre tais aprofundamentos, destaca-se a literatura sobre os custos de transação dentro das companhias, que teve como origem o trabalho de Alchian e Demsetz, inspirando uma área da economia dedicada exclusivamente à análise dos custos de transação com foco principalmente no papel dos contratos na economia moderna, e não no conceito de empresa. ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*, Nashville, v. 62, n. 5, p. 777-795, Dec. 1972. Já Oliver Williamson aprofundou a análise da transição entre contratos e propriedade, e quando se dedicou ao tema da governança corporativa o fez a partir da perspectiva da pessoa jurídica, concentrando-se no tema de *corporate control*. WILLIAMSON, Oliver E. *Corporate Governance*. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 93, n. 7, p. 1197-1230, June 1984.

659 “[W]e identify a firm with the assets it possesses and take the position that ownership confers residual rights of control over the firm’s assets: the right to decide how these assets are to be used except to the extent that particular usages have been specified in an initial contract”. HART, Oliver; MOORE, John. Property Rights and the Nature of the Firm. *The Journal of Political Economy*, vol. 98, n. 6, p. 1119-1158, Chicago: The University of Chicago Press, Dec. 1990, p. 1120.

Para os autores, os chamados direitos residuais de controle seriam os relacionados com a capacidade de excluir outros do uso de tal ativo. Importante notar que os autores, apesar de construírem a teoria econômica da empresa como um direito de propriedade, aderiram à ortodoxia do contratualismo econômico⁶⁶⁰, ao determinarem que tal poder de controle estava limitado pelo contrato inicial, ou seja, o documento societário de constituição da companhia.

Aqui evidencia-se que a teoria da empresa como direito de propriedade é uma versão moderna da perspectiva clássica de propriedade privada, a qual teria sido superada por John Commons⁶⁶¹. Como já discutido acima, Commons ressaltava que o capitalismo teria alterado o conceito de propriedade de valor de uso (*use-value*) para valor de troca (*exchange-value*)⁶⁶². Em tal sentido, para Commons a companhia seria um mero empreendimento ou estabelecimento (*going concern*), ou seja, um conjunto de bens e pessoas orientado para uma determinada direção. Em nossa visão, o conceito econômico de empresa de Coase, derivando sua natureza de uma reação a custos de transação, representa uma reação à fragmentação da propriedade privada proposta pela visão de Commons. Na sociedade moderna, a separação entre propriedade e contrato perde completamente sua relevância, tornando o próprio conceito de custos de transação um conceito instintivo, mas teoricamente irrelevante.

8.1.2. TEORIA ECONÔMICA DA EMPRESA

O momento histórico em que surgiu um conceito jurídico de empresa para respaldar sua visão econômica é simbólico. Os primeiros debates sobre um conceito jurídico de empresa surgiram no âmbito da discussão do Código Civil italiano, sendo um dos pilares do que se pode chamar de regime jurídico fascista. Um dos principais conceitos do regime jurídico fascista é o de “corporativismo”⁶⁶³, com o qual o próprio nome do

660 Ver item 7.2.2 Teoria do Contratualismo Econômico.

661 COMMONS, John. *Legal Foundations of Capitalism*. New Brunswick: Transaction, 1995, p. 12.

662 Ver item 7.2.1 Teoria do Contratualismo Dogmático.

663 O corporativismo era um conceito central do fascismo em sua ambição de superação intelectual do liberalismo, concebendo-se até o ideal de um *homo corporativus*

regime se vincula. O nome fascismo tem origem no termo latino *fascis*, que representava um feixe de gravetos amarrados, a simbolizar, de acordo com a tradição etrusca incorporada pelos romanos, a força daqueles que exerciam funções judicantes, sendo esses, originariamente, reis e, posteriormente, magistrados⁶⁶⁴. A *fascis* era utilizada, *ab initio*, como forma de punição e posteriormente passou a ser um símbolo do poder governamental, seguindo a lógica de que um graveto sozinho seria frágil, mas múltiplos gravetos unidos seriam fortes o suficiente para servir como instrumento de punição.

O “corporativismo” então representava o desejo de volta a uma sociedade dividida em clãs, reproduzindo uma organização tribal e contrária à fragmentação social que é característica das sociedades liberais⁶⁶⁵. Thorstein Veblen já havia bem descrito tal tendência das sociedades que

em substituição ao *homo economicus* de John Stuart Mill. “Thus, the liberal night watchman state was to be rejected in favor of one no longer constrained by the public-private distinction or limited by constitutional guarantees of associational pluralism and inviolable individual rights. At the ideological level, this imperative gave rise to a host of ready-made literati who railed against the unconscionable hedonism of liberal political economy and the degenerative effects of the French Revolution, both of which, it was argued, broke down a natural communitarian moral order, placed the atomized, self-seeking individual above the state, and upended natural hierarchies of quality in the name of social leveling. Invoking such authorities as Plato, Marx, sages like Gino Arias heralded a new state in which *homo corporativus* would arise from the transmuted soul of *homo economicus*. Competition between amoral and materialistic individuals and classes would give way to a harmoniously ordered social totality based on functionalism and natural inequality. Associations would not be voluntary and oriented toward the defense of private interest but would be compulsory and oriented toward the realization of collective interest. Within this new organic order, there would be no empty space or unaffiliated individuals; everyone was to be *inquadrato* (or framed) within functionally specific, corporative associations linked directly to the state.” ADLER, Franklin Hugh. *Italian Industrialists from Liberalism to Fascism: the political development of the industrial bourgeoisie, 1906-1934*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 349.

664 GLARE, P. G. W. *Oxford Latin Dictionary*. Oxford: Clarendon, 1982, p. 677.

665 Tradução livre de: “Celebrating the third anniversary of the March on Rome, Mussolini renounced his earlier Manchestrian understanding of the state and enunciated a new political formula: ‘everything in the state, nothing outside the state, nothing against the state.’ Six months later, he declared: we live in a Fascist state. We have buried the old liberal-democratic state, and thus we are in a state that controls all the forces that vitally affect the Nation. We control the political forces, we control the moral forces, we control the economic forces. We are then in a full Fascist-corporatist state.” ADLER, Franklin Hugh. *Italian Industrialists from Liberalism to Fascism: the political development of the industrial bourgeoisie, 1906-1934*. Cambridge: Cambridge University, 1995, p. 345.

se moviam em direção a regimes autoritários e coercitivos de buscarem organizar toda a atividade econômica também dentro de um modelo autocrático:

Um povo cuja cultura tenha, por qualquer motivo, assumido um pronunciado caráter coercitivo (predatório), com rigorosas distinções de classe, um controle governamental arbitrário, deuses formidáveis e uma classe clerical autoritativa, terá a sua organização industrial e as suas artes industriais modeladas para atender às demandas e à lógica de tais instituições. Tal situação institucional exerce uma grande e difusa restrição no padrão tecnológico em que a arte industrial se torna efetiva sob seu mando, tanto diretamente, por meio de prescrições de coisas a serem feitas e o tempo, local e circunstâncias de fazê-las, e, indiretamente, pelos hábitos de pensamento introduzidos na população trabalhadora vivendo sob seu jugo. Inovação, que seria a utilização do conhecimento tecnológico recentemente adquirido, é gravemente impedida por tais arranjos institucionais que são aplicados por outros impulsos que não o sentimento de arte industrial⁶⁶⁶.

Conforme mencionado por Veblen, as instituições dos sistemas econômico e político sob os quais uma sociedade se estabelece fazem a organização estrutural dessa sociedade impactar a governança das companhias e das demais pessoas jurídicas que nela operam. Por consequência, a estrutura da governança corporativa é um reflexo da estrutura da sociedade na qual a pessoa jurídica sob análise se localiza. Tal conexão pode se dar de uma forma dinâmica, com a estrutura das companhias

666 “A people whose culture has for any reason taken on a pronounced coercive (predatory) character, with rigorous class distinctions, an arbitrary governmental control, formidable gods and an authoritative priesthood, will have its industrial organization and industrial arts fashioned to meet the demands and the logic of these institutions. Such an institutional situation exerts a great and pervasive constraint on the technological scheme in which workmanship takes effect under its rule, both directly by prescribing the things to do and the time, place and circumstance of doing them, and indirectly through the habits of thought induced in the working population living under its rule. Innovation, the utilization of newly acquired technological insight, is greatly hindered by such institutional requirements that are enforced by other impulses than the sense of workmanship.” VEBLEN, Thorstein. *The Instinct of Workmanship and the State of the Industrial Arts*. New York: Macmillan, 1914, p. 41-42.

alterando a estrutura social na mesma medida em que a estrutura social influencia tais entidades. Essa influência pode ser identificada por meio de alterações legislativas, expressas ou não. A existência de determinadas condutas sociais em explícita contradição com textos legais, referendadas por práticas administrativas de órgãos reguladores ou pelo Judiciário, pode também ser resultado desse processo dinâmico⁶⁶⁷.

No caso do regime fascista, tal dinâmica se deu de maneira similar à que foi descrita anteriormente com relação ao regime nazista. Identificava-se um apoio da classe empresarial em um primeiro momento, quando o regime é instaurado, e, em um segundo momento, quando tal regime se estabelece de forma totalitária, ele passa a exercer sua influência sobre a governança das companhias, e aquilo que se poderia chamar de classe empresarial virtualmente desaparece, restando apenas os próprios empresários do regime, ou, mais tecnicamente, do partido⁶⁶⁸⁶⁶⁹.

667 Para uma análise detalhada de tal processo, o qual Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho chamaram de “avesso do direito” e “avesso do direito empresarial”, respectivamente, ver: COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 353-372; e SALOMÃO Filho, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. Marcial Pons: São Paulo, 2015, p. 123-135.

668 “The regime’s response to the depression was not to allow the national syndicates to take charge but to increase the direct role of the state. Public works were considerably expanded, while rationalization, reorganization, and cartelization were encouraged in industry. The first major instrument of state intervention was the creation of the *Istituto Mobiliare Italiano* (Italian Assets Institute, IMI) in 1931 as a state corporation to buy up shares of failing banks, beginning a process by which the state would directly or indirectly control most Italian banking assets. In 1933 the government established the *Istituto per la Ricostruzione Industriale* (IRI), a state corporation to buy shares of and infuse capital into failing industrial enterprises. This became a permanent institution, by 1939 acquiring 21.5 percent of the capital in all joint-stock companies in Italy, gaining control of a number of the major sector of industry, and giving the Italian government ownership of a greater portion of the national economy than in any other nation-state west of the Soviet Union. The growth of other state agencies and regulations continued apace.” PAYNE, Stanley G. *A History of Fascism: 1914-1945*. Madison: University of Wisconsin, 1995, p. 225.

669 O código de 1942, seguindo as diretrizes da *Carta del Lavoro*, reafirma a obrigação do empresário de cumprir, na gestão dos negócios, tanto os princípios do ordenamento corporativo quanto as obrigações decorrentes dele. Esses princípios e obrigações seriam decorrentes de suas obrigações com o Estado fascista, já que ao empresário desenvolve as funções de produção e troca de bens. PUTZOLU, Antonio. Panorama del codice civile fascista. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 66, n. 4, p. 41-64, 1941, p. 56.

No caso específico do *Codice Civile* de 1942, a forma como o corporativismo foi incorporado está mais bem representada na tentativa de criar um conceito jurídico de empresa em seu Art. 2.082⁶⁷⁰⁻⁶⁷¹. O Art. 2.082 estava inserido na Livro Quinto do código, intitulado *Del lavoro*, ou seja, dedicado à regulação das relações trabalhistas, e no seu Título II, chamado de *Del lavoro nell'impresa*. Aqui fica muito bem refletida a ideologia fascista de eliminação das classes sociais com o argumento de que o conflito entre capital e trabalho deveria ser resolvido de forma orgânica, ou seja, no âmbito da empresa e ao entorno da figura do empresário⁶⁷². O corporativismo também refletia dois elementos: o nacionalismo, com a integração da indústria nacional⁶⁷³, e a formação de um

670 ITÁLIA. *Codice civile*, Art. 2082. “Imprenditore. È imprenditore chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195).”

671 Antonio Putzolu, escrevendo então como Subsecretário da Justiça do governo fascista, no texto *Panorama del codice civile fascista*, define empresário como aquele que exerce, profissionalmente, uma atividade organizada PUTZOLU, Antonio. *Panorama del codice civile fascista. Il Foro Italiano*, Roma, v. 66, n. 4, p. 41-64, 1941, p. 53.

672 Que seria representado na figura do empresário, considerado elemento central na teoria jurídica da empresa contida no *Codice civile* de 1942. “La individuazione della persona dell’imprenditore nell’ambito della impresa non sempre è tuttavia agevole: la stessa scienza economica non è sufficientemente precisa a questo riguardo. Per lo più la persona dell’imprenditore si contrappone a quella del capitalista e a quella del lavoratore: tuttavia tale contrapposizione, se è facile a cogliersi nelle ipotesi marginali, non lo è altrettanto nelle ipotesi comuni, in cui difficilmente l’imprenditore assume a categoria nettamente differenziata dall’uno e dall’altro. Normalmente l’imprenditore è anche, in tutto o in parte, capitalista; normalmente l’imprenditore svolge anche esso un’attività che non è soltanto organizzativa, ma è altresì tecnica, mentre i dipendenti non mancano talora di svolgere un’attività organizzativa nell’ambito dell’impresa. Non si è mancato di rilevare che l’imprenditore è in definitiva esso stesso un servitore dell’impresa (il primo dei servitori) e lo stesso codice pone la figura dell’imprenditore sotto il titolo ‘del lavoro nella impresa’. Tuttavia queste immagini metaforiche e questa comprensione dell’imprenditore nella categoria dei lavoratori non debbono indurre in errore in ordine alla individuazione della sua posizione. Due elementi fondamentali servono a caratterizzare l’imprenditore nei confronti degli altri soggetti pure interessati nell’impresa, e cioè nei confronti dei capitalisti e dei lavoratori: *l’iniziativa* e *il rischio*”. FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: UTET, 1972, p. 28.

673 O regime fascista italiano partia do princípio de organicidade diante do qual o ordenamento de produção nacional seria unitário, sendo, portanto, também necessária a manutenção de uma produção ordenada nacional para servir a esse ordenamento. Segundo seus defensores, a estrutura orgânica do ordenamento traria vida ao caráter unitário do fenômeno da produção fascista italiana, apresentada como constante mesmo diante de uma multiplicidade de setores na economia.

corpo de trabalhadores que refletisse a visão de raça propugnada pelo regime fascista. Nem todas as pessoas poderiam ser trabalhadores, nem todas as raças poderiam pertencer àquelas modernas corporações de ofício que seriam as empresas.

Tal conceito foi previamente formulado de maneira clara na *Carta del lavoro*, aprovada originalmente pelo Grande Conselho Fascista em 6 de janeiro de 1927. Como o Grande Conselho Fascista foi apenas constitucionalizado em 1928, representando a identificação entre o Partido Fascista e o Estado italiano, a *Carta del lavoro* não tinha, originalmente, força de lei, tendo sido adotada na sua integralidade pelo Parlamento apenas em 1941. No entanto, é importante destacar que a *Carta del lavoro* representava um conjunto de princípios e diretrizes gerais, de forma que coube ao *Codice civile* refletir o que tais princípios representariam de forma concreta. Dentre os princípios descritos na *Carta del lavoro* de 1927, o texto do tópico oitavo, em particular, permite o entendimento do esforço de criar um conceito jurídico de empresa:

VII – O Estado corporativo considera a iniciativa privada no âmbito da produção como o instrumento mais eficaz e mais útil ao interesse da Nação. Sendo a organização privada da produção uma função de interesse nacional, o empresário é o responsável pela produção perante o Estado. Da colaboração das forças produtivas, resulta uma reciprocidade de direitos e deveres. O trabalhador, técnico, empregado ou operário, é um colaborador ativo da empresa econômica, cuja direção cabe ao empresário, que é o responsável⁶⁷⁴.

Sendo o texto situado no início do regime fascista, fica claro o pacto com a elite empresarial liberal, no sentido de que o corporativismo teria

PUTZOLU, Antonio. Panorama del codice civile fascista. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 66, n. 4, p. 41-64, 1941, p. 54.

674 ITALIA. *Carta del lavoro*, VII. “Lo Stato corporativo considera l’iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell’interesse della Nazione. L’organizzazione privata della produzione essendo una funzione di interesse nazionale, l’organizzazione dell’impresa è responsabile dell’indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva fra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore d’opera, tecnico, impiegato od operaio, è un collaboratore attivo dell’impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro che ne ha la responsabilità.”

como objetivo aplacar os movimentos progressistas de influência marxista, incorporar os programas de segregação racial e garantir a preservação do regime de propriedade privada⁶⁷⁵⁻⁶⁷⁶. No entanto, para atingir tal objetivo, eliminou-se o conceito de companhia e, com este, o ideal liberal de liberdade de associação, passando-se à concepção de que o empresário se torna responsável diretamente perante o Estado, o qual, em tal época, guardava identidade com o Partido Fascista⁶⁷⁷.

Tal princípio da *Carta del lavoro* adiantou em alguns anos o regime de *Führerprinzip* incorporado à lei societária alemã de 1937 e discutida extensamente⁶⁷⁸. O que a *Carta del lavoro* renunciava era a ideia de que seria possível desconsiderar a personalidade jurídica das companhias de forma completa, criando uma identidade entre a empresa, os membros de sua administração, os seus controladores e os membros do Partido Fascista, tornando-se, portanto, irrelevante o conceito de acionista⁶⁷⁹. Tal medida era essencial ao regime, pois a própria ideia de uma

675 “In economics Mussolini introduced the term *autarchy* in March 1936, meaning that the Italian economy was now to become as self-reliant as possible under the growing tutelage of the state. International sanctions due to the Ethiopian war in fact ended three months later, but autarchy became permanent policy. Market forces and foreign competition would be reduced, resulting in growing inflation and higher taxes, as the state increasingly intervened to promote the arms industry and related sectors and dominated more and more of the economy. Felice Guarneri, the bureaucrat who controlled raw material imports for the state, was made minister of foreign exchange in 1937. This new ministry extended further the network of regulation and control. Mussolini even threatened momentarily in a speech of 1936 to have the corporations begin the nationalization of part of industry. What happened instead was that the IRI extended its powers further, dominating industrial finance and encouraging concentration and cartels. Though military spending actually declined slightly in 1937-38, total state spending increased, with large amounts invested in creating a new infrastructure in Ethiopia.” PAYNE, Stanley G. *A History of Fascism:1914-1945*. Madison: University of Wisconsin, 1995, p. 237.

676 Segundo a concepção fascista de economia, as bases da economia fascista seriam o trabalho e a ordem corporativa de produção em função da autarquia com o fim de promover o crescimento da nação. PUTZOLU, Antonio. Panorama del codice civile fascista. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 66, n. 4, p. 41-64, 1941, p. 54.

677 “The Fascist parliament was then reorganized for the last time in 1938, becoming the Chamber of Fasces and Corporations to demonstrate that it was founded not merely on corporative institutions but on the Fascist Party itself.” PAYNE, Stanley G. *A History of Fascism:1914-1945*. Madison: University of Wisconsin, 1995, p. 236-237.

678 Ver item 6.2 O Conceito da Empresa em Si: Autonomia Societária com Substituição de Conteúdo.

679 Putzolu pontua que a participação acionária é colocada como um problema vinculado a um “perigoso fenômeno das empresas em cadeia e dos cruzamentos

sociedade anônima, como o próprio nome já deixa claro, é contrária ao desejo de retorno ao governo pelo clã, marcado por uma identidade hereditária e racial.

A livre circulação de ações permite que qualquer um seja acionista e, por consequência, possa participar do controle societário. Ao eliminar-se a própria ideia de companhia, constituía-se, então, a possibilidade de que todas as empresas, que seriam, então, um conceito amorfo para representar o conjunto dos bens de produção nacional, fossem governadas pelo Partido Fascista, sem a necessidade de estatização. A estatização também seria indesejável na medida em que geraria um direito de indenização aos acionistas, entre os quais diversos indivíduos que seriam inerentemente excluídos do clã, como as pessoas de ascendência judaica. O conceito de empresa ou empresário cumpria, portanto, a função de expropriar os acionistas sem criar um dever de indenização aos excluídos do clã, ampliando o poder dos membros do Partido Fascista dentro das companhias.

O título *Del lavoro* do *Codice civile* de 1942 é creditado, em grande medida, a Alberto Asquini, em razão de ter participado das diversas comissões parlamentares que foram responsáveis pela preparação das minutas anteriores, particularmente da comissão dedicada ao código comercial, o qual foi abandonado em benefício da tese da unificação do direito privado. Asquini exerceu, além de posições no Parlamento fascista, o cargo de vice-ministro do *Ministero delle Corporazioni* do governo de Benito Mussolini, justificando a predominância que exerceu na redação dos aspectos diretamente corporativistas do *Codice civile*.

para multiplicação fictícia do capital. “Il problema delle partecipazioni azionarie, cui è con nesso il pericoloso fenomeno delle società a catena e degli incroci per la moltiplicazione fittizia dei capitali, ha dato luogo a tre inderogabili divieti: il primo concerne l’acquisto, da parte delle società controllate, mediante investimento anche parziale del proprio capitale, delle azioni della società controllata o di altre controllate da quest’ultima; il secondo la costituzione o l’aumento di capitale mediante sottoscrizione reciproca di azioni, anche per interposta persona; il terzo l’assunzione di partecipazioni in altre imprese se per la misura e per l’oggetto di esse risulta sostanzialmente modificato l’oggetto sociale determinato dall’atto costitutivo.” PUTZOLU, Antonio. Panorama del codice civile fascista. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 66, n. 4, p. 41-64, 1941, p. 61.

Com o colapso do regime fascista no ano de 1943, coube a Asquini o esforço de defesa do texto do *Codice civile* para além dos argumentos meramente corporativistas da ideologia fascista, apesar de não os ter abandonado inteiramente desde o princípio. Um exemplo de tal esforço pode ser identificado em seu influente artigo sobre os *Perfis da empresa*. Asquini busca as críticas de autores que duvidavam da utilidade de um conceito jurídico de empresa e questionavam a sua inserção no *Codice civile* de 1942. Considerando-se a mudança de regime político que se seguiu quase imediatamente à promulgação do referido código, não era de se admirar o desejo de Asquini de defender o texto promulgado. Seria possível imaginar que, com a queda do fascismo e o subsequente fim do regime monárquico que tinha dado respaldo ao totalitarismo, também as peças legislativas que tinham sido erigidas sob tal regime fossem alteradas. Asquini buscou, então, justificar o seu conceito jurídico de empresa com base em sua visão da função econômica da empresa e nas interconexões entre tal conceito e as teorias da pessoa jurídica e do direito societário⁶⁸⁰, a qual merece aqui ser revisitada.

Asquini defende de forma veemente que a teoria da empresa deveria assumir uma posição central na ciência do direito comercial⁶⁸¹, revelando a amplitude de sua ambição intelectual com o *Codice civile*. Segundo Asquini, para a construção de tal teoria da empresa haveria a necessidade de se considerar o conceito de empresa como um fenômeno econômico poliédrico, já que esses perfis que o conceito poderia assumir iriam se relacionar cada qual com conjuntos diversos de institutos jurídicos⁶⁸². Para ele, o *Codice civile* de 1942 trazia a noção de empresa, mas

680 “As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado.” ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 109-110.

681 “Uma vez que a matéria mais viva e mais rica de conteúdo na teoria jurídica de empresa é dada pela empresa comercial, a construção desta teoria é sobretudo um dever – o novo dever – da ciência do direito comercial.” ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 126.

682 “O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos

não necessariamente vinculava os significados econômicos às equivalentes noções jurídicas. Diante da multiplicidade de perfis, a teoria proposta buscava não um mero conceito jurídico de empresa, mas uma disciplina dedicada a compreender todos os aspectos da vida da empresa de forma supostamente dinâmica⁶⁸³, sendo tal característica a que provavelmente mais cativou seus adeptos.

A utilidade da compreensão da natureza jurídica da empresa, para Paula Forgioni, está relacionada não aos diversos perfis que uma empresa poderia assumir, como defendido por Asquini, mas ao fator que compõe o objeto de estudo do direito comercial. Esse fator, para ela, poderia advir tanto dos entes da organização, quanto da forma como eles interagem no mercado⁶⁸⁴. Forgioni parte de uma definição de empresa como instituição social, apresentada por Fábio Konder Comparato, para posicioná-la como agente econômico⁶⁸⁵. Segundo tal lógica, o direito comercial e a empresa seriam inseparáveis e a função do direito comercial seria a disciplina da interação das diversas empresas no mercado a partir de lógica própria⁶⁸⁶. Para Forgioni, há uma insuficiência em se direcionar o foco na teoria dos diversos perfis da empresa ou como novo dever da ciência do direito comercial, ou como essencial ao intérprete no proces-

diversos elementos que o integram.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 109.

683 “Mas a técnica do direito não pode dominar o fenômeno econômico da empresa para dar uma completa disciplina jurídica, sem considerar distintamente os diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que nela existem.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 125.

684 “A compreensão da empresa é útil à identificação dos entes cuja organização e interação no mercado integram o objeto de estudo do direito comercial.” FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

685 FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

686 “Se assim for feito, concluir-se-á que, sem a empresa, o direito comercial e toda a sua lógica não teriam razão de existir, pois, hoje, ele aí está para disciplinar, de acordo com sua lógica peculiar, a empresa e sua interação com outras empresas no mercado.” FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

so de aplicação da lei a cada caso⁶⁸⁷, refletindo sobre o fato de que não existe um debate relevante na jurisprudência sobre o próprio conceito jurídico de empresa⁶⁸⁸. A hipótese levantada por Forgioni de que o conceito jurídico de empresa tem pouca utilidade na vida do direito comercial tem apenas se fortalecido no caso brasileiro. O tema é, em termos práticos, pouco debatido no Judiciário ou é utilizado apenas de forma retórica, para reforçar aspectos já claramente previstos em lei⁶⁸⁹. Isso reflete o fato de que o tema também é ignorado pela sociedade em geral, mesmo após décadas da entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002, o qual aderiu integralmente às lições de Asquini.

Para Asquini, o *Codice civile* de 1942 teria sido capaz de refletir o que acreditava ser o conceito econômico de empresa, que seria aquele construído com base na definição de atividade profissional⁶⁹⁰. Mas Asquini trata como universal a ideia de que o conceito econômico de empresa teria qualquer relação com a existência de uma atividade profissional, sendo que, na verdade, tal visão era bastante peculiar à ideologia fascis-

687 “O conceito de empresa, ovacionado pela doutrina, quase nada serviria ao homem de negócios e mesmo ao jurista que enxergasse além da janela de seu gabinete.” FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

688 Paula Forgioni destaca que o uso limitado do conceito poderia estar restrito apenas, no caso do direito brasileiro, à aplicação em alguns casos da legislação falimentar ou da legislação relacionada às locações urbanas, sendo que, em ambos os casos, o que se identificou foi a adoção de conceitos muito genéricos de atividade empresarial, os quais, na prática, não representam qualquer restrição útil do ponto de vista jurídico. “Seria assim, forçosa a dedução de que a caracterização da empresa (ou do empresário) prestar-se-ia, quando muito, a determinar a incidência de dois diplomas (Lei 11.101/2005 e Lei 8.245/1997).” FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 90.

689 Poder-se-ia argumentar que a referência ao conceito de preservação da empresa no Art. 47 da Lei nº 11.101/2005 representaria um bastião da defesa da relevância do conceito de empresa. No entanto, o termo “empresa” neste caso aplica-se apenas aos casos de empresários individuais, pois nos de sociedades empresárias o que se preserva é a pessoa jurídica da sociedade. A diferença entre a recuperação judicial e a falência é a preservação da pessoa jurídica, razão pela qual a lei, ao tratar da falência, passa a se referir à preservação dos bens da massa falida.

690 “O conceito econômico de empresa feito pelo Código Civil é aquele do ordenamento corporativo que é um ordenamento com base profissional.” ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 110.

ta fundada no corporativismo. Para os economistas clássicos, o desenvolvimento capitalista seria fundado em conflitos: para Adam Smith, o conflito entre profissionais independentes e as corporações de ofício monopolistas; para Ricardo, o conflito entre os capitalistas e a nobreza; e, para Marx, o conflito entre burguesia e proletariado.

No entanto, para Asquini, tais conflitos estavam resolvidos com base em um conceito de empresa corporativista caracterizada como uma organização de trabalho e de capital cujo fim seria a produção de bens ou serviços para a troca⁶⁹¹. Nesse contexto, o empresário é aquele que exerce o trabalho organizado, responsável pelos resultados da empresa, e que age como intermediador e criador de riquezas⁶⁹². O lucro seria uma forma de remuneração especial a esse trabalho qualificado do empresário e, conseqüentemente, atuaria como uma motivação normal da atividade empreendedora⁶⁹³. Outro elemento essencial da empresa seria o caráter

691 “Tal como o conceito econômico de empresa refere-se essencialmente à economia de troca, pois somente na órbita da economia de troca, a atividade do empresário pode adquirir caráter profissional. É, portanto, empresa no sentido do Código Civil, toda organização de trabalho e de capital tendo como fim a produção de bens ou serviços para troca.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 110.

692 “Enquanto atividade de intermediação de riquezas é exercida quando, na atividade do empresário, ele emprega trabalho e capital disponíveis no mercado ao ponto de satisfazer a demanda dos bens e serviços exigida, a função criativa seria exercida quando a atividade do empresário fosse capaz de organizar e criar a partir dos bens ou serviços já oferecidos por ele no mercado.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 111.

693 Apesar de fazer parte da realidade de funcionamento da empresa, o lucro não seria essencial a ela, mas natural e inerente à empresa econômica. “A doutrina econômica da empresa faz parte da dinâmica da economia, pois o fenômeno da produção se desenvolve necessariamente no tempo e é sobretudo em relação à variação no tempo, do resultado útil da empresa para o empresário (risco da empresa), que o trabalho organizado do empresário assume relevo econômico. O risco da empresa – risco técnico inerente a cada procedimento produtivo, e risco econômico, inerente à possibilidade de cobrir, os custos do trabalho (salários) e dos capitais (juros) empregados, com os resultados dos bens ou serviços produzidos para a troca – faz com que o empresário se reserve um trabalho de organização e de criação para determinar de acordo com adequadas previsões o modo de atuação da produção e da distribuição dos bens. É esta a contribuição típica do empresário; daí aquela especial remuneração do empresário chamada lucro (margem diferencial entre os resultados e os custos) e que constitui o motivo normal da atividade empreendedora no plano econômico.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder

profissional da atividade do empresário, responsável por conferir longevidade à organização, bem como gestão suficiente para a operação natural da empresa. Esse trabalho profissional seria exercido pela utilização do princípio da divisão do trabalho e pela necessidade de se racionalizar o tempo e as despesas da organização. Para Asquini, a durabilidade e capacidade de organização da empresa estariam intimamente unidas ao próprio objeto da empresa⁶⁹⁴.

O conceito econômico de Asquini, apesar de estar baseado em uma matriz ideológica totalmente diversa, em muitos aspectos não diverge do conceito de empresa originalmente formulado por Ronald Coase. Ambos representam esforços de lutar contra os efeitos de fragmentação da propriedade privada causada pelo próprio capitalismo moderno.

Tal visão do que seria o conceito econômico da empresa permitiu a Asquini desenvolver sua teoria poliédrica, segundo a qual existiriam quatro perfis jurídicos da empresa: subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo. Considerando-se a influência de tal teoria no direito e na doutrina brasileira, passa-se agora a investigar cada um desses perfis.

O perfil subjetivo considera empresa como sinônimo de empresário⁶⁹⁵, caracterizado como tal quando nele se verificam os seguintes

Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 116-117.

- 694 Ele pontua, ainda, que a empresa imediatista, tradicional do novo século, teria este seu caráter compreendido pelo funcionamento da economia. Assim, o imediatismo não seria um fenômeno de caracterização principal, mas um fenômeno marginal. “Na economia de troca o caráter profissional da atividade do empresário é um elemento natural da empresa. O princípio da divisão do trabalho e a necessidade de repartir no tempo as despesas da organização inicial, de fato, orientam naturalmente o empresário, para especializar a sua função através de uma atividade em série, dando lugar a uma organização duradoura, normalmente, com escopo de ganho. A extensão da duração da empresa é, além disso, inerente ao próprio objeto da empresa (Ex.: construção de uma estrada, fornecimento periódico de mercadorias). [...] A empresa imediatista pode, portanto, ser tomada em consideração pela economia, somente como um fenômeno marginal.” ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 111.
- 695 Esse uso é motivado por algumas considerações do Código Civil e leis especiais. “O Código Civil e as leis especiais consideram, com frequência, a organização econômica da empresa pelo seu vértice, usando a palavra em sentido subjetivo como sinônimo de empresário.” ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio

elementos: ser um sujeito de direitos, exercer uma atividade econômica organizada, tal atividade ter o fim de produção para a troca de bens ou serviços e seu exercício ser profissional⁶⁹⁶. Para Asquini, o empresário seria responsável por realizar uma atividade empresarial, definida como uma organização do trabalho alheio e do capital próprio e alheio⁶⁹⁷. Assim, para ele, a simples profissão não traria elementos que permitissem a configuração de empresário⁶⁹⁸.

Ao centrar uma definição de empresa na existência de um empresário e de elementos definidores dessa figura, Asquini acaba por não considerar as relações jurídicas estabelecidas pela empresa com os outros atores econômicos, fato que, para Forgioni, comprometeria a utilização e cientificidade da teoria proposta⁶⁹⁹. Ainda, pela lógica aplicada por Asquini, não bastaria que o indivíduo possuísse os quatro elemen-

Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 113-114.

- 696 “A definição de empresário, segundo o código, resulta do art. 2082 - ‘É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de bens ou serviços’. Emerge desta definição (malgrado alguma imperfeição, inevitável a todas as definições) a direta referência da noção jurídica do empresário à noção econômica de empresa, como acima mencionada.” ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 114.
- 697 “Uma atividade empresarial (organização do trabalho alheio e do capital próprio e alheio) que implica de parte do empresário a prestação de um trabalho autônomo de caráter organizador e a assunção do risco técnico e econômico correlato.” ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 114.
- 698 “Não é ainda empresário quem exerce uma simples profissão (o guia, o mediador, o carregador etc.) nem de regra, quem exerce uma profissão intelectual (o advogado, o médico, o engenheiro etc.), a menos que o exercício da profissão intelectual ‘dê lugar a uma atividade especial, organizada sob forma de empresa (art. 2238), como no caso do exercício da farmácia, de um sanatório, de uma instituição de ensino etc.’” ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 114-115.
- 699 “Na economia contemporânea, não se pode mais conceber a empresa de forma isolada. Essa visão, que a confina nas próprias fronteiras, desliga-a do funcionamento do mercado, reduzindo impropriamente a análise. A empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’ no mercado, e o faz principalmente por meio dos contratos. Não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas *transações*.” FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93-94.

tos que definiriam um empresário: seria também necessário que sua atividade não fosse um mero exercício de profissão simples ou trabalho artístico. Como analisado por Juliana Krueger Pela, Asquini parece partir da premissa de que a profissão artística seria incapaz de obter caráter empresarial⁷⁰⁰, mesmo quando a atividade econômica fosse organizada, exercida por um sujeito de direitos, tivesse caráter profissional, ou seja, fosse dotada de continuidade, e tivesse o fim de produção para troca de bens ou serviços. A visão de Asquini, em tal ponto, pode parecer absolutamente fora de propósito na sociedade contemporânea, na qual a atividade artística é desenvolvida por companhias em escala global de forma exponencial pelo próprio uso das modernas tecnologias de comunicação⁷⁰¹. Mas já era completamente desconexa da realidade em seu próprio tempo, no qual já se identificava a ascensão da grande indústria artística da música, do cinema, da televisão, das artes gráficas e da moda, entre outras.

O perfil funcional da teoria de Asquini seria baseado na empresa como atividade empresarial, ou seja, como uma organização produtiva que operaria, por definição, no tempo, de forma dinâmica guiada pelo empresário⁷⁰². Para Asquini, o conceito de atividade empresarial seria ca-

700 “O vigente Código Civil Brasileiro importou, não sem adaptações, o conceito de empresário do Código Civil Italiano de 1942. Ao fazê-lo, distingue empresário dos ‘profissionais intelectuais, de natureza artística, literária e científica’. A premissa é a de que a profissão artística é desprovida de caráter empresarial. Ainda que a razão esteja com Ascarelli e a explicação para essa distinção seja meramente um juízo de valor ou uma política legislativa, o caso Rembrandt descortina uma incongruência. Não pode o artista ser empresário? Não deve o Direito reconhecer o caráter empresarial da profissão artística? A descrição de Alpers da organização do ateliê de Rembrandt e de sua forma de inserção no mercado desconstrói um dos mais conhecidos exemplos didáticos invocados para ilustrar a categoria dos ‘não-empresários’. Se há tempos essa distinção carecia de sentido para mim, ficou ainda mais difícil explicá-la após a leitura da obra de Alpers.” PELA, Juliana K. Rembrandt e o Direito Privado. *Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 110, p. 319-327, jan./ dez. 2015, p. 324-325.

701 Em tal sentido, ver o estudo de Luiz Guilherme Valente sobre o moderno tratamento dos registros artísticos pelo direito da propriedade intelectual no Brasil e em diversas jurisdições, não apenas contemporaneamente, mas em uma perspectiva histórica. VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. *Direito, arte e indústria: o problema da divisão da propriedade intelectual na economia criativa*. 2019. 375 p. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

702 Asquini considera a empresa como uma atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo. “E razão da empresa econômica ser uma

paz de contribuir para uma definição de empresário e uma diferenciação dos tipos de empresários, permitindo uma identificação do instituto jurídico a ser aplicado em cada caso concreto a partir de cada tipo de empresário⁷⁰³. Ao incorporar o conceito de ato objetivo de comércio⁷⁰⁴, ele dispõe uma noção de atividade empresarial⁷⁰⁵ que seria reduzida a uma série de operações (fatos materiais e atos jurídicos) que se sucederiam no tempo, dotadas de constância e ligadas entre si pelo fim comum, no qual o lucro seria ocasional⁷⁰⁶.

Apesar de a definição desse perfil tentar posicionar a atividade empresarial como uma força em movimento, permanece ainda uma perspectiva profundamente estática do direito de propriedade. Um dos exemplos que evidenciam tal equívoco é a definição dessa atividade como uma “atividade organizada para a empresa”⁷⁰⁷. A empresa seria, então, defi-

organização produtiva que opera por definição, no tempo, guiada pela atividade do empresário é que, sob o ponto de vista funcional ou dinâmico, a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 116.

703 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 116.

704 Essa teoria da empresa considerava a existência de operações fundamentais da empresa, que poderiam ser passivas, ativas ou acessórias. As passivas estariam destinadas às contratações e organização do trabalho. As ativas estariam voltadas à troca dos bens e serviços colhidos ou produzidos. Finalmente, as acessórias estariam voltadas às operações auxiliares às operações passiva e ativa. O fator conector dessas operações era o fim de organizar a produção para a troca (um fim de intermediação). ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 117.

705 O conceito de atividade empresarial possuiria, para Asquini, duas características principais: tanto seria uma atividade voltada para recolher e organizar a força de trabalho e o capital necessários para a produção ou distribuição de determinados bens ou serviços quanto uma atividade voltada a realizar a troca desses bens ou serviços colhidos ou produzidos. ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 117.

706 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 118.

707 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 116.

nida pelo tipo de atividade empresarial exercida e, conseqüentemente, pelo tipo de empresário⁷⁰⁸. Por essa lógica, a importância conferida ao tipo de empresário estaria na sua aparente capacidade de revelar a natureza da atividade empresarial⁷⁰⁹. Ao vincular a definição da empresa à atividade empresarial organizada exercida e ao tipo de empresário, Asquini acaba por excluir, em ambos os cenários, as interações estabelecidas entre a empresa e terceiros, fundamental, para Forgioni, na delimitação da empresa⁷¹⁰. Tal exclusão, em nosso ver, não era fruto de uma limitação analítica, mas proposital, de forma a controlar quem poderia e quem não poderia fazer parte das empresas e, por consequência, ter acesso aos bens de produção.

Em tal ponto, vê-se uma das mais nocivas influências de tal visão no direito brasileiro, isto é, a ideia de que é necessário primeiro identificar a atividade empresarial para depois permitir que seja efetivamente desenvolvida. Uma das demonstrações históricas mais nefastas de tal tipo de modelo regulatório estava na Lei dos Entraves, já estudada em detalhes anteriormente⁷¹¹. Naquela oportunidade, o interesse era de restringir a liberdade de constituição das sociedades anônimas. Mas quando a Lei dos Entraves foi finalmente repelida, a Lei nº 3.150, de 4 de novembro

708 “De qualquer forma, deixando de lado a questão das palavras, não há dúvida que o conceito da atividade empresarial tem uma notável relevância na teoria jurídica da empresa; antes de mais nada porque para se chegar à noção de empresário é necessário partir do conceito de atividade empresarial (n. 6); em segundo lugar porque, da diversa natureza da atividade empresarial – agrícola ou comercial – depende a qualificação do empresário como empresário agrícola ou comercial (arts. 2135, 2195); em terceiro lugar, para a aplicação das normas particulares relativas às relações da empresa.” ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 116

709 A distinção feita por Asquini foi de natureza da atividade empresarial, sendo delimitada entre comercial ou agrícola, e qualificação do empresário, entre comercial ou agrícola. ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 117.

710 “A empresa não apenas ‘é’, ela ‘age’, ‘atua’ no mercado, e faz principalmente por meio dos contratos. Não vive *ensimesmada*, medida com seus ajustes internos, ela revela-se nas *transações*.” FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 94.

711 Ver item 7.1. O Contratualismo Clássico como Resposta a Traumas nos Mercados de Capitais.

de 1882 criou restrições injustificáveis, por exemplo, ao livre registro de sociedade anônimas na indústria alimentícia. Tal tendência se manteve a partir da ideia – enraizada em nosso sistema tributário e societário a partir de então – de que seria possível identificar, em tese, determinadas atividades econômicas que, por um lado, não poderiam ser realizadas por microempresas ou empresas de pequeno porte (como previsto no Art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006) ou que, de forma ainda mais gravosa, seriam inerentemente de microempresas ou empresas de pequeno porte, como também fazem crer os §§ 5º-B e 5º-C do Art. 18 do mesmo texto legislativo, alcunhado “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”. Também injustificável é a exclusão das cooperativas e das sociedades anônimas dos benefícios tributários previstos na mesma legislação, conforme, respectivamente, os incisos VI e X do Art. 3º do mesmo texto legislativo.

Pode-se identificar diversos exemplos no direito brasileiro de tentativas de criar compartimentos societários para, em verdade, limitar a atividade empresarial. Tais limitações parecem ser feitas sem lastro em qualquer tipo de política pública de maior relevância. Não parecem atreladas a qualquer plano de desenvolvimento industrial ou econômico, mas apenas dispostas a responder a interesses econômicos pontuais, sendo mecanismos corporativistas no sentido dado por Asquini. Com base no “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”, por exemplo, um grupo de jovens engenheiras ou engenheiros que tivesse como propósito criar uma sociedade anônima para oferecer um produto financeiro inovador estaria duplamente impedido de obter os benefícios fiscais de uma microempresa: primeiro, pela sua constituição como sociedade anônima e, segundo, pelo desenvolvimento de uma atividade financeira. A quem interessaria tal limitação? Possivelmente apenas aos poderes já estabelecidos que não desejariam qualquer tipo de inovação ou competição.

Tais regimes criam castas societárias: a das pequenas empresas e a das grandes empresas. Em tese, tais compartimentos teriam como objetivo proteger e beneficiar os pequenos empresários. O efeito de longo

prazo, no entanto, pode ser exatamente o contrário. Os benefícios fiscais para pequenas empresas fazem com que, em um determinado momento da vida empresarial, o empreendedor tenha que escolher entre crescer ou manter a lucratividade. Caso cresça o faturamento, perde os benefícios fiscais. Tal mudança brusca estimula uma economia de pequenas empresas sem capacidade de investimento e inovação, destinadas a serem superadas pela revolução tecnológica que se avizinha. Tal prática é recorrente no direito brasileiro, ao conceder supostos direitos aos mais pobres, mas que, na verdade, acabam tornando-se mecanismos de proteção dos privilégios dos mais ricos⁷¹².

Como se vê, o chamado perfil funcional da empresa não é um outro lado do conceito poliédrico da empresa. É uma outra forma de explicar o único lado do conceito, que é o corporativismo no qual todos os conflitos sociais inerentes à grande companhia são resolvidos pela subjugação da atividade empresarial a um regime cujo objetivo é preservar o poder do clã. Seus efeitos em sociedades pouco institucionalizadas, como a brasileira, são, potencialmente, a manutenção da segregação social e a baixa inovação no sistema econômico, derivada da manutenção de determinados grupos sociais na periferia do regime econômico, de forma que seus valores, demandas e preferências não sejam refletidos pelas grandes companhias.

O perfil patrimonial defendido por Asquini é o que melhor revela a visão antiquada do direito da propriedade que se propugnava. Entre as principais particularidades desse patrimônio está a sua capacidade de se separar do empresário e adquirir valor econômico próprio⁷¹³. Tal entendimento levaria à compreensão do patrimônio como *universitas*, já discutido anteriormente, ou seja, de universalidade patrimonial no sentido

712 Já tivemos oportunidade de analisar tal efeito no âmbito do tratamento dos direitos econômicos e sociais no Brasil, em particular com relação ao direito à saúde. Ver PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. Social Rights Against the Poor. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Viena, v. 7, n. 4, p. 454-475, 2013.

713 “Uma força em movimento – a atividade do empresário – que tem o poder de desmembrar-se da pessoa de empresário e de adquirir por si mesma um valor econômico (organização, aviamento).” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 119.

originário do direito romano. No entanto, Asquini sugere a possibilidade de serem objetos desse patrimônio tanto o conceito de patrimônio aziendal (complexo de relações jurídicas), quanto o de azienda *res* (complexo de bens)⁷¹⁴. No primeiro, a referência é o complexo de relações jurídicas, com centro no empresário, construído pela prática da atividade empresarial; no segundo, o objeto da definição é o complexo de bens que seria instrumento do empresário no exercício da sua atividade⁷¹⁵. Asquini então refere-se ao fato de que o *Codice civile* adotou esse último conceito, ao definir o estabelecimento, em seu Art. 2555, como “complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa”⁷¹⁶. Nesse ponto, é curiosa a argumentação de Asquini ao dizer que não seria essa a sua opinião, mas a do código, sem revelar que havia sido o próprio Asquini o principal redator dessa parte do texto legislativo.

A definição do chamado perfil patrimonial é uma forte evidência do foco de Asquini no conjunto de atos praticados pelo empresário no seu processo de organização, bem como nos bens de produção⁷¹⁷. Ou seja, reconhece que a sociedade empresária moderna é baseada na separação entre propriedade e controle para, em seguida, negar novamente tal separação em favor de um conceito pouco realista e totalitário da figura central do empresário. Forgioni, criticando esse ponto, apresenta ainda a noção de Galbraith na qual a figura do empresário, nas empresas industriais amadurecidas, teria sido substituída por uma “tecnoestrutura”, diferente do quanto teorizado por Asquini. Aponta, com precisão, que

714 “Os dois conceitos de patrimônio aziendal (complexo de relações jurídicas) e de azienda *res* (complexo de bens) resultam, portanto, consagrados pelo novo código.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 120.

715 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 120-121.

716 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 120.

717 Forgioni trata de tal tema ao debater a complementação do conceito de empresa na doutrina brasileira e ao teorizar sobre a macroempresa. FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 65-66.

a figura do empresário teria sido substituída pela administração⁷¹⁸, que é uma estrutura crescentemente mais complexa, formada por diversos órgãos, não cabendo uma teoria da empresa completa que tivesse como elemento central a figura do empresário. A visão de Asquini é baseada na ideia do empresário como líder máximo totalitário da sociedade empresária que inspirou o modelo de governança corporativa baseado no *Führerprinzip*.

Por último, Asquini traz aquele que é, na verdade, o único verdadeiro perfil de sua teoria: o perfil corporativo. Argumenta que, para a compreensão de tal perfil, o conceito de empresa precisaria ser analisado a partir da ideia de empresa como instituição no sentido técnico, a qual define como sendo uma “organização de pessoas – voluntária ou compulsória – embasada em relações de hierarquia e cooperação entre os seus membros, em função de um escopo comum”⁷¹⁹. Aqui residiria uma aparente contradição, porque, nos demais perfis, a empresa é centralizada no empresário, mas aqui passa a ser uma organização de pessoas formada por seu empresário, por seus empregados e colaboradores⁷²⁰. Tal grupo comporia um núcleo social com organização, objetivo e regras internas comuns, além de ser estruturado por hierarquia estabelecida pela disputa entre o poder de mando do empresário e a obrigação de fidelidade dos colaboradores ao interesse comum⁷²¹.

718 “Com o advento da sociedade anônima moderna, o surgimento da organização exigida pela tecnocracia e pelo planejamento modernos e a separação entre o dono do capital e o controle da empresa, o empresário não mais existe como pessoa individual na empresa industrial amadurecida. Conversações cotidianas, exceto nos manuais de Economia, reconhecem essa alteração. Elas substituem o empresário, como força direcional da empresa, pela administração. Esta é uma entidade coletiva e imperfeitamente definida’. Todos aqueles que ‘trazem conhecimentos especializados, talentos ou experiência às tomadas de decisão de grupo’ inserem-se nessa ‘tecnoestrutura!’” FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.

719 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 122-123.

720 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 122.

721 “O empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma

No entanto, um olhar mais detido pode reconhecer que não existe tal contradição, pois o modelo é baseado no *Führerprinzip*. A principal representação disso está na importância dada à hierarquia para o próprio conceito de instituição⁷²², bem como a quem fica resguardado o poder de mando (o empresário)⁷²³. Uma figura completamente ausente na análise de Asquini é o acionista, em particular os acionistas minoritários e, com eles, o próprio conceito de capital. A empresa de Asquini simplesmente existe, sem qualquer referência à sua origem. É a empresa que um dia foi uma sociedade com investidores minoritários, alguns deles de origem judaica, que foram expropriados no processo de ascensão do fascismo. Uma vez estando o regime estabelecido, a empresa deve seguir o seu papel predeterminado pelo Partido Fascista, e o responsável por implementar o programa é o empresário, essa figura indeterminada que pode ser o controlador, o presidente do conselho ou o diretor executivo, desde que seja a pessoa que controla a hierarquia. Em última instância, é o reconhecimento de uma governança corporativa baseada em um poder de fato e não de direito, totalmente externo à companhia e capaz de desvirtuar o próprio conceito de pessoa jurídica⁷²⁴.

de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção. (...) A organização se realiza através da hierarquia das relações entre o empresário dotado de um poder de mando – e os colaboradores, sujeitos à obrigação de fidelidade no interesse comum.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 122-123.

722 “Instituição é toda organização de pessoas – voluntária ou compulsória – embasada em relações de hierarquia e cooperação entre os seus membros, em função de um escopo comum.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 123.

723 “Na empresa como organização de pessoas, compreendendo o empresário e os seus colaboradores, concentram-se todos os elementos característicos da instituição: [...] o poder ordenatório do empresário em relação aos trabalhadores subordinados.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 124.

724 Sobre o conceito de controle societário absolutista como uma forma desvirtuada de governança corporativa, ver item 13. O Quadro Referencial das Teorias Estruturantes da Governança Corporativa e sua Relação com os Modelos de Controle.

Apesar de suas limitações, é inegável a influência da teoria da empresa de Asquini (inscrita no *Codice civile* de 1942) no direito brasileiro, particularmente com relação à definição de empresário do Art. 966 do Código Civil pátrio⁷²⁵. É bem verdade que o parágrafo único do referido Art. 966 poderia, caso corretamente interpretado, resolver qualquer dúvida quanto à relevância do tema. Segundo o texto legal, não seria considerado empresário “quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”. Se o exercício da profissão constituir elemento de empresa, ou seja, se ela for organizada profissionalmente, toda profissão poderia ser objeto de atividade empresária. Inegavelmente, o texto do código brasileiro, escrito originalmente em 1975⁷²⁶ e transformado em lei em 2002, acabou por apresentar uma linguagem amplíssima, o que dificulta a sua aplicação pelos tribunais e, em parte, justifica a pouca utilidade prática do conceito.

8.2. A REGULAÇÃO DOS GRUPOS ECONÔMICOS E O RETORNO À PESSOA JURÍDICA

Fábio Konder Comparato, em *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, levanta a discussão sobre a tese defendida por Lorenzo Mossa, em oposição à teoria de Asquini, de que a sociedade empresária superaria o conceito de empresa, englobando-o e, em grande medida, tornando o conceito de empresa inócuo⁷²⁷. O autor opõe-se a Mossa, argumentando

725 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (“Código Civil”). Art. 966. “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

726 MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 20-21.

727 Diante de tal tese, a sociedade anônima seria apenas uma técnica jurídica de organização da empresa. Assim, não faria sentido haver duas entidades (uma jurídica e outra econômica), mas um mesmo fenômeno visto por ângulos diferentes. “É o que sustenta com vigor uma tese francesa recente. A sociedade anônima nada mais seria do que a técnica jurídica de organização da empresa. Não há mais duas entidades, uma jurídica e outra econômica, mas um fenômeno visto de dois

que existiriam casos capazes de evidenciar a necessidade de um conceito jurídico de empresa de forma incontestável e definida frente à sociedade empresária. Tal discussão é relevante para identificarmos quais elementos do conceito de empresa são ainda valiosos para o modelo analítico da governança corporativa aqui proposto, com atenção ao exercício do controle das pessoas jurídicas.

Um dos exemplos trazidos por Fábio Konder Comparato seria o setor das pequenas e médias sociedades⁷²⁸. Em tais sociedades, a empresa propriamente dita seria irrelevante, pois representaria atividades de baixo uso de capital. Segundo ele, em tal setor não caberia uma confusão entre sociedade e empresa por dois motivos.

Um motivo é o fato de os interesses da totalidade do capital acionário serem homogêneos, o que não permitiria uma contraposição entre capitalistas e empresários e ainda deixaria o comando supremo das atividades sociais para o acionista. Isso seria admissível partindo-se da percepção de que as micro e pequenas empresas são todas também relacionadas a pequenos negócios que têm a perspectiva de permanecerem pequenos

Quando se transforma o olhar para ver nos pequenos negócios de hoje os grandes negócios de amanhã, a confusão entre acionista controlador, empresário e administrador é apenas momentânea. Nas atuais sociedades de grande crescimento, também chamadas de *startups*, esse estado de coisas é apenas momentâneo, não chegando a durar mais que alguns meses. Logo, são acrescidos os chamados “investidores anjo”, que depositam capital suficiente apenas para levar a companhia a realizar uma primeira rodada de captação de capital privado, ou eventualmente a receber investidores institucionais. No caso das *startups*, em uma questão de pou-

ângulos diferentes.” COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 85.

728 “Na amplitude de sua afirmação a tese representa, porém, evidente extrapolação. No largo setor das pequenas e médias companhias, não há possibilidade de confusão entre sociedade e empresa. A homogeneidade de interesses da totalidade, senão da maioria, do capital acionário, não contrapõe capitalistas a empresários, e deixa o comando supremo das atividades sociais com o acionista.” COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 85.

cos anos, tal negócio, que em um momento passado foi pequeno, pode tornar-se uma grande companhia de alcance global. Para Comparato, ao escrever sua famosa tese em 1970, essa realidade seria ainda impen-sável, mas hoje não pode ser negada. Tal sensibilidade contemporânea poderia ser interpretada como um argumento contrário a qualquer tipo de regime societário que discrimine pequenas e grandes empresas⁷²⁹.

Outro motivo pelo qual os pequenos negócios deveriam ser vistos de forma diferente seria a predominância, nos pequenos negócios, dos interesses dos sócios e do capital, ao passo que, na macroempresa, os interesses dos sócios e do capital seriam reduzidos, sobrepondo-se o interesse da própria organização societária. Como exemplo, Comparato argumenta que é concebível um acionista vender a sua participação acio-nária na General Motors, mas não seria possível imaginar a General Motors abandonando a indústria de Detroit⁷³⁰. Nos últimos cinquenta anos também se identificou uma profunda fragmentação do vínculo das companhias com os locais e com as suas próprias atividades negociais. O exemplo escolhido por Comparato foi adequado, pois a General Motors continua dedicada à indústria de veículos automotores, mas, por

729 Calixto Salomão Filho, em sua obra intitulada *A sociedade unipessoal*, já havia, por exemplo, refutado os argumentos que poderiam justificar o regramento jurídico das pequenas empresas como empresa individual e não sociedade unipessoal. Em particular, refutou o argumento principiológico do contratualismo de que não seria possível uma sociedade unipessoal em razão de a sociedade não ter uma pluralidade de sócios capaz de formar o referido “contrato” social, argumentando que a visão contemporânea das organizações societárias como contrato-organização demandava uma visão dinâmica da sociedade que admitisse a sua existência com apenas um sócio, mesmo que apenas na sua constituição. Tal argumento contratualista seria necessário para defender a relevância de se manter uma perspectiva sistemática do direito societário, não admitindo como sociedades organizações que não tivessem todas suas características essenciais. Calixto Salomão Filho argumenta que tal defesa, de uma perspectiva sistêmica, não se justifica, pois até mesmo países de base fortemente contratualista, como a própria Itália, já teriam, à época, adotado o regime da sociedade unipessoal. SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 36-37.

730 “Pode-se imaginar uma grande acionista da General Motors vendendo a sua participação acionária, como sucedeu (e aliás compulsoriamente) com a Du Pont de Nemours em 1961. Mas não se concebe a sociedade anônima General Motors abandonando a famosa indústria de Detroit. A importância da empresa impõe-se aí de modo irrecusável à sociedade anônima, e acaba formando com ela um só todo.” COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 85-86.

um lado, migrou sua principal fábrica para o Estado de Tennessee e teve seu valor de mercado superado por outras companhias, inclusive do setor automobilístico, em razão de transformações tecnológicas, como o uso de motores elétricos.

Um caso famoso e simbólico de alteração de atividade negocial ocorreu com a IBM, ao abandonar a produção de computadores pessoais, que a tornaram internacionalmente reconhecida, para concentrar-se na prestação de serviços de consultoria, com particular atenção à inteligência artificial. Outras gigantes contemporâneas do surgimento da internet, como a Yahoo, transformaram-se, sob a pressão da concorrência, em meras sociedades *holdings* de participações em negócios que acabaram se tornando maiores do que elas próprias, subvertendo a própria lógica originária do capital e da formação de grupos econômicos. Mais uma vez, as novas tecnologias acabaram por tornar a sociedade mais importante que a empresa, mesmo naquelas que Comparato qualificou como macroempresa, pois é apenas no âmbito societário que é possível reorientar negócios desafiados pela obsolescência tecnológica.

Comparato considerava que as sociedades *holdings* seriam uma exceção no mundo empresarial, uma vez que, em tais organizações, é inegável que o aspecto societário supera o aspecto empresarial⁷³¹. Com as mudanças radicais nos padrões tecnológicos das últimas décadas, as sociedades *holdings* deixaram de ser uma exceção e tornaram-se a regra. A partir dos anos 1980, identificou-se o processo que ficou conhecido como a quarta onda de fusões e aquisições, com um aumento crescente em número e valor das operações societárias ao redor do mundo, em

731 Ele afirma ainda que, mesmo avaliando outras grandes companhias, ainda seria possível encontrar hipóteses diante das quais há uma separação nítida entre a pessoa jurídica societária e a exploração empresarial, como nas *holdings* cujo objetivo social é a detenção de capital acionário por motivos fiscais em vez da gestão da empresa. “Por outro lado, mesmo no setor das grandes companhias, existem hipóteses de nítida separação entre a pessoa jurídica societária e a exploração empresarial. É o que sucede, por exemplo, com as sociedades *holding*, cujo objeto social não é a gestão de empresas, mas a detenção de um capital acionário, geralmente por razões fiscais.” COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 86.

processo quase ininterrupto até o momento atual⁷³². As grandes companhias deixaram de investir em produtos ou serviços específicos para se tornarem máquinas capazes de concentrar capital ou posição financeira suficiente para adquirir não apenas concorrentes diretos, mas quaisquer detentores de novas tecnologias, de maneira muito próxima à descrita por Veblen⁷³³.

Um caso extremo é o das companhias com propósito específico de aquisição (*special purpose acquisition companies*, ou SPACs). São companhias abertas sem qualquer objeto social especificado ou mesmo propósito que não o de realizar aquisições, baseadas exclusivamente na capacidade demonstrada pelos administradores em realizar operações bem-sucedidas. É um caso radical de companhia aberta que já surge como uma *holding* pura e sem relevante transparência para os investidores da área na qual ocorrerá o investimento. Mas outros exemplos demonstram a crescente predominância da figura das *holdings* nos mercados de capitais. Algumas das maiores companhias abertas do mundo, como a Alphabet, Inc., migraram da estrutura de uma companhia especializada para a de uma companhia *holding*, com um número muito limitado de empregados diretos dedicados às relações com investidores e secretaria societária de suas sociedades controladas, como a Google, LLC. Em outros casos, já não é possível identificar a diferença funcional entre as companhias propriamente ditas e fundos de investimento, em processo reforçado pela própria transformação de alguns dos maiores fundos de investimento do mundo em companhias abertas, como o Blackstone Group Inc., em 2007, e o The Carlyle Group Inc., em 2012.

Comparato, apesar de ter escrito sua análise das macroempresas décadas antes do atual processo de globalização econômica alimentado pela revolução tecnológica, já havia identificado um dos problemas relacionados com a expansão transnacional daquelas que chamava de ma-

732 Sobre a quarta onda de fusões e aquisições, ver VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3. ed. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2000, p. 193-195.

733 Sobre o conceito de “máquina negocial” de Veblen, desenvolvido em sua obra *The Theory of the Business Enterprise*, ver item 6.1. O Falso Conflito entre Proprietários e Administradores e a Grande Depressão.

croempresas. Tal problema seria o risco da despersonalização em razão do distanciamento da macroempresa com relação aos seus acionistas e na relação econômica entre o capital e o trabalho⁷³⁴. O autor considerava problemático o fato de que praticamente a universalidade daquelas que chamava de macroempresas era organizada sob a forma de sociedades por ações. Um dos motivos para a adoção das companhias como forma organizacional da macroempresa seria o fato de que personalidade jurídica permite que a macroempresa opere como um “centro de interesses” para direitos e obrigações⁷³⁵.

O autor problematiza o conceito de pessoa jurídica por considerá-lo inexato por definição. A constituição de uma pessoa jurídica organizada no entorno de um “centro de interesses”, diante dos quais são relacionados subjetivamente direitos e obrigações, seria capaz de ocorrer tanto em associações ou sociedades quanto em fundações ou instituições⁷³⁶. Enquanto para associações e sociedades os associados estariam em primeiro plano, para fundações e instituições a prioridade caberia aos bens destinados à persecução do fim da organização⁷³⁷. Tal debate é profundamente contemporâneo, pois, à medida que as estruturas societárias globais foram tornando-se mais complexas, motivadas, em grande medida, pelo planejamento tributário, deixaram de ter o formato piramidal identificado originalmente por Berle e Means e passaram a compor uma rede de conexões societárias. As grandes companhias globais passaram a ser compostas por um número gigantesco de pessoas jurídicas, assumindo em algumas jurisdições a forma de companhias, em outras a de sociedades limitadas, ou ainda associações, como no caso das *Vereine*

734 “O que importa lembrar aqui é que a macro-companhia acentua ao extremo essa predominância das coisas sobre os homens, transformando-se em gigantesco mecanismo de poder econômico despersonalizado, tanto no que se refere aos seus acionistas quanto no que tange à relação econômica entre o capital e o trabalho.” COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 88.

735 COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 87.

736 COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 87.

737 COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 87.

suíças, ou fundações, como a *Stichting* holandesa. Tal rede confere a tais organizações uma aparência ainda mais espectral do que a visão originária de Coke sobre as pessoas jurídicas.

Em sua análise original, Comparato já havia diagnosticado com precisão que não se poderia dar excessiva atenção às pessoas jurídicas em geral e às organizações societárias, sob pena de termos o efeito da despersonalização, ou seja, de tornarmos impossível a correta responsabilização das grandes companhias ou de se criar a possibilidade do desvirtuamento do uso das próprias estruturas societárias⁷³⁸.

Alguns anos depois, em sua obra sobre o controle das sociedades anônimas, publicada em 1976, Comparato indicou uma possível solução jurídica para tal problema, que seria “a criação do direito dos grupos econômicos como sistema distinto do direito societário tradicional”⁷³⁹. Parece-nos que a forma mais atualizada de compreender o fenômeno da macroempresa originariamente descrito por Comparato não seria com recurso à teoria econômica ou jurídica da empresa, desenvolvidas, respectivamente, por Coase e Asquini. Como visto, a excessiva atenção dada por tais teorias a aspectos patrimoniais tenderia a reforçar a ideia de “neutralidade” das macroempresas, reforçando o fenômeno da despersonalização, que nada mais é do que uma dificuldade em responsabilizar as grandes companhias pelos danos causados à sociedade. Revela-se mais adequada a proposta de regulação jurídica dos grupos econômicos, entendidos como essa possível rede de pessoas jurídicas constituídas sob múltiplos sistemas legais.

Calixto Salomão Filho, em diálogo com Comparato, ao comentar a mesma obra, sugeriu um tratamento jurídico dos grupos econômicos que se diferencia do tratamento do grupo econômico para efeitos in-

738 Exemplos de tais desvirtuamentos poderiam ser encontrados na tese de Claude Champaud sobre usos inadequados de regras societárias para atender às demandas de companhias com substantivo poder econômico derivado da monopolização de mercados, a qual teve profundo impacto na reflexão de Fábio Konder Comparato sobre o conceito de controle societário. CHAMPAUD, Claude. *Le Pouvoir de concentration de la société par actions*. Paris: Librairie Sirey, 1962.

739 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, p. 376.

ternos, da resolução de conflitos de interesse, e para conflitos externos, envolvendo credores de forma geral, seja os financeiros, seja os emergentes de danos causados pela atividade empresarial⁷⁴⁰. Para os conflitos externos, com base na jurisprudência alemã, Calixto Salomão Filho sugere uma metodologia na qual se busque identificar, com base em fatos, o beneficiário final da atividade econômica, seja pessoa jurídica ou natural, invertendo-se o ônus da prova da existência do grupo econômico para o seu controlador. De tal forma, caberia ao controlador demonstrar que as pessoas jurídicas individualizadas que compunham o grupo econômico tinham suficiente independência administrativa e gerencial.

Em uma investigação sobre os aspectos mais primordiais sobre o conceito de pessoa jurídica, identificaríamos no reconhecimento da possibilidade de um *collegium*, *universitas* ou *capitulum* ser excomungado, ou seja, ser objeto de punição pelo direito canônico, pelo Papa Inocente IV, no século XIII, o efetivo reconhecimento de pessoas jurídicas como sujeitos de direitos e deveres de forma autônoma do governo central, ou *imperio*⁷⁴¹. As diversas organizações eclesásticas da Igreja Católica não poderiam ser consideradas pessoas jurídicas propriamente ditas, pois o conceito do Papa Inocente IV não pretendia reconhecer a liberdade das ordens, mas apenas permitir a sua punição, reforçando o poder central do papado. Ou seja, na origem do conceito de pessoa jurídica não está a ideia de eliminar responsabilidade, mas, sim, de constituí-la. O esforço presente tanto na teoria econômica quanto na teoria jurídica de não reconhecer a centralidade do conceito de pessoa jurídica está em apagar os efeitos das regras estruturais. As regras estruturais operam-se por meio das pessoas jurídicas e a análise da responsabilidade sobre as atividades empresariais somente é possível quando tal relação é plenamente reconhecida.

Assim, com relação ao nosso ponto de partida, ou seja, o conceito de governança corporativa como o estudo do exercício do poder de

740 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 432-436.

741 DEWEY, John. The Historic Background of Corporate Legal Personality. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 35, n. 6, p. 655-673, Apr. 1926, p. 665.

controle nas pessoas jurídicas, é importante ressaltar que esta interpretação deve estar sempre no plural, ou seja, reconhecendo a necessidade de análise dos grupos econômicos. Tal análise deve partir da identificação dos beneficiários finais e da forma concreta como o controle é exercido por cada um dos atores envolvidos. Como vimos anteriormente, a questão da responsabilização das pessoas jurídicas, ou melhor, a questão da não responsabilização das pessoas jurídicas, sempre foi o problema central das teorias tradicionais da governança corporativa. O debate sobre a ética corporativa depende de recolocarmos a pessoa jurídica no seu *locus* original, que é o de servir, prioritariamente, como veículo para a responsabilização por danos causados à sociedade.

9. A ÉTICA COMO QUESTÃO CENTRAL DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

Ética corporativa é, hoje, um assunto proeminente tanto no ambiente de negócios como no ambiente acadêmico. O interesse pelo tema, neste trabalho, está em investigar o debate contemporâneo sobre a matéria para responder à questão de se a ética corporativa é considerada a ética da própria companhia ou a ética daqueles que são responsáveis pela governança corporativa de tais sociedades. Ao realizar tal investigação, pretende-se entender como tal tema se relaciona com as teorias estruturantes da governança corporativa investigadas anteriormente no presente trabalho⁷⁴². Para tanto, partiremos para uma contextualização do debate no âmbito da literatura de governança corporativa para o estudo da literatura específica em ética corporativa, propondo, ao final, uma nova perspectiva sobre o tema.

9.1. O CONCEITO DE GOVERNANÇA ENTRE A ÉTICA PRINCIPIOLÓGICA E A ÉTICA VOLUNTARISTA

Os debates sobre a ética corporativa têm atraído muita atenção de inúmeros grupos da sociedade, como consumidores, a mídia, organiza-

742 Ver PARTE II.