

Revista de Direito Mercantil

Nova Série Ano XXII  
N. 50 Abril-Junho/1983



# Revista de Direito Mercantil

# Industrial Econômico Financeiro

Nova Série Ano XXII  
N. 50 Abril-Junho/1983



22. Petter Lee, "Law and Practice with respect to Insider Trading and Trading on Market Information in the UK", *Round Table or Corporate Law and Securities Regulation, University of Pennsylvania Law School*, março de 1981.

23. O art. 68 (8) assim dispõe "(8) The provisions of this section shall not prohibit an individual by reason of his having any information from — (a) doing any particular thing otherwise than with a view to the making of a profit or the avoidance of a loss (whether for himself or another person) by the use of that information; ..."

24. Petter Lee, cit., nota 20.

25. Norma Parente, cit., nota 2.

26. Luis Gastão de Barros Leães, cit. nota 1, p. 189; Modesto Carvalhosa, cit. nota 1, p. 167.

27. No Inquérito Administrativo CVM 14/81, referente a *insider trading* praticado por Administrador de Companhia Aberta, o então Presidente daquela autarquia, Dr. Jorge Hilário Gouveia Vieira, entendeu que o *insider trading* praticado por pessoas que não o administrador pode constituir uma "prática não equitativa".

28. Diferentemente do que ocorreu com a *Rule 10 b-5*, que foi qualificada por Louis Loss, referindo-se à sua eficácia, como sendo um "dark horse of dubious pedigree but very fleet of foot" ("Fiduciary Concept", in *Modern Law Review*, 33/40).

29. Hawes, Lee, Robert, cit. nota 10.

30. Entre nós, Modesto Carvalhosa argumenta decididamente que a responsabilidade do insider é *objetiva*, amparado na lição de Valverde ao analisar a responsabilidade dos administradores por ato ilícito ou violador do estatuto. Assim, entende Carvalhosa que: "A convicção do juiz sobre a prática do *insider trading* deve ser haurida de dois elementos: 1. a existência de fato relevante ainda não divulgado ao público (art. 157); 2. a compra e venda, pelos *insiders*, de valores mobiliários emitidos pela companhia no período que seria entre a posse da informação sigilosa e a sua divulgação junto ao público. Estabelecidos esses dois fatos, estarão configurados os elementos objetivos de convencimento para a condenação dos *insiders*, seja por responsabilidade civil junto aos investidores prejudicados, seja para a sua responsabilização junto à companhia (arts. 158 e 159), seja para aplicação de sanções administrativas decretadas pela CVM" (ob. cit., nota 1, p. 169).

31. Sobre a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva no sistema financeiro, vide: Arnoldo Wald, "A culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade pessoal do diretor de Banco", RDM 24, 1976; Liane Maia Simoni, "O Regime Jurídico da Responsabilidade dos Administradores de Instituições Financeiras", RDM 44, 1981.

32. Francisco Maciel Musnich, cit., p. 41.

33. Caso Shapiro v. Merill Lynch, cit. nota 10. Sobre a questão do nexa causal vale a pena transcrever o seguinte trecho do artigo de Hawes, Lee and Robert "... US Courts have had to struggle with the issue of causation, however, because in an anonymous market, other contemporaneous traders are not influenced by the insiders trade, and because "matching" of trades between outsiders and insiders is difficult and somewhat fortuitous... Because non-disclosure, not trading caused the harm, the theory of causation may be expressed in "but for" terms — that is, but for the failure to disclose, the outsider would not have traded" (cit. nota 11, p. 375).

34. Incorreta, portanto, a posição da CVM nos Inquéritos 1/78 (DOU de 13.2.79) e 14/81 (DOU de 24.4.81), ao estabelecer que aqueles que *compraram* (em um caso) e os que *venderam* (em outro) do *insider* poderiam responsabilizá-lo civilmente. Conforme visto, todos os que compraram ou venderam no período podem fazê-lo, não necessitando demonstrar relação direta com o *insider*.

35. Em contrário, a respeitável opinião de Tavares Guerreiro, para quem a responsabilidade disciplinar do administrador pressupõe sempre o elemento subjetivo, apresentando-se despida de validade a presunção de sua culpa ("Sobre o Poder Disciplinar da CVM", RDM 43, 1981). Porém, no Inquérito n. 1/78, a CVM aceitou expressamente a presunção de culpa. Conforme o Relator, Dr. Jorge Hilário Gouveia Vieira: "Não é necessário que fique demonstrado dolo por parte do administrador ao negociar as suas ações, basta que ele negocie ações de posse de uma informação relevante, que a outra parte não esteja a par, para que ele seja passível de punição por parte da CVM".

36. Conforme a lei societária inglesa de 1980, art. 68 (8), antes referido.

37. Na análise de algumas sentenças de 1.ª instância referentes ao *insider trading* revela-se a dificuldade no âmbito da prova, basicamente pela não aceitação (pelo menos explícita) por parte dos juízes do princípio de presunção de culpa do *insider*.

## FÁBIO KONDER COMPARATO

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado.

É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais.

É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços.

Mas a importância social dessa instituição não se limita a esses efeitos notórios. Decisiva é hoje, também, sua influência na fixação do comportamento de outras instituições e grupos sociais que, no passado ainda recente, viviam fora do alcance da vida empresarial. Tanto as escolas quanto as Universidades, os hospitais e os centros de pesquisa médica, as associações artísticas e os clubes desportivos, os profissionais liberais e as forças armadas — todo esse mundo tradicionalmente avesso aos negócios viu-se englobado na vasta área de atuação da empresa. A constelação de valores típica do mundo empresarial — o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente, a economicidade de meios — acabou por avassalar todos os espíritos, homogeneizando atitudes e aspirações.

Diante desse fato capital da história contemporânea, no entanto, o labor intelectual do jurista tem se limitado, pouco mais ou menos, à tradicional discussão de conceitos, visando a encaixar o fenômeno da empresa no mundo fechado de suas categorias. Reproduzimos assim, no século XX, embora desprovidos de cultura humanística (o que é uma agravante), a estéril atitude dos juristas cultos do Renascimento, que tomaram o universo bibliográfico por substituto da realidade vital. O sábio Montaigne, que concebera de seus estudos secundários sagrado horror pela pedanteria livresca, já observara, então, que "dispendemos mais esforços interpretando as interpretações do que interpretando a realidade, e escrevemos mais livros sobre livros do que sobre qualquer outro assunto". E arrebatava cético: "O que fazemos é, tão-só, nos entreglosar" (*Ensaio*, Livro III, cap. XIII).

Se a verdadeira Constituição não se limita a organizar as funções do Estado, mas regula também o exercício de poderes no âmbito da sociedade civil; se a vida política não se dissocia da atividade econômica — aquela pertinente à esfera estatal e esta reservada à vida privada — como assoalhava a ideologia liberal, é fora de dúvida que a verdadeira reconstitucionalização do país passa por uma reorganização da sociedade civil e, nesta, por uma nova disciplina da empresa, sua instituição-chave. Parafraseando a 10.ª tese de Marx sobre Feuerbach, direi que os juristas limitaram-se a interpretar diversamente a empresa; o que importa, agora, é reformá-la.

\* Aula inaugural dos cursos jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1983, período diurno.

Minha proposta de reforma, nesta aula, será exposta, por razões de método, em duas partes, atinentes, respectivamente, à função e à estrutura da empresa. Essa consideração biangular dos institutos jurídicos, que já passou em julgado como o melhor método de exposição do Direito, só alcança porém sua plena virtualidade, quando se percebe que não se trata de uma antinomia, mas de idéias complementares. A estrutura de qualquer norma ou instituto jurídico deve ser interpretada em vista das funções, próprias ou impróprias, do conjunto de seus elementos ou disposições: e toda função é limitada pela estrutura do conjunto.

Para se reanalisarem as funções da empresa, na época contemporânea, é preciso recolocar a questão no quadro de referências mais amplo das grandes mutações ocorridas na vida jurídica, durante este século.

De todos os lados convergem testemunhos e verificações de que a tradicional divisão da ordem normativa em direito público e direito privado perdeu valor explicativo.

As origens dessa “grande dicotomia” (N. Bobbio) localizam-se na ciência jurídica romana. Mas seus fundamentos sociológicos parecem situar-se no largo acervo da civilização greco-latina, separando a esfera de vida do cidadão — com a dignidade do aparecer e do representar na cidade — da esfera de vida privada, isolada do público e centralizada no microcosmo familiar ou gentilício. A superior dignidade da atividade política sobre os atos da vida particular não era característica, apenas, da cidade grega. Ela se encontrava, da mesma forma, na *Urbs*. Não nos devemos iludir, a propósito, com a impressionante riqueza da literatura jurídica romana de direito privado, em contraposição à reconhecida indigência da doutrina juspublicista entre os *prudentes*. Fraca elaboração doutrinária não significa ausência de dignidade da matéria que lhe constitui o objeto. Em assinalada passagem de seu diálogo sobre as leis, Cícero põe na boca de Marcus a observação contundente de que, embora Roma tivesse tido grandes jurisconsultos, dedicados a interpretar o direito e a dar pareceres, em que pese à magnitude de sua ciência, eles versaram nonadas, isto é, matérias de direito civil. Pois de fato, enfatiza o dialogante, “haverá algo tão importante quanto o direito da cidade”? (Livro I, 4, 14). De resto, como sabido, o princípio geral do *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* implicava, *a contrario sensu*, a possibilidade de alteração de pactos privados por disposições normativas emanadas dos poderes públicos.

No pensamento político do século XVIII, a distinção evoluiu no sentido de uma nítida separação de esferas jurídicas, paralelas e não hierarquizadas. Montesquieu fixou claramente as bases dessa concepção, ao distinguir o homem do cidadão, o costume da lei, o direito civil do direito político. Em capítulos distintos do livro XXVI do *Espírito das Leis*, assentou que “não se devem regular pelos princípios do direito político as coisas que dependem dos princípios do direito civil” e vice-versa. A razão jusnaturalista de tais assertos é que “como os homens renunciaram à sua independência natural para viver sob leis políticas, assim também renunciaram à comunhão natural dos bens para viver sob leis civis. As primeiras leis deram-lhes a liberdade; as segundas, a propriedade”. Em consequência, aduz, “não se deve decidir pelas leis da liberdade”, que constituem o império da cidade, “o que deve ser decidido tão-só pelas leis concernentes à propriedade. Constitui um paralogismo dizer que o bem particular deve ceder diante do bem público: tal ocorre somente nos casos em que se trata do império da cidade, isto é, da liberdade do cidadão; mas não nos casos que dizem respeito

à propriedade dos bens, pois o bem público é sempre que cada qual conserve invariavelmente a propriedade que lhe atribuem as leis civis” (Livro XXVI, capítulo XV). Assinale-se, desde logo, para confronto com as digressões ulteriores, essa forma simplificada de reduzir toda a vida privada ao princípio da propriedade.

Tais idéias consubstanciaram o credo político do Estado liberal no século seguinte. À “grande dicotomia” do Direito correspondiam, perfeitamente, as separações entre Estado e sociedade civil, indivíduo e cidadão, vida econômica e exigências sociais.

Paralelamente, o fenômeno da dominação burocrática na Europa Ocidental, como assinalou Max Weber e, muito antes dele, o próprio Karl Marx no *O 18 Brumário de Luís Napoleão*, foi o fator decisivo para a transformação de toda a esfera pública em regime estatal. O *status rei romanae*, da famosa definição de Ulpiano, não era a organização burocrática do poder político, mas o bem comum do povo romano. *Publicum* opunha-se a *proprium*. No direito moderno, porém, o interesse público passou a confundir-se com o interesse estatal, e entre o Estado como pessoa jurídica e os particulares, seja como cidadãos seja como indivíduos, a esfera do social desintegrou-se.

No Estado liberal — fato já tantas vezes posto em foco — a ordem jurídica é propriamente vaga ou indiferente a fins determinados, cuja eleição compete por completo aos particulares. O Direito limita-se a fixar as regras do jogo, sem conceder privilégios a qualquer dos jogadores, considerados, dessa forma, iguais perante a lei. O bem comum, objetivo declarado do Estado, reduz-se à adequada formulação e ao escrupuloso respeito das regras do jogo.

A grande transformação ocorreu quando se passou a considerar legítima a organização estatal e a ordem jurídica em função de fins ou objetivos determinados, cuja realização se impõe à coletividade. A fixação desses fins sociais costuma ser feita, primariamente, na Constituição e, secundariamente, em leis orgânicas, ou na lei do plano.

O art. 160 da CF, por exemplo, declara que “a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I — liberdade de iniciativa; II — valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III — função social da propriedade; IV — harmonia e solidariedade entre as categorias sociais da produção; V — repressão ao abuso de poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; e VI — expansão das oportunidades de emprego produtivo”.

Salvo a liberdade de iniciativa e a repressão ao abuso do poder econômico, os demais princípios aí indicados não são propriamente meios de realização dos objetivos superiores de desenvolvimento nacional e justiça social, mas formas parciais pelas quais se concretizam tais objetivos. A liberdade de iniciativa, entendida como liberdade de criação empresarial ou de livre acesso ao mercado, somente é protegida enquanto favorece o desenvolvimento nacional e a justiça social. Trata-se, portanto, de uma liberdade-meio ou liberdade condicional.

Seja como for, o privilegiamento de fins gerais, sem a imposição de meios específicos, faz do art. 160 da Constituição um protótipo de norma programática, diretiva, norma — objetivo, ou de escopo, como se passou a dizer recentemente; ou seja, o contrário de uma regra técnica. Mas, em todo caso, norma jurídica, dotada de bilateralidade atributiva, e não simples conselho político ou “expec-

tativa constitucional" (*Verfassungserwartung*). Normas desse tipo, como teve ocasião de julgar o Tribunal Constitucional da República Federal Alemã, em famoso acórdão de 20.1.69, podem ser diretamente aplicadas pelo Judiciário em litígio individual, ou pela Administração Pública em casos concretos, ainda que não traduzido o princípio constitucional na legislação ordinária, pois viola a Constituição o legislador ordinário que se omite no cumprimento de seu dever de votar as leis complementares competentes, dentro de prazo razoável.

Vale lembrar, aliás, que essa orientação constitucional, única compatível com os princípios do Estado Social, acaba de ser consagrada, de certa forma, na Constituição portuguesa de 1976, cujo art. 18, primeira alínea, proclama: "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas".

Por conseguinte, destinatário de normas constitucionais desse tipo não é, apenas, o Estado. Não se trata de simples regras de organização, mas de verdadeiras normas de conduta. Sua observância impõe-se a todos, órgãos do Poder público ou pessoas de direito privado. Especificamente, no tocante ao art. 160 da Constituição brasileira e a outros dispositivos fundamentais da ordem econômica e social do país, obrigadas ao seu cumprimento são, evidentemente, as empresas, como principais agentes da vida econômica.

Encarado o sistema econômico nacional em sua globalidade, aliás, seria absurdo considerar a atividade empresarial como matéria de exclusivo interesse privado. Haverá ainda quem sustente, seriamente, que a produção e distribuição organizada de bens, ou a prestação de serviços, seja assunto submetido à soberania individual? A criação e o funcionamento das empresas, pelo fato de não apresentar, formalmente, um caráter político, hão de ser confinados em globo nos estreitos limites do direito privado?

Não há negar, entretanto, que sob o aspecto microeconômico, ou seja, considerando-se cada unidade empresarial isoladamente — e é este o modo tradicional de se analisar o fenômeno em Direito — a importância das empresas varia, caso a caso, não só em razão da escala de sua ação no mercado, como também pelo setor econômico ao qual pertencem. É logicamente insustentável ter como iguais perante a lei a sociedade multinacional e a quitanda da esquina; a empresa energética e a fábrica de confeitos; o conglomerado financeiro e o conjunto de diversões circenses.

Diante dessa escala insuprimível de interesses e valores, a evolução jurídica contemporânea tende a romper o esquema clássico do público-privado. Entre as áreas próprias, quer do Estado, quer dos particulares, vai se afirmando a esfera do social, o campo dos interesses comuns do povo, dos bens ou valores coletivos, insuscetíveis de apropriação excludente. Aí, nem o Estado nem os particulares podem pleitear prioridades, hegemônias ou poderes adquiridos. Todos são compelidos a exhibir, como título de legitimação à sua iniciativa empreendedora, tão-só a aptidão a satisfazer as necessidades e os interesses comuns do povo.

Não é difícil identificar e classificar, individualmente, as empresas segundo a natureza do interesse ligado à sua atividade. Há, com efeito, atividades empresariais que se desenvolvem unicamente em vista de um interesse estatal, como a obtenção de receita: é o caso das empresas públicas detentoras do monopólio de manufatura de tabaco ou de destilação de bebidas, em alguns países. Há empresas que se organizam para a produção ou distribuição de bens ou serviços indispensáveis à vida em coletividade, qualquer que seja a qualidade do empre-

sário, e outras, ainda, cuja existência e funcionamento dizem respeito, unicamente, a interesses de ordem particular.

No direito positivo, o reconhecimento da função social de certas empresas é indubitável.

Tradicionalmente, algumas atividades empresariais não podem ser encetadas sem que preceda uma autorização do Poder Público, tendo em vista a relevância do empreendimento no que tange ao interesse nacional — econômico, social ou político. É o caso das instituições financeiras, dos agentes do mercado de capitais e das sociedades seguradoras; das empresas de armamentos e das localizadas na faixa de fronteira, das empresas jornalísticas ou de rádio-telecomunicação.

Ademais, mesmo quando inexistente a imposição de autorização administrativa prévia, outras muitas empresas desenvolvem atividade considerada socialmente relevante, sujeitando-se ou não à fiscalização do Poder Público, como os estabelecimentos privados de ensino, os hospitais, as indústrias alimentares.

Em aplicação da norma constitucional que exclui o direito de greve nas atividades essenciais (art. 162), antes ditas fundamentais, a Lei 4.330, de 1.6.64, enumerou quinze setores empresariais assim considerados. O Dec.-lei 1.632, de 4.8.78 deu nova especificação a esse elenco, acrescentando-lhe a qualificação de se tratar de matéria de interesse da segurança nacional.

No campo dos financiamentos de longo prazo contratados com instituições sob controle do Governo Federal, ou seus agentes, o Dec.-lei 1.452, de 30.3.76, criou condições favorecidas de encargos quando tais operações se fizessem "com a finalidade de execução de projetos prioritários para a economia do País". Considerou, para esse efeito, como prioritários para a economia nacional, projetos relativos a quinze setores industriais.

Regulamentando o Dec.-lei 1.246, de 1974, relativo aos estímulos fiscais para a concentração de empresas, o Dec. 75.247, de 21.1.75, considerou de interesse para a economia nacional as fusões, incorporações e outras formas de combinação ou associação de empresas, cujos objetivos atendam não só ao fortalecimento de pequenas e médias empresas e à integração de atividades com economia de escala, como também o "fortalecimento do sistema financeiro nacional; a conquista, ampliação ou manutenção dos mercados externos; a instalação ou modernização de empreendimentos que visem a garantir o início ou ampliação de fabricação de produtos escassos no País; a instalação ou modernização de empreendimentos agroindustriais e aqueles destinados à produção de seus insumos e implementos; a instalação ou modernização de empreendimentos para a produção de bens de capital".

A lei reconhece, pois, que as empresas atuantes nesses setores exercem autêntica função social. A expressão, cujo uso e abuso se estendeu neste século, não raro como forma de justificação ideológica do capitalismo, foi consagrada na norma básica citada no art. 160 da Constituição. Importa ao jurista precisar seu conteúdo, livrando-a da vacuidade inoperante com que foi entronizada em lei.

Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nessa matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção.

Nem todo beneficiário do poder funcional, no entanto, é individuado, como sucede nas hipóteses de pátrio poder, tutela ou curatela, para ficarmos no campo

do direito privado mais tradicional. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nestas hipóteses, precisamente, que se deve falar em *função social* ou coletiva.

Encarada a questão nesta perspectiva, não se pode deixar de indagar onde fica o objetivo de lucro, indefectivelmente ligado à idéia de atividade empresarial. Deveríamos excluí-lo dessa área do Direito? Em caso negativo, como compatibilizar essa finalidade particular com os objetivos de interesse comum do povo?

O debate a respeito já é antigo, mesmo nos países ocidentais de formação capitalista. São do final da 1.ª Guerra Mundial as reflexões de Walther Rathenau, na Alemanha, sobre a substituição de conteúdo do invólucro societário, nas grandes empresas, transformadas em entidades que perseguem fins próprios, superiores à simples lucratividade. À mesma época, nos EUA, Henry Ford litigava nos tribunais contra os irmãos Dodge, sustentando simplesmente que o objetivo de sua indústria era fabricar automóveis e não distribuir dividendos. Ainda nos EUA, em 1932, um Professor da Universidade de Harvard argumentava que a sociedade anônima, enquanto instituição econômica, exerce uma função de serviço social, a par da normal atividade de produzir lucros.

Hoje, já não se discute no EUA, após vários precedentes jurisprudenciais originados da Guerra do Vietnã e da instalação de indústrias americanas na África do Sul, que as sociedades mercantis, enquanto pessoas jurídicas, são tão responsáveis quanto o Estado pelo respeito aos direitos individuais; e que, por conseguinte, não é justificável a fabricação de *napalm* ou a aceitação de leis estrangeiras de discriminação racial no emprego, sob a invocação do superior escopo lucrativo da companhia, ou a desculpa de que uma empresa não faz política.

O que nos importa agora, porém, é examinar o problema à luz das orientações fundamentais do direito brasileiro. E discuti-lo, tendo presente a advertência de que o conceito de lucro, tal como precisado na teoria microeconômica, constitui um dado primário, que não pode ser descartado ou deformado na construção jurídica. O lucro da gestão empresarial é o saldo positivo de um balanço geral de ingressos e dispêndios. Ora, a recomposição do capital próprio, sob a forma de depreciações, amortizações ou quotas de exaustão, é um custo necessário de todo processo produtivo, que não se confunde, de forma alguma, com o excedente lucrativo. Em outras palavras, toda empresa, mesmo não lucrativa, deve trabalhar em regime de economicidade, comportando um equilíbrio estrutural entre ingressos e dispêndios.

Voltando a considerar a norma fundamental da ordem econômica e social do país, expressa no art. 160 da Constituição da República, verifica-se que a lucratividade empresarial não vem aí consagrada como princípio. Tecnicamente falando, portanto, não se trata de um objetivo obrigatório, ou fim programático. O lucro não entra, na organização do sistema econômico, com as características de um *oportere*, de um dever supremo, ou então, de uma liberdade fundamental do homem. É um simples *licere*, uma liceidade sem conteúdo impositivo, o que demonstra sua não-inclusão na esfera do social, dos interesses comuns do povo, e sua pertinência ao campo dos interesses particulares, hierarquicamente inferiores àquele.

Na vigente lei de sociedades por ações, por exemplo, admite-se que a toda companhia cabe uma função social a desempenhar, sendo o acionista controlador o garante desse desempenho. Compete-lhe agir em prol dos interesses dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa e da comunidade na qual esta se insere (art. 116, parágrafo único). Há, por conseguinte, interesses internos e externos à empresa, que devem ser respeitados e satisfeitos, no desenvolvimento da atividade empresarial. Internamente, o dos investidores de capital (acionistas e outros titulares de valores mobiliários, como se lê, mais abrangentemente, no art. 117, § 1.º), assim como o dos trabalhadores de qualquer nível. Externamente, os interesses coletivos da "comunidade", que podem dizer respeito à própria economia nacional (art. 117, § 1.º, "a").

Análogos deveres incumbem aos administradores de companhias (Lei 6.404, art. 154).

Não há negar, todavia, que essa orientação legislativa, em sua homogeneidade abstrata, choca-se com a realidade econômica. A forma "sociedade anônima" constitui um invólucro para os mais variados conteúdos. O que importa é determinar o tipo de empresa que atua por trás desse modelo jurídico. Nem toda empresa é dotada de poder no mercado ou apresenta, individualmente, alguma importância fora de si mesma.

Ora, quando analisamos a posição de uma macroempresa, à luz das normas funcionais da lei de sociedades por ações, não podemos deixar de reconhecer a existência de uma aparente contradição.

Constitui objeto da sociedade anônima, diz o art. 2.º, "qualquer empresa de fim lucrativo". A norma apresenta duas grandes linhas de eficácia. Em primeiro lugar, proíbe a constituição de sociedade anônima para gerir organizações que não tenham por mira produzir e distribuir lucros entre os seus membros, ao contrário do que pode suceder, por exemplo, nos direitos inglês, norte-americano ou alemão ocidental. Em segundo lugar, institui esse objetivo de lucro como parâmetro aferidor da responsabilidade dos administradores e do acionista controlador, perante os demais acionistas e titulares no direito de participação em resultados. A lei veda, aliás, compreensivelmente, aos administradores "praticar ato de liberalidade à custa da companhia" (art. 154, § 1.º, "a"). O lucro constitui, pois, o fim ou objetivo legal da sociedade, estreitamente ligado ao seu objeto, que é a atividade empresarial definida estatutariamente.

Por outro lado, entretanto, a mesma lei reconhece como modalidade de abuso de poder de controle o fato de o controlador "orientar a companhia para fim lesivo ao interesse nacional" (art. 117, § 1.º, "a"); e assina ao administrador o dever de satisfazer "as exigências do bem público e da função social da empresa" (art. 154), sob pena, igualmente, de responsabilidade formal por violação da norma (art. 158, II). Ora, ninguém sustentará, nem mesmo os últimos partidários da "mão invisível" regulando o mercado, que não possa jamais haver conflito ou incompatibilidade, entre o objetivo societário de lucro e o dever legal de a companhia exercer uma função social. Verificando-se essa colidência de fins em concreto, qual a solução jurídica? Parece óbvio que ela se encontra na prevalência dos fins sociais, tal como expressos nos princípios do art. 160 da Constituição. De resto, é exatamente nesse sentido que a Lei de Introdução ao Código Civil orienta a ação do Judiciário (art. 5.º): o atendimento aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

A contradição assinalada não pode, legalmente, existir nas empresas controladas pelo Poder Público. Por força das disposições constitucionais reguladoras da ordem econômica do país, verifica-se que o exercício de atividade empresarial pelo Estado é a exceção e não a regra (art. 170, § 1.º). E exceção justificada “por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa” (art. 163). Em sendo assim, é irrecusável que a criação ou a gestão de empresas estatais com o objetivo de produção e partilha de lucros constitui um desvio de poder ou de competência do Executivo, não só em detrimento das empresas privadas concorrentes — ponto de vista do direito privado tradicional — como também, e sobretudo, em relação ao superior interesse da economia nacional.

A atual lei de sociedades por ações, de resto, procurou superar, no tocante às sociedades de economia mista, a apontada contradição entre o objetivo de lucro e a função social da empresa. Declarou, a propósito, no art. 238, que “a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador, mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”. A redação normativa é claudicante, porque, como acabamos de ver, a realização do interesse social constitui a única justificativa constitucional para a atividade do Estado empresário. Não se trata, portanto, de um permissivo legal, a exculpar a não-perseguição de lucros em certos casos, mas de uma regra de aplicação compulsória e sem exceções, na gestão de empresas desse tipo. Aqui, ao contrário do que sucede com as empresas privadas, o interesse social não prevalece apenas nas hipóteses de conflito concreto com o interesse particular de fruição de lucros na companhia, mas em qualquer hipótese.

Ocorre, ainda, que a expressão “interesse público”, empregada no citado art. 238 da lei de sociedades por ações, é das mais ambíguas, pois abrange, indistintamente, os bens comuns da sociedade civil e os particulares do Estado, enquanto organização patrimonial. É evidente que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem ser criadas, em nosso regime constitucional, para satisfazer interesses financeiros do Poder Público, numa forma desviante de arrecadação de receita. Por isso mesmo, quando uma empresa estatal sacrifica seus resultados positivos de balanço, contraindo empréstimos em moeda estrangeira não exigidos pelo giro de seus negócios, mas tão-só com o objetivo de acudir com recursos cambiais a uma administração central engolfada em desastrosa política de endividamento nacional, o desvio de funções é flagrante e indesculpável.

A questão do desempenho funcional das empresas constitui, portanto, um dos magnos problemas do direito contemporâneo, em razão do advento do Estado social. No entanto, a carência de adequada elaboração teórica deixa o legislador praticamente desprovido de fórmulas e instrumentos, para gerar soluções. Não deixa de acudir à mente, neste particular, o velho paradoxo de que nada há de mais prático que uma boa teoria, sábia máxima a ser quotidianamente lembrada em nossas Faculdades de Direito.

O que se verifica, sem grande esforço de análise e reflexão, é que aos princípios constitucionais enformadores da ordem econômica e social não corresponde um cômputo aparelhamento de sanções. O sistema jurídico prevê, tradicionalmente, remédios adequados para a proteção dos interesses particulares, mas não para a defesa dos interesses comuns do povo, cuja realização é também confiada às empresas; e os quais, na mínima das exigências, não podem ser desprezados no

desempenho da atividade empresarial. Mas quem zelará pelo cumprimento das normas atinentes a esses interesses? Certamente não os sócios ou acionistas, ainda quando entre eles se encontrem pessoas jurídicas de direito público. Tampouco o Ministério Público, tal como atualmente estruturado. A experiência brasileira nesse particular tem sido das mais concludentes.

Os caminhos restantes seguem duas direções, orientadas pelo mesmo princípio de que a representação de interesses comuns supõe a ampliação da legitimidade de agir tradicional, calcada no interesse próprio do autor. Assim, a idéia de se criar nova modalidade de ação popular para a defesa de bens ou valores coletivos já abriu caminho entre os nossos doutrinadores, na esteira da rica experiência adquirida com o emprego da ação popular constitucional. Em alguns países vem sendo ensaiada, com êxito, a fórmula escandinava de um procurador-geral, encarregado da defesa dos interesses coletivos ou difusos: o *ombudsman*. A idéia é sedutora, na medida em que representa o necessário elo de ligação entre a sociedade civil e a organização estatal, reconhecendo-se a distinção de esferas de interesse entre uma e outra — que o estatismo contemporâneo se recusa a admitir — mas superando-se também a dissociação entre ambas, herdada do Estado liberal. Para tanto, porém, parece indispensável que esse alto funcionário seja eleito pelo povo por prazo determinado e não nomeado pelo Executivo. Sua competência não se restringiria ao poder de agir em juízo, mas deveria também compreender o exercício do poder de polícia, em matéria de interesse social.

Em suma, é perfeitamente contraditório organizar o vasto setor das empresas de interesse social em função do lucro, que se não justifica, em bom direito, senão como estímulo ou incentivo aos agentes privados, no desempenho da função social que lhes é constitucionalmente assinada. No caso das empresas sob controle estatal, então, não há o menor título de racionalidade para esse estímulo. O estatuto legal da sociedade de economia mista deveria, sob esse aspecto, sofrer ampla revisão, superando-se esse amálgama inconseqüente de interesses contraditórios, sob forma falsamente associativa. O concurso de capitais privados, em empreendimentos desse gênero, poderia granjear-se pela emissão de títulos não acionários de investimento, como as debêntures.

Ora, da mesma forma que a regulação da atividade das empresas de interesse social não pode centrar-se no lucro, que é objetivo de interesse particular, assim também a solução jurídica da insolvabilidade dessas empresas não se há de fazer em função do exclusivo interesse de seus credores.

No entanto, com a única e notável exceção do direito francês, é forçoso reconhecer que a mais recente evolução legislativa não tem apontado para essa direção, nos países de sistema econômico análogo ao nosso. A substancial alteração das *corporate reorganizations*, operada pela lei de falências norte-americana de 1978, não consagrou a distinção entre *private* e *public corporations*, energeticamente advogada pela *Securities and Exchange Commission*, como critério definidor de soluções para a insolvabilidade empresarial. Doravante, a reorganização da empresa insolvente é guiada, tão-só, pelo interesse dos credores. Analogamente, a “administração extraordinária das grandes empresas em crise”, instituída na Itália por um Dec.-lei de 1979, teve em mira apenas liquidar o passivo dessas empresas perante instituições financeiras e organismos de previdência e assistência social.

Foi somente na França que o legislador percebeu o fato óbvio de que a insolvabilidade de uma empresa de interesse social pode afetar não apenas a massa

dos credores, mas também e sobretudo o equilíbrio econômico e social da região, ou mesmo do país. A ordenação francesa 67-820, de 23.9.67, instituiu um processo extraordinário de reerguimento econômico e financeiro para as empresas insolváveis, “cujo desaparecimento poderia causar grave perturbação à economia nacional ou regional e ser evitado em condições compatíveis com o interesse dos credores”. Já se reconheceu que essa medida excepcional não se aplica unicamente às macroempresas em situação crítica: uma unidade empresarial de dimensões reduzidas pode representar um elo insubstituível numa cadeia de produção, de tal sorte que a sua falência perturbaria gravemente o funcionamento de outras empresas, com reflexos na economia regional ou nacional.

Entre nós, excluída a insolvabilidade das instituições financeiras e sociedades seguradoras, tradicionalmente submetidas ao regime de liquidação administrativa forçada, o direito falimentar é pobre em distinções quanto à qualidade ou importância social das empresas insolváveis. O art. 201 da Lei de Falências estabelece normas especiais para a quebra das concessionárias de serviço público. O Dec.-lei 669, de 1969, veda às empresas que exploram serviços aéreos ou de infra-estrutura aeronáutica impetrar concordata. E o art. 242 da lei de sociedades por ações exclui as companhias de economia mista do regime falimentar, criando em substituição a responsabilidade subsidiária do Estado controlador. É duvidoso que esta norma se aplique por analogia às empresas públicas, quando mais não seja em razão de sua obrigatoria submissão às regras do direito privado, por força do disposto no art. 170, § 2.º da Constituição.

Na verdade, a implementação dos princípios constitucionais de desenvolvimento nacional e justiça social impõe a completa reforma do direito falimentar, partindo-se da distinção básica entre empresas de interesse social e de interesse particular. A insolvabilidade das primeiras deve ser tratada com o objetivo de reerguimento econômico e financeiro, sacrificando-se o interesse de todos os credores não trabalhistas, inclusive o Poder Público, aos fins sociais que devem orientar a atividade empresarial. É somente no tocante às empresas de interesse particular que se justifica tratar a insolvabilidade como questão meramente creditória.

Em qualquer das hipóteses, porém, é inegável que a sorte da empresa não pode ficar jungida à conduta do empresário, como se entre eles houvesse uma relação dominial. Ainda nesse ponto, o legislador francês traçou, na reforma do direito falimentar de 1967, a via modelar a ser seguida: a preservação da empresa como centro autônomo de interesses, sem prejuízo da punição e do afastamento do empresário faltoso.

E isto nos coloca, naturalmente, diante dos problemas relativos à reforma estrutural da empresa. Quem comanda, de fato? Esse comando é juridicamente reconhecido? Qual a sua legitimidade? É em torno dessas questões que tudo se resolve, em qualquer organização social.

Foi somente a partir de Jean-Baptiste Say que se passou a ressaltar o papel insuprimível e superior do empresário, em qualquer organização não-artesanal de produção ou distribuição de bens e serviços.

É instrutivo observar como o reconhecimento das funções próprias do empresário, na vida econômica, encontra-se nos escritos de um autor frequentemente apresentado como inimigo fidalgo do personagem. No livro III do *Capital*, Marx admite que “o trabalho de supervisão e direção surge, necessariamente, toda vez que a produção reveste a forma de um processo socialmente coordenado

e não a de um trabalho isolado de produtores independentes”. Essa supervisão e coordenação comporta duas modalidades. “De um lado, em todas as atividades em que um grande número de indivíduos cooperam, o liame e a unidade das operações se refletem, necessariamente, numa vontade que comanda e nas funções que visam ao conjunto das atividades do estabelecimento (tal uma orquestra e seu maestro), não os trabalhos parciais. É um trabalho produtivo, que deve ser executado em todo sistema de produção coordenado”. De outro lado, “em toda sociedade — econômica ou política — em que há antagonismo entre dirigentes e dirigidos, impõe-se o trabalho de supervisão e controle daqueles sobre estes”.

“De modo geral”, observa ainda, “as sociedades por ações — que se desenvolvem com o sistema de crédito — tendem sempre mais a separar essa função administrativa da propriedade do capital, seja ele tomado de empréstimo ou não; assim também, o desenvolvimento da sociedade burguesa acarretou o divórcio entre as funções judiciárias e administrativas, de um lado, e a propriedade fundiária, de outro, de que aquelas eram mero atributo na época feudal. Por outro lado, o proprietário isolado do capital, o capitalista financeiro, encontra-se diante do capitalista ativo e, graças à extensão do crédito, o capital monetário assume um caráter social: ele se concentra nos bancos e é emprestado por estes e não mais pelos seus proprietários; ademais, o diretor isoladamente, não sendo proprietário do capital a título algum — nem como mutuante nem de qualquer outra forma — preenche efetivamente todas as funções que cabem ao capitalista ativo enquanto tal. É então que, personagem supérfluo, o capitalista desaparece do processo de produção e subsiste unicamente o funcionário”.

Excetuada essa última extrapolação, é inegável que a evolução econômica conduziu aos conglomerados, aos grupos de empresas e às sociedades multinacionais, cuja organização interna apresenta características muito semelhantes às preditas por Marx. O fenômeno do controle gerencial, comprovado por Berle e Means no início da década de 30, nos EUA, alastrou-se por todo o mundo desenvolvido não-comunista, após a segunda guerra mundial. O velho capitalista manda-chuva, dos romances de Balzac e Zola, abandonou aos poucos o prosaísmo da macro-empresa. Revezaram-no dois personagens anônimos, secundados por um servo eletrônico quase personalizado: o computador. No papel do “capitalista passivo” de Marx — o financista ou argentário — aparece agora o “capital social”, isto é, as instituições financeiras, os fundos de investimento, os fundos de previdência e assistência social, as companhias seguradoras; enfim, o próprio Estado. Na função de “capitalista ativo”, isto é, de empresário ou dono do negócio, instalou-se a “tecnopestrutura”.

O processo, afinal, é bem conhecido da bio-sociologia: o crescimento gerando a mutação qualitativa, o corpo de poucas partes simples, transformando-se em organismo complexo, com multiplicação de funções especializadas e coordenação crescente em nível cerebral.

Esse processo evolutivo, no entanto, quase não se refletiu no sistema do direito empresarial. Nossos instrumentos jurídicos revelaram-se por demais rombudos para registrar o fenômeno.

O direito comercial fixado nas codificações do século XIX não distinguia o capitalista do empresário. A normatividade manteve-se, por assim dizer, inabalada pelas fundas transformações da revolução industrial, que deram origem à empresa moderna. “O serviço que presta o capital” e o “serviço que presta o que, pela sua capacidade e seu talento, emprega o capital”, para reproduzir as

expressões de Jean-Baptiste Say, escritas em 1803, foram sempre confundidos nas mesmas pessoas: a do comerciante individual, a dos sócios em sociedades mercantis.

Mesmo com a vulgarização das sociedades por ações e a criação de mercados nacionais de valores mobiliários, como instrumentos de capitalização da poupança popular, para as grandes obras de ferrovias, portos e canais; mesmo com as operações de financiamento de empresas coloniais, o sistema jurídico persistiu na mesma linha de indiscriminação tradicional. As companhias se diziam administradas por "mandatários revogáveis, sócios ou não sócios", como estava no art. 295 do nosso CCom. Mas todo o poder emanava dos acionistas, titulares de partes do capital. Com o Dec. 8.821, de 1882, surge a encarnação do poder anônimo dos capitalistas: a assembléia geral. Tal como na sociedade política, completava-se por essa forma o ciclo de translação da soberania, do homem para a pluralidade abstrata. O que não impedia, bem entendido, que o verdadeiro dono do poder continuasse a comandar, com todas as prerrogativas e sem os ônus do proprietário. Atingia-se o ideal sempre sonhado pelos príncipes de Maquiavel: o poder sem responsabilidade. De um lado, o reconhecimento da personalidade jurídica e o princípio da separação patrimonial absoluta das sociedades anônimas. De outro, a possibilidade de comandar sem ser diretor.

O Código Civil Italiano, embora fundando toda a organização jurídica da empresa sobre a figura do *imprenditore*, ainda manteve absolutamente intocado esse esquema, em completo divórcio com a realidade econômica. Reconheceu como empresário o que exerce, profissionalmente, uma atividade econômica organizada, com o fito de produzir ou trocar bens ou serviços (art. 2.082). Atribuiu-lhe a posição de chefe de empresa, comandando hierarquicamente seus colaboradores (art. 2.086). Tais atributos, escusa lembrá-lo, só podem existir no homem, não na pessoa jurídica. Tratando-se de sociedades não personalizadas, ainda é possível dizer que todos os sócios são empresários. Mas, no caso das companhias, mesmo os não-kelsenianos percebem que a idéia de uma sociedade empresária constitui evidente abuso de retórica.

É por isso que a criação do acionista controlador, como instância decisória suprema da sociedade anônima, a par da assembléia geral e dos órgãos administrativos, representou um dos grandes méritos da reforma do direito acionário no Brasil, em 1976. Doravante, as empresas organizadas sob a forma de sociedade anônima têm o seu empresário perfeitamente individuado. Naquelas cujo funcionamento depende de autorização governamental, a alienação de controle é submetida, para sua eficácia, ao *placet* do órgão oficial competente (Lei 6.404, art. 255). Faltou, no entanto, regular o inteiro sistema de responsabilidades em torno desse titular do poder, como contrapartida de sua potestade. Responsabilidades negativas, postas em execução nos processos de falência e de liquidação administrativa, que ainda desconhecem a figura do controlador. Responsabilidades sociais perante a comunidade onde atua a empresa. Responsabilidades econômicas de cumprimento das normas e diretivas governamentais tendentes à realização dos planos de desenvolvimento nacional.

Multiplicam-se, de resto, no direito ocidental, os institutos e normas tendentes a abolir o anonimato e a irresponsabilidade acionária. Na França, a falência de uma sociedade pode ser estendida ao *maître de l'affaire*, isto é, o indivíduo que dela se serve como máscara, encobrindo seus atos e decisões. Na *Business Corporation Law* do Estado de Nova Iorque (§ 630), estabelece-se a responsa-

bilidade subsidiária dos dez maiores acionistas de uma companhia insolvente, que não seja sociedade de investimentos, pelo pagamento de salários e outros débitos trabalhistas da companhia falida. Em quase todos os países, a personalidade jurídica pode ser desconsiderada em caso de abuso ou fraude, pondo-se a descoberto o controlador.

Ora, esse poder de controle empresarial não se confunde com o domínio nem deve fundar-se no domínio, como regra geral do sistema.

A propriedade é uma relação excludente da colaboração de outrem, para a fruição ou disposição de coisas, sem objetivos prefixados. O controle, o poder de comando de uma organização de pessoas e bens para fins determinados; um poder-função, portanto. As pessoas submetidas ao poder diretivo do controlador colaboram na realização desses fins da empresa. Os bens empresariais não podem servir à satisfação dos interesses particulares do controlador, em detrimento da empresa, sob pena de desvio de poder, cujos contornos configuram, no limite, um ilícito criminal (CP, art. 177, § 1.º, III).

O exercício legítimo do poder de controle se mede, em tais condições, pela fidelidade aos fins ou interesses determinados pela ordem jurídica. Por que razão a legítima titularidade desse poder não se fundaria na melhor aptidão pessoal a conduzir a empresa em função desses objetivos? Seria essa aptidão, sempre e por princípio, um apanágio do investidor capitalista? Eis a magna questão de política legislativa que domina toda essa matéria e que já não pode, nessa altura da evolução jurídica, ser escamoteada ou rejeitada como indagação impertinente ao direito das empresas.

Nos diferentes sistemas jurídicos da atualidade, o único fundamento legal para a titularidade do controle empresarial reside na propriedade do capital, diretamente ou por intermédio do diafragma acionário. Nesse particular, as legislações socialistas não constituem exceção: em regimes comunistas, o controle estatal funda-se na propriedade dos bens de capital; nos regimes chamados social-democráticos, o Estado recorre à técnica das nacionalizações, isto é, a desapropriação do capital das empresas, para exercer o seu controle.

No vigente direito brasileiro das sociedades por ações, o poder de controle está ligado, em princípio, à propriedade acionária ou, mais precisamente, à titularidade de direitos de sócio (arts. 116 e 243, § 2.º da Lei 6.404, de 1976).

Já aludi ao fenômeno do controle administrativo ou gerencial, ocorrente nas maiores companhias e grupos empresariais do mundo capitalista, para assinalar o quanto discrepa do esquema jurídico clássico. Por isso mesmo, a doutrina mais esclarecida não cessa de se interrogar sobre a capacidade do direito tradicional em absorver e regular o fenômeno.

Na verdade, a incongruência desse sistema tradicional, que confunde controle empresarial com propriedade capitalista, não escapa à observação dos espíritos avessos à rotina intelectual. O controle se aliena e se herda como se a empresa fosse uma coisa e o controlador seu dono. Os trabalhadores, como servos da gleba, passam, com a transferência do domínio dos estabelecimentos, ao senhorio de outro proprietário. O Estado, que se reservou o direito de autorizar a alienação do controle de companhias dependentes de sua autorização para funcionar, é impotente, na lógica do sistema, para impedir que o comando de um império industrial ou financeiro passe, pela lei das sucessões privadas, à titularidade de herdeiros ineptos ou desonestos. E esse controle, como autêntico objeto *in commercium*, troca-se e vende-se no mercado por preços apreciáveis, sem que



a onerosidade das transações traduza qualquer benefício para a empresa. Aten-te-se, como ilustração do absurdo, para o fato de que nos EUA as grandes *corporations* despenderam, de 1978 até o final de 1982, nada menos do que 258 bilhões de dólares em aquisições de controle acionário. Nem um centavo dessa fabulosa quantia, que representa quase três vezes o montante de nossa dívida externa, sabidamente a maior do mundo, foi aplicado na pesquisa industrial ou na modernização de instalações. O mercado do poder alimenta-se do seu próprio apetite.

Sem dúvida, historicamente, a teoria galbraitheana do recurso escasso ou fator estratégico é a que melhor explica a hegemonia do capitalista na empresa moderna e a do latifundiário na empresa antiga. É compreensível que o poder empresarial esteja, de fato, ligado ao fator econômico mais difícil de se obter ou substituir: em linguagem técnica, o que apresenta a maior inelasticidade de oferta na margem. Antes da revolução industrial, esse fator estratégico era a propriedade da terra; depois, passou a ser a disponibilidade de capitais mobiliários e, precipuamente, de recursos monetários.

Mas explicação fáctica não é justificação axiológica e, de qualquer forma, a escassez nunca foi a matriz da justiça. Ora, mesmo se ficarmos no plano dos fatos, quem não percebe que, hoje, o recurso mais escasso, ou fator estratégico por excelência, é a tecnologia e não o capital material?

Aliás, não é desprezível lembrar, nesse particular que exemplos de tecnocracia empresarial não faltam, no mundo contemporâneo. A maior empresa francesa de fabricação de lentes e vidros óticos, e uma das mais importantes do mundo, *Essilor*, é controlada por uma sociedade civil que agrupa 500 de seus empregados mais categorizados.

Impõe-se reconhecer que a liberdade de iniciativa, proclamada na Constituição brasileira, não está ligada à propriedade. É verdade que esse vínculo foi estabelecido no direito constitucional americano, mas isto por motivos óbvios de garantia dos interesses capitalistas e também por razões de técnica jurídica. O conceito de *property*, na *Common Law*, manteve raízes feudais e é bem mais amplo e vago que o direito de usar, gozar e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem quer que injustamente o possua, como está no art. 524 do nosso CC. A partir dos *Minnesota Rate Cases*, de fins do século passado, o Supremo Tribunal norte-americano passou a interpretar o termo *property* da 14.<sup>a</sup> Emenda à Constituição — a famosa Emenda do *due process of law* — como abrangendo também o exercício da atividade empresarial. Mas no sistema constitucional brasileiro — repita-se — a liberdade de empreender não guarda nenhum nexo lógico necessário com o direito de propriedade.

O reconhecimento claro e conseqüente de que controle empresarial não é propriedade implica uma verdadeira revolução copernicana no estatuto da empresa, que passa de objeto a sujeito de direito. Com essa substituição do centro de gravidade, é o empresário que deve servir a empresa, e não o contrário.

Uma transformação dessa ordem acarreta a substituição, como causa negocial, do fundamento (*Grund*), que é a propriedade do capital, pela finalidade (*Zweck*). A empresa personalizada, tal como a fundação, tornar-se-á um patrimônio finalístico.

A autonomia patrimonial, inerente ao ato de fundação, afastaria, normalmente, a responsabilidade subsidiária do empresário-fundador pelos débitos da empresa. Mas a orientação finalística da instituição tornaria o mesmo empresário

sempre sancionável por desvio de poder, não somente por iniciativa de qualquer interessado na empresa — investidor ou trabalhador — como também por parte de representantes da comunidade e do Estado, em se tratando de uma empresa de interesse social.

Esse direito de impugnar os atos ou decisões do empresário por desvio de poder seria sobretudo atuante por ocasião da devolução do controle. Cessando a confusão entre controle e domínio, é óbvio que os herdeiros do empresário não poderiam pretender sucedê-lo *ipso jure* à testa da empresa. Nas pequenas e médias empresas, o empresário continuaria a poder designar seu sucessor. Mas tanto aos trabalhadores, quanto aos capitalistas, seria facultado opor-se a essa cessão de poder, por motivo de abuso, em vista do tipo particular da empresa e das qualidades pessoais do cessionário.

Havendo pluralidade de empresários, seu relacionamento recíproco regular-se-ia em contrato social de exercício de atividade profissional.

Nessa concepção, deixando o lucro de ser fruto da propriedade do capital, sua repartição por todos os integrantes da empresa, ou seja, por todos os que concorreram, com seus esforços ou recursos, à produção do resultado superavitário, responderia a uma imposição de lógica e de justiça. A partilha do lucro em partes iguais — entre o empresário, os capitalistas e os trabalhadores — é fórmula que poderia ser ensaiada como regra geral, sem prejuízo de sua adaptação a situações particulares, em que a colaboração própria de cada uma dessas categorias sociais se revelasse excepcionalmente importante. A parte dos lucros destinada aos trabalhadores poderia ser atribuída a um fundo de investimento, gerido diretamente por eles, ou pelas organizações sindicais.

O poder de deliberar sobre a distribuição do lucro líquido de cada exercício entraria na competência própria do empresário, como titular do comando. Mas esse poder, haveria de ser moderado por limitações legais, como a garantia de um dividendo obrigatório, cuja regulação superasse imperfeições do estatuto na atual lei de sociedades por ações. Não seria supérfluo facultar aos capitalistas converter diretamente esse seu crédito de dividendos em capital da empresa.

É escusado lembrar que o direito à partilha dos lucros não substitui, mas se acrescenta, à remuneração fixa, tanto do empresário quanto dos trabalhadores, pela sua colaboração pessoal no funcionamento da empresa. Partindo-se do pressuposto de que a remuneração *pro labore* do empresário seria por ele mesmo fixada, é perfeitamente razoável pensar-se no estabelecimento de limites legais ao exercício dessa prerrogativa, de forma a se evitar o arbítrio, sobretudo em situações de crise econômica que sirvam de justificativa à dispensa de empregados.

Quanto ao investimento capitalístico, o reajuste de seu valor nominal a fim de corrigir a desvalorização monetária já é medida imposta, atualmente, às sociedades anônimas, e estendida pela legislação tributária a todas as empresas contribuintes do imposto sobre a renda.

Essas linhas-mestras do estatuto normal da empresa teriam que ser adaptadas às organizações de maior porte. Nestas, com efeito, o exercício do poder de comando não se compadece com sistemas autocráticos de governo solitário. O concurso de todas as categorias sociais de produção na gestão empresarial, previsto na Constituição brasileira (art. 165, V), impõe-se como medida de eficiência do sistema. De um lado, a problemática, aqui, não difere da vivida em todo grupo social de grandes dimensões, implicando uma adequada representação de inte-

resses. Ademais, o princípio da cogestão na macroempresa decorre também das próprias características da exploração econômica contemporânea, dominada pela crescente exigência tecnológica e pela regra geral da "informação organizada".

Nas empresas de capital aberto, ou naquelas que, isoladamente ou em conjunto com outras do mesmo grupo empresarial, reunam mais de 1.000 empregados, o órgão central seria o conselho de administração, composto pelos empresários e pelos representantes de capitalistas e trabalhadores. Nas empresas de capital fechado, ou nas que não contassem com aquele número mínimo de empregados, deixaria de haver, conforme o caso, representantes de investidores de capital ou de trabalhadores.

Tanto aqui quanto alhures, há quem proponha o ingresso de representantes da comunidade no conselho de administração das grandes empresas. Não partilho dessa opinião. A empresa deve ser administrada pelos seus integrantes e não por estranhos. À sociedade civil quanto à generalidade das empresas, ou ao Estado no tocante às empresas privadas, deve-se reconhecer uma legítima competência corretiva e de fiscalização; não um poder de gestão.

A proposta de composição tripartida do conselho de administração das grandes empresas, bem analisadas as coisas, não é nova nem ousada.

No que concerne à cogestão laboral, o direito alemão e o holandês já a consagram há vários anos, sem que se haja notado nenhum sinal daquela abominação da desolação, predita pelos profetas do liberal-capitalismo. Com fundamento nessa experiência, aliás, a Comissão do Mercado Comum Europeu apresentou ao Conselho das Comunidades Econômicas Européias a proposta de 5.<sup>a</sup> diretiva sobre a estrutura da sociedade anônima, na qual prevê que um terço, pelo menos, do conselho de administração das companhias, com 500 empregados ou mais, seja composto por representantes de trabalhadores. O Parlamento europeu aprovou a proposta em sua sessão de 11.5.82.

Já no tocante à distinção entre empresários e capitalistas, na estrutura desse tipo de sociedade mercantil, vale a pena lembrar que a emissão de ações sem voto, considerada anátema até há pouco em alguns círculos doutrinários estrangeiros, vai se generalizando rapidamente. A lei italiana 216, de 7.6.74, criou as chamadas "ações de poupança", privadas de direito de voto, mas gozando de certos privilégios patrimoniais. O sucesso da instituição foi marcado pela acatada emissão desses títulos, a partir de 1979. Na França, a lei 78.741, de 13.7.78, autorizou a criação de ações com dividendo prioritário e sem direito de voto. Além disso, uma lei recente, de janeiro deste ano, criou os "certificados de investimento" e os "títulos participativos", análogos aos *trust certificates* norte-americanos, que representam um desdobramento das ações, atribuindo ao seu titular unicamente direitos pecuniários.

No Brasil, a vigente lei de sociedades por ações elevou da metade para 2/3 do capital social o limite de emissão de ações preferenciais sem voto ou com voto restrito (art. 15, § 2.<sup>o</sup>). Esse limite, já de si bastante largo, não existe para as companhias que recebem recursos oriundos de incentivos fiscais nas áreas da SUDENE, da SUDAM, da SUDEPE e do reflorestamento.

Em 1981, do total de ações negociadas em todas as Bolsas do País, 70,3% foram preferenciais.

A distinção econômica e sociológica entre empresários e capitalistas vai se afirmando em todas as estatísticas. Durante quanto tempo o direito comercial ser-lhe-á impermeável?

No conselho de administração da macroempresa, o importante, segundo me parece, não é discutir o balanceamento numérico de representantes de trabalhadores e de investidores de capital, discussão que apresenta todas as características de inconclusibilidade; mas de assinar poderes próprios a determinada categoria de representantes, conforme seu interesse peculiar na matéria. Assim, aos empresários dever-se-ia reconhecer o poder exclusivo de nomear os diretores executivos da empresa. Aos representantes dos trabalhadores, o de vetar a nomeação ou demissão do diretor de relações trabalhistas, bem como o de se opor a certas medidas administrativas gravemente prejudiciais aos trabalhadores, como a demissão simultânea ou sucessiva de empregados acima de determinada percentagem sobre o quadro total de assalariados, durante um período mínimo de tempo. Aos representantes de investidores de capital — tanto acionistas quanto debenturistas — caberia aprovar, com poder de veto, os aumentos ou reduções de capital, bem como a emissão de quaisquer outros valores mobiliários pela companhia.

Todas as demais matérias seriam resolvidas pelo voto majoritário dos conselheiros. Ocorrendo empate, competiria ao presidente do conselho, eleito pelos representantes de todas as categorias, exercer o voto de qualidade.

Essa mesma estrutura administrativa aplicar-se-ia a todas as empresas estatais, crescendo-se a exigência de que a nomeação dos representantes do Estado-empresário, no conselho de administração, dependeria de prévia aprovação pelo órgão de representação popular: Câmara dos Deputados, Assembléia Legislativa ou Câmara de Vereadores.

Ponto nevrálgico de toda regulação estrutural da grande empresa é a questão da legitimidade pessoal dos empresários ao exercício do poder e a possibilidade de cessão desse poder de comando.

Muito embora nas grandes empresas seja bem marcada a distinção de funções entre empresários, capitalistas e trabalhadores, isto não significa que todo empresário, pelo simples fato de exercer o poder, goze de um certificado perene de aptidão e competência. Vinculando-se o controle à propriedade do capital investido, torna-se difícil sancionar a incompetência do empresário. A legislação falimentar francesa deu a melhor solução para o problema, no estado atual do direito, ao atribuir ao Judiciário, na hipótese de insolvibilidade da empresa, o poder de compelir os empresários ("dirigentes de direito ou de fato, aparentes ou ocultos, remunerados ou não") a ceder suas ações ou quotas de capital, podendo destinar o produto dessa venda ao pagamento dos débitos sociais.

No vigente direito brasileiro, a eleição de administradores de sociedades que dependam de autorização governamental para funcionar é submetida à aprovação do órgão oficial competente. E as penalidades administrativas aplicadas em caso de infração às regras legais ou regulamentares podem atingir esses dirigentes, mas não o acionista controlador (Lei 4.595, de 1964, art. 44; Dec.-lei 73 de 1966, art. 108; Lei 6.385, de 1976, art. 11), o que constitui uma incongruência em relação ao próprio estatuto do controle acionário.

A distinção entre empresários e capitalistas, conseqüente à desvinculação entre propriedade do capital e poder de controle, enseja o afastamento do empresário ineficiente ou desonesto, sem necessidade de se passar pela via da expropriação. Ela poderia concretizar-se, como provimento judicial, nos processos de falência, liquidação administrativa ou concordata. Ou então, por meio de ação autônoma, independentemente da insolvibilidade da empresa, por iniciativa de qualquer das demais categorias: trabalhadores ou capitalistas. Nas empresas de-

pendentes de autorização administrativa para funcionar, facultar-se-ia ao Estado, mediante processo administrativo contraditório, determinar o afastamento dos empresários.

Já quanto à cessão negocial do poder de comando da macroempresa, ela requereria o consentimento dos representantes de trabalhadores e capitalistas, no conselho de administração.

É supérfluo aduzir que uma reforma da empresa, na extensão proposta, implica a correlata reforma do Estado brasileiro no nível da própria soberania nacional, até agora objeto, como ninguém ignora, de tradicional condomínio privado. A correlação essencial de ambas as reformas impede a sua realização dissociada, que acabaria perpetuando a grande dicotomia entre público e privado.

A natureza radical de tais proposições não deixará de contender a respeitabilidade da ortodoxia conservadora.

Já vislumbro a reação escarvinha dos sumos sacerdotes do realismo econômico. Eles irão repetindo à porfia que “o capital tem suas exigências lógicas impo-stergáveis”; que “os princípios científicos da economia não se compadecem com os bons sentimentos ou as tiradas demagógicas”; e outros estribilhos da mesma profundidade. Os frutos dessa alta sabedoria estadeiam-se a nu, neste preciso momento, para ilustração geral: é a bancarrota política, econômica e social do país.

Oxalá essa falência generalizada, de origem sobretudo moral, nos permita entender a verdade simples de que a democracia integral não é um luxo de países opulentos ou o precipitado natural do PNB em ritmo de crescimento acelerado. Não é um resultado, mas um princípio, no duplo sentido de começo e regra superior.

Loucura para uns, escândalo para outros, a instituição democrática da empresa é princípio de sabedoria e de dignidade para o amanhã imediato. Pois “os progressos da humanidade”, como observou excelentemente um romântico, “medem-se pelas concessões que a loucura dos sábios faz à sabedoria dos loucos”.

## APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DAS COMPANHIAS

WALDIRIO BULGARELLI

1. O tema tem merecido a atenção da doutrina brasileira nos últimos anos, que já voltara suas vistas para ele, com as Leis de Reforma Bancária (n. 4.595/64) e de Mercado de Capitais (n. 4.728/65), e intensamente a partir das tentativas de interpretação da Lei 6.024, de 13.3.74, sobre a responsabilidade dos diretores das instituições financeiras e mais recentemente das Leis 6.404, de 15.12.76, que reorganizou as sociedades por ações e 6.385, de 7.12.76, sobre a Comissão de Valores Mobiliários, CVM e seus poderes em relação às companhias abertas.

E como as análises têm-se esgotado no exame da própria base da responsabilidade, se por culpa ou por risco, suas fontes, se contratual ou legal, com alguns poucos desdobramentos, parece-nos oportuno oferecer algumas anotações como contribuição para o desenvolvimento do tema.

### I — Os padrões de conduta do administrador perante a empresa e sua função social

1. Além do reconhecimento de que as atribuições (poderes-deveres) dos administradores das companhias são-lhes conferidas pela lei e pelo estatuto a fim de gerir os negócios sociais (portanto, negócios alheios) e por isso são responsáveis pelas faltas cometidas, duas outras idéias mais modernamente se acrescentaram para, de um lado, tornar mais rígidas as exigências em relação ao seu comportamento (de lealdade e correção) e de outro, a imposição de um padrão, de um *standard*, de um modelo de atuação, não de simples pai de família, *vir diligens ac probus, bonus pater familias, vir optimus et purus*, do Digesto, mas, de administrador eficiente, ou seja, com a exigência da *peritia artis*, portanto de capacidade profissional.<sup>1</sup>

Pode-se dizer que o fundamento da primeira, parece encontrar-se no reconhecimento de que a separação entre a propriedade das ações e o poder de controle, que se acentua nas companhias abertas, vem gerando, além de medidas de proteção às minorias também um agravamento dos deveres impostos aos administradores relativamente ao corpo acionário e a terceiros. Prova essa assertiva, a consagração de vários tipos de deveres dos administradores, na Lei 6.404/76, como o de lealdade (art. 155), o de informar (art. 154), normas mais incisivas sobre o desvio de poder (art. 154) e o conflito de interesses (art. 156), a caracterização da responsabilidade dos administradores das sociedades controladoras (arts. 245 e 246) e a responsabilidade em geral, dos administradores além dos poderes conferidos à Comissão de Valores Mobiliários, pela Lei 6.385/76, em relação às companhias abertas (art. 4.º), notadamente o disposto no art. 11, que chega até à suspensão do exercício do cargo de administrador de companhia aberta.<sup>2</sup>

Ao que se deve acrescentar o fato de que inúmeras sociedades anônimas dedicam-se a atividades que compreendem as economias populares e que são conhecidas de modo genérico, como instituições financeiras.