

## Capítulo IV

### QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO CONTROLE

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

A “escola analítica” de Austin e dos ulteriores especialistas da linguagem jurídica exerceu a útil função de pôr a nu a vacuidade das antigas “de-

---

1 Cf. a obra já clássica de F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford University Press, Londres.

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

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

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

Constitui um truísmo reconhecer que a sociedade ocidental, em primeiro lugar, e a humanidade inteira, em seguida, sofreram profundas transformações em seu modo de vida como resultado da chamada “revolução industrial”. É, porém, menos trivial reconhecer que os instrumentos jurídi-

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

4 Como escreveu vigorosamente T. Ascarelli, “*lo sviluppo di un diritto in via interpretativa (quale pure sempre avvenuto e quale avviene sotto i nostri occhi) non si riduce a una specie de commedia degli errori, a una serie di errate interpretazioni filologiche del testo interpretato o errate deduzioni logiche da questo, ma è un processo storico di sviluppo nel quale si fanno valere tradizioni e speranze, convinzioni economiche ed esperienze sociali, ma che non si riduce a un dispiegamento di quanto già virtualmente implicito nel dato interpretato, invece ponendo, attraverso l'ordinamento e il riordinamento delle norme e la ricostruzione della realtà, nuove premesse*” (*Saggi di Diritto Commerciale*, cit., p. 183).

cos tradicionais, herdados de uma civilização predominantemente agrária, são quase todos ineptos a regular a nova ordem social, e que a ciência jurídica deve, doravante, abandonar a sua posição meramente interpretativa, para assumir uma autêntica função criadora, como verdadeira “engenhar social”.<sup>5</sup>

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

Observou-se, assim, que a grande sociedade por ações – anônima ou em comandita – ao contrário das primitivas sociedades comerciais, constituía-se quase sempre com duas espécies de participantes: um conjunto de investidores capitalistas, e um punhado de empresários, representando o núcleo de poder. Percebeu-se mais que, enquanto o investimento acionário sofria uma tendência centrífuga, no sentido da sua dispersão e mesmo da extrema pulverização, o núcleo de poder era, ao contrário, trabalhado por incoercíveis forças centrípetas, de reforço às suas prerrogativas de fato.

**Nota de Texto 19** É preciso reconhecer que, desde o início dos anos 80 e com particular força no Brasil, o investimento acionário por parte de acionistas não majoritários vem também sofrendo tendência inversa, centrípeta. Na verdade, trata-se de um processo natural de criação de contra-tendência à enorme concentração de poder do controlador promovida pela política econômica e jurídica vigente no Brasil desde 1976. O evidente estímulo ao poder do

5 “*Il nostro problema di giuristi, disse T. Ascarelli, non è solo quello, della distinzione tra lecito o illecito, ma anche quello della fantasia; quello della creazione di strumenti, vorrei dire di macchine giuridiche, che possano conseguire determinate finalità, che abbiano freno e motore, che camminino, ma non vadano a finire nei fossi, che cioè contemperino esigenze diverse. I problemi sollevati da una economia industrializzata (o dal desiderio dell'industrializzazione) – como è eminentemente o caso do nosso país – rivelano sotto questo aspetto la loro novità rispetto alla problematica tradizionale*” (*Problemi Giuridici*, II, cit., p. 702).

controlador promovido pela lei societária de 1976 criou um compreensível temor em investidores-poupadores de atribuir seus valores às mãos de “administrador” juridicamente tão poderoso. O sistema só sobrevive nos primeiros anos em razão do grande impulso desenvolvimentista vivido pelo Brasil nessa época, que criava um grande excedente de poupança interna. A partir das crises do final dos anos 70 e anos 80 a poupança popular refluí do mercado de capitais. Nos anos 90 esse processo se acentua ainda mais, aí já com mais graves efeitos sobre o mercado de capitais. O processo de abertura e globalização vivido a partir dessa época levou a uma verdadeira desnacionalização de nosso mercado de capitais, com fechamentos sucessivos de companhias abertas brasileiras seguidas de aumento de capital de suas controladoras estrangeiras. O resultado foi uma ulterior redução de liquidez do mercado e maior desestímulo ainda ao investimento da poupança popular no mercado. O resultado é hoje uma enorme concentração entre os acionistas minoritários, institucionais em sua maioria (fundos de investimento, pensão etc.) ou estratégicos (acionistas com algum interesse específico naquela área).

Essa situação é à evidência bastante prejudicial ao mercado de capitais, afetando a liquidez e conseqüentemente a possibilidade de captação de recursos pelas empresas via mercado de capitais. A conseqüência macroeconômica direta é então a diminuição do investimento, com os naturais reflexos sobre o desenvolvimento econômico.

O único aspecto positivo dessa situação altamente negativa para a poupança e investimento internos é um possível maior contrabalanceamento do poder do controlador. Há maior capacidade de pressão dos acionistas minoritários no sentido de mudanças estruturais e organizativas. Fala-se inclusive em maior ativismo dos minoritários, sobretudo institucionais, como instrumento de mudança das práticas e da ética corporativa. Há nova

e interessante literatura a esse respeito.<sup>6</sup> No entanto, essa tendência não terá força de sustentação caso não se desenvolvam institutos jurídicos societários capazes de permitir um efetivo (e não meramente teórico) contrabalanceamento do excessivo poder do controlador. Sem eles é de se vislumbrar um refluxo até mesmo dos minoritários institucionais – sobre esses institutos v. *infra* Nota de Texto 26.

Verificou-se, ainda, que o investimento capitalístico em ações, além dessa tendência à dispersão, apresentava-se sempre mais despersonalizado, primeiro com a criação das ações ao portador, depois com o surgimento dos chamados investidores institucionais – fundos ou sociedades de investimento, fundos previdenciários, companhias de seguros – afastando, decididamente, a massa de acionistas da vida empresarial; ao passo que o poder de controle manifestava-se, desde logo, personalizado, e facilmente identificável, com os novos “barões” da indústria e das finanças.<sup>7</sup>

6 Cf. T. Baums, “German Government Panel on Corporate Governance”, *SSRN – Social Science Research Network Electronic Library*, jul. 2001; B. Black, “Agents watching Agents: the Promise of Institutional Investor Voice”, *UCLA Law Review* 39 (1992), pp. 811-893; J. C. Coffee Jr., “Liquidity Versus Control: The Institutional Investor as Corporate Monitor”, *Columbia Law Review* 1277 (1991); C. J. Cordenonssi e G. C. E. Índio, “The Role of Institutional Investors in Corporate Governance and their Performance as Stock Portfolio Managers in Brazil”, *SSRN – Social Science Research Network Electronic Library, working paper series*, 2001; K. Eppler, P. A. Kemnitzer, R. Proskauer, “Corporate Governance Activities of Institutional Investors and Other Activists”, *Practising Law Institute, PLI-Corp* 11 (2001); R. Romano, “Less is More: Making Institutional Investor Activism a Valuable Mechanism of Corporate Governance”, *Yale Journal of Regulation* 18 (2001), pp. 174-251; M. P. Smith, “Shareholder Activism by Institutional Investors: Evidence from CalPERS”, *The Journal of Finance*, volume 51, issue 1, 1996.

7 É preciso reconhecer, no entanto, que essa personalização do poder empresarial aparece hoje bem atenuada, na macroempresa, pelas exigências do “trabalho em equipe”, em razão da complexidade tecnológica crescente. Há quem sustente que a atual sociedade industrial já deu origem a uma “tecnoestrutura, anônima” (cf. J. K. Galbraith, *O Novo Estado Industrial*, cit., especialmente no cap. VI).

**Nota de Texto 20** Não há dúvida que estruturas de controle diluído são preferíveis, pois contribuem para a democracia acionária e, em última instância, social. Além disso, como recentes estudos têm demonstrado, existe uma relação inversa entre grande concentração e valor de mercado da companhia,<sup>8</sup> o que demonstra que também para a capitalização das empresas e o desenvolvimento do mercado de capitais a diluição acionária é fundamental. Ocorre que, como importantes estudos acadêmicos têm demonstrado, não é sempre possível obter tal diluição. Economias de diversos países têm condicionantes estruturais e regulatórias que muitas vezes impedem esse tipo de estrutura acionária de aparecer ou sobreviver.<sup>9</sup> Um dos pontos mais importantes da análise e de particular atualidade para o sistema brasileiro é aquele em que se demonstra que a dificuldade de mudança das regras decorre basicamente do forte poder de pressão e *lobby* exatamente dos grupos mais favorecidos pela legislação societária (controladores em caso de economias concentradas ou administradores no caso oposto) que adquirem enorme poder econômico e capacidade de pressão. Exemplo disso está na renitência de certas estruturas jurídicas a se acomodar à diluição acionária. Isso foi o que ocorreu, por exemplo, em países como a Polônia e Tchecoslováquia, que optaram por programas de privatização que incluíam a diluição acionária obrigatória (tentativas, de resto, muito meritórias em sua

8 Cf. o estudo feito entre 1.301 companhias abertas de países asiáticos em desenvolvimento – S. Claessens, S. Djankov, J. Fan, L. Lang, “Disentangling the incentive and entrenchment effects of large shareholdings” in *The Journal of Finance*, vol. LVII, nº 6 (dezembro 2002), pp. 2741 e ss. No Brasil foi feito estudo utilizando a mesma metodologia do citado artigo que chegou à mesma relação inversa entre valor de mercado e grau de concentração – A. P. Lanzana, A. Silveira, “É bom ter controlador?” in *Revista Capital Aberto*, nº 5 (janeiro 2004), p. 43.

9 A referência aqui é ao artigo de L. Bebchuk e M. Roe, “A theory of path dependence in corporate ownership and governance”, in *Stanford Law Review* 52 (1999), pp. 127 e ss., em que o autor defende a tese de que existiriam condicionantes estruturais e regulamentares a impedir os países de transformar suas estruturas societárias.

concepção) e que testemunharam, pouco tempo após as privatizações, processos de concentração acionária intensos. Processos que acabaram sendo mais lesivos que simplesmente a privatização de blocos, pois tais países não contavam com regras coerentes sobre escaladas acionárias.<sup>10</sup> O resultado acabou sendo a aquisição em Bolsa do controle das empresas privatizadas pouco tempo após a privatização através de escalada societária sem que seu sobrevalor fosse pago a ninguém (o que não ocorre nas privatizações por bloco, onde, menor dos males, ao menos o sobrepreço é pago ao Estado). Ora, exatamente esses condicionantes estruturais mencionados acima são marcas do desenvolvimento econômico brasileiro dentro e fora das sociedades anônimas. Como salientado pelos estruturalistas cepalinos em sua análise da história econômica financeira, a economia brasileira se estrutura em torno do poder econômico desde a colônia.<sup>11</sup>

Essas constatações não significam de modo algum que se deva adotar uma postura fatalista, reconhecendo a incapacidade do direito para resolver a questão. Ao contrário, propugna-se por um papel ativo do direito na conformação das relações sociais.

O que se quer afirmar é que nessa matéria, mais do que nunca, é preciso refletir sobre a distinção forma – função. É inútil ao direito tentar modificar à força a forma das relações de controle.<sup>12</sup> É possível, no entanto, introduzir regras que desempenhem função equivalente à do controle diluído. Essa função, como visto acima, é basicamente de controle e limite da atuação dos controladores e/ou administradores. Tanto quanto o controle por um acionariado diluído, isso pode ser feito, em cer-

10 Cf. J. Coffee, “Privatization and corporate governance: the lessons from securities market failure”, in *Journal of Corporation Law* 25 (1999), p. 37.

11 Cf. C. Furtado, *Formação econômica do Brasil*, cit., pp. 13 e ss.

12 Cf. a respeito da distinção forma-função no direito societário e suas aplicações o excelente trabalho de R. Gilson, “Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function”, in *American Journal of Comparative Law* 49 (2001), p. 338.

tas circunstâncias, por ativa participação de acionistas institucionais. Assim é que por muitos anos se acreditou que a participação dos bancos como acionistas das grandes empresas, na concentradíssima economia alemã, servia a esse dever de fiscalização. Ocorre que os bancos não se diferenciam de acionistas majoritários enquanto grandes controladores. Daí a ocorrência de casos freqüentes de conflito de interesse, que contribuíram e contribuem para se duvidar dessa forma de fiscalização. Se assim, é preciso substituir a representação indireta por grandes investidores institucionais pela representação direta e interna dos vários interesses atingidos pela sociedade. Só sua presença e atuação efetiva é capaz de controlar a administração por dela serem independentes (exatamente como o acionariado diluído, mas diferentemente dos controladores). Esse é o tema genérico dos limites estruturais ao poder do controlador, de fundamental importância em sistemas concentrados como o brasileiro, que será objeto de menção a seguir (cf. Nota de Texto 26).

Diante dessa nova ordem das coisas, tornaram-se vãs todas as tentativas de explicação e de disciplina jurídicas por meio dos institutos tradicionais. A “incorporação” da nova sociedade desde os primórdios, como pessoa jurídica, permitiu que se afirmasse a sua qualidade de comerciante, ou, mais hodiernamente, de empresário. Mas os espíritos críticos mais lúcidos nunca se conformaram com essa assimilação total da pessoa moral à pessoa natural, num antropomorfismo ingênuo. No caso das demais sociedades mercantis, dada a sua homogeneidade interna, ainda era possível falar em “comerciantes coletivos”. Mas o abuso de semântica se revelava patente quando se procurava enxergar na macrocompanhia de capital aberto um organismo unitário, em que o acionista especulador comungasse no mesmo interesse final com o grande investidor institucional ou o detentor do poder de controle, interno ou externo. A flagrante heterogeneidade dos elementos componentes dessa “pessoa” incitava, há muito, juristas e tribunais a maior circunspeção em suas conclusões.

De qualquer forma, pelo menos um dos elementos do problema parecia resolvido com base na dogmática clássica.

O acionista podia ser considerado, senão um proprietário dos bens sociais – que se declaram pertencentes à pessoa jurídica – pelo menos um proprietário de ações, de valores mobiliários, inconfundíveis com o ativo social.

Persistia, no entanto, a dificuldade de qualificação desse poder de controle empresarial, que se logrou afinal distinguir, ao cabo de árduas reflexões, quer da mera participação acionária, quer do poder de direção social.<sup>13</sup> Os diretores de uma anônima, os juristas sabem o que são, ou pelo menos pretendem sabê-lo: mandatários, segundo a antiga doutrina, órgãos sociais para a nova teoria. Mas, e o controle? Como caracterizar esse poder soberano, que pode corresponder a uma participação minoritária no capital social, ou mesmo se exercer de fora da sociedade?

24. A primeira tentação é a de reconduzir o problema aos esquemas clássicos, e reafirmar a concepção da pessoa jurídica como comerciante ou empresário. Berle e Means, por exemplo, a propósito da disciplina das cessões negociais de controle, avançaram a tese de que o controle nada mais seria do que um bem social ou empresarial, cujo valor pertenceria, por conseguinte, à própria companhia, e não aos seus acionistas, individualmente considerados.<sup>14</sup> Já para o Prof. Rubens Requião, o controle deve ser considerado um bem imaterial ou incorpóreo, análogo ao aviamento da empresa, “apropriável, por ocupação, pelo acionista ou pelo grupo que conseguir reunir a disposição do maior número de títulos”.<sup>15</sup>

**Nota de Texto 21** A teoria de Berle e Means traz consigo um aspecto que não pode ser desconsiderado. Trata-se do fato de que por vezes o controle e sua alienação se identificam à própria organização empresarial. Isso nem sempre ocorre. Muitas vezes o objeto (organização) claramente se separa do poder-dever sobre ele exercido (controle). Isso não significa, por outro lado, que, organização e controle nunca se identifiquem.

<sup>13</sup> Cf. *supra* nº 6.

<sup>14</sup> A. A. Berle Jr. e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, Ed. Revista, 1967, pp. 216/217. Discutiremos essa teoria do controle como *corporate asset*, nos negócios de cessão, mais adiante, nº 93.

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

Quando isso ocorre, a disciplina da alienação do controle muda sua abrangência.

Na verdade, essa identificação objeto-poder-dever sobre o objeto só ocorrerá quando o exercício do poder se destina, já de início, à modificação substancial do objeto. Poder e objeto identificam-se quando o primeiro se exerce no sentido da transformação substancial do último.

Um exemplo pode ajudar a esclarecer a hipótese aventada. Trata-se de decisão relativamente recente do STJ, ainda na vigência da regra original da lei acionária de 1976 sobre extensão da oferta pública aos acionistas minoritários.<sup>16</sup> Tratava-se de aquisição de controle de instituição financeira, aquisição esta destinada à posterior incorporação. Decidiu-se, contrariamente à orientação administrativa e jurisprudencial vigentes, que o valor do sobrepreço pago aos controladores e aos minoritários detentores de ações ordinárias deveria também ter sido pago aos detentores de ações preferenciais. Duas são, portanto, as peculiaridades do caso. Em primeiro lugar, o fato de se tratar de hipótese em que misturado e talvez incindível do valor do controle, encontrava-se o valor objetivo e mensurável da carta patente. Em segundo lugar, o fato de, no momento da aquisição, já se saber que ela seria seguida de uma incorporação.

A decisão em análise é importantíssima e talvez pioneira tratando-se de jurisprudência brasileira no reconhecimento da diferença entre cessão de controle e cessão da organização empresarial. Essa diferença, identificada em doutrina já há algum tempo, passou então a ter reconhecimento jurisprudencial.<sup>17</sup>

16 REsp. nº 34.834-5-PR, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zweiter, j em 14.09.1993 – v. transcrição e comentário do acórdão em RDM 95, julho-setembro 1994, p. 91.

17 A expressão “cessão da organização empresarial” foi introduzida por F. K. Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 250, que a utiliza indiferenciadamente da expressão “cessão da empresa” e sempre no sentido de alienação seguida de incorporação. Como se tentará demonstrar, cessão da organização empresarial pode ocorrer em maior número de casos e não exclusivamente naqueles em que há desaparecimento posterior da personalidade jurídica.

O acórdão sustenta que há cessão da empresa no caso de alienação seguida de incorporação. Afirmar que “tudo se passa como se a sociedade incorporadora houvesse adquirido a totalidade do acervo empresarial da incorporada, pagando a essa o preço dessa aquisição”.

Nesse caso, admite o acórdão, ainda citando a doutrina, “ser antijurídico que esse preço total da aquisição da empresa (não o preço de aquisição do controle, simplesmente) seja distribuído aos acionistas da incorporada desproporcionalmente à sua participação no acervo empresarial”.

É necessário indagar, no entanto, se apenas no caso de transferência do acervo empresarial, com desaparecimento da personalidade jurídica, esse tipo de prejuízo pode ocorrer. O simples dado formal, relativo à permanência ou não da personalidade jurídica, não pode ser considerado relevante, como de resto demonstram as tendências atuais de relativização do conceito de personalidade jurídica. Na doutrina italiana chega-se a considerar a discussão a respeito da personalidade jurídica encerrada para os comercialistas já a partir da metade dos anos 60, com a publicação dos trabalhos de F. Galgano e F. D’Alessandro,<sup>18</sup> não podendo mais a personalidade jurídica representar “*una premessa per il discorso operativo del giurista*”.<sup>19</sup>

Inserir a sociedade em uma outra estrutura empresarial, ainda que com manutenção da personalidade jurídica, faz supor uma possível alteração da perspectiva de lu-

18 F. Galgano, “Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica”, in *Rivista di diritto civile*, vol. 1, 1965, e F. D’Alessandro, “Persone giuridiche e analisi del linguaggio”, in *Studi Ascarelli*, Milano, 1963, p. 92.

19 V. C. Angelici, “Recenti decisioni in tema di interesse sociale e personalità giuridica”, in *Giurisprudenza commerciale*, 1977, 1, p. 948. Na Alemanha o mesmo ocorreu já nos anos 50, com a publicação do clássico trabalho de W. Müller-Freienfels, “Zur Lehre vom sogenannten ‘Durchgriff’ bei juristischen Personen im Privatrecht”, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957, p. 522; no Brasil essa tendência crítica é representada principalmente por J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise da pessoa jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979.



cro do acionista. Quando essa inserção é acompanhada de uma mudança do direcionamento empresarial, essa perspectiva é ainda mais presente. Não é possível alterar a organização empresarial à qual aderiram em função de determinada expectativa de lucro terceiros acionistas sem atingir gravemente seus interesses. Nesse sentido, eles são titulares não apenas do acervo empresarial, mas também da organização empresarial, tanto quanto os controladores, devendo receber o co-respectivo pelo seu valor quando da alienação de controle. Mas em que casos se pode dizer que ocorre uma cessão da organização empresarial? Para que isso ocorra é necessário que seja possível identificar, por parte do cessionário, a intenção de alterar substancialmente o direcionamento empresarial, de modo a alterar ou deslocar o centro de coordenação da influência recíproca entre os atos societários. É a essa coordenação que dá-se o nome de organização na teoria societária<sup>20</sup>. Existem hipóteses bastante claras de cessão de organização empresarial como um todo em caso de alienação de controle. Três exemplos são particularmente elucidativos. Em primeiro lugar, a aquisição de controle seguida de incorporação. Nesse ponto há certa melhoria – ainda insuficiente – na nova lei ao eliminar as dúvidas criadas pela redação original da Lei nº 6.404/76 e deixar claro que o acionista controlador terá sempre o direito de receber o reembolso de suas ações pelo patrimônio líquido avaliado a preços de mercado ou segundo os critérios do art. 45, à escolha do minoritário<sup>21</sup> (v. a nova redação dada ao art. 264 pela Lei nº 10.303/01, que pas-

20 V. P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milão, Giuffrè, 1976, p. 179.

21 O problema persiste, no entanto, no art. 45 da Lei nº 6.404/76, que ao dispor sobre o valor de reembolso, não se define claramente pelo valor econômico, cujo conceito tampouco explicita. Ao contrário, o § 1º parece indicar no sentido de adoção do valor patrimonial como critério básico e do valor econômico como critério mínimo de proteção. É de se esperar que interpretação doutrinária, jurisprudencial ou autêntica estenda a importância do valor econômico sob pena de se criarem incoerências do ponto de vista lógico. Um bom exemplo é exatamente a hipótese do art. 264. Não interpretar o previsto

sou a chamar-se art. 264-A). Na vigência da lei anterior isso nem sempre ocorria nas companhias abertas, pois a avaliação a preços de mercado a partir do valor de Bolsa, prevista no antigo art. 264, § 3º, “a”, freqüentemente era inferior ao atribuído à companhia quando da aquisição do controle (exatamente em função do deságio atribuído às ações não componentes do bloco controlador). Isso ocorria sobretudo se a incorporação era deliberada algum tempo após a aquisição, já que a lei previa a apuração dos preços de mercado nos últimos 30 dias antes da incorporação. Com a nova redação o sobrepreço pago ao controlador deve ser necessariamente incluído no valor de reembolso, ao menos se esse for identificado ao valor econômico. Evidentemente, se sobrevalor foi atribuído à companhia pelo novo controlador, isso significa que essa é a rentabilidade da companhia; a melhor aproximação existente de seu valor econômico. Ora, admitir essa interpretação nada mais é do que reconhecer que o valor do controle pertence à companhia, já que deve ser dividido, via direito de recesso, com todos os acionistas. Se não deve ser pago a ela, como defendido no clássico ensaio de Berle e Means,<sup>22</sup> ao menos deve ser repartido entre todos os acionistas. A segunda hipótese é a de aquisição de controle com posterior constituição de grupo de direito. Como é sabido, a regulamentação brasileira dos grupos de direito permite a subordinação expressa dos interesses da sociedade e também a distribuição desigual de resultados e prejuízos (v. art. 276 da Lei nº 6.404/76). Ora, é evi-

no art. 45 como garantia de pagamento ao menos do valor econômico, significaria reduzir a escolha do minoritário à forma de apuração do valor patrimonial, a preços de mercado ou a partir do balanço patrimonial – ou seja, optar por formas exclusivamente estáticas de apuração do valor da companhia, contrariando toda a lógica, dinâmica, da atividade empresarial que se deve supor captada por uma legislação societária coerente.

22 A. A. Berle Jr. e G. Means, *The modern corporation and private property*, Transaction Publishers, New Brunswick, Londres, pp. 216-217.

dente então a cessão da organização, passando o feixe de interesses e contratos a ser centrado na sociedade controladora e não mais na controlada. Nesse caso, não há como não reconhecer aos minoritários sem direito a voto, no momento da alienação de controle, sua parte no sobrepreço oferecido aos controladores. Por outro lado, também não há o apoio interpretativo oferecido pelo art. 264 para a extensão do direito de recesso. Assim, a proteção via extensão da oferta pública é de rigor. Além dessas hipóteses, seria de se cogitar de existência de cessão da organização naqueles casos de grupos de fato em que há a clara formação de um novo e único centro de interesses. Isso é bastante comum naqueles casos de aquisição de controle de concorrentes. Aí a subordinação de interesses é a regra. Como, no entanto, não existem elementos estruturais e legais claros a demonstrar a existência de cessão da organização (como o desaparecimento da personalidade jurídica no caso da incorporação e do desaparecimento da independência de decisões no caso de grupos de direito), não parece possível presumir a existência de cessão de organização. Os minoritários ficam, portanto, adstritos à proteção imperfeita e incompleta da regra de conflito de interesses da lei societária.

Finalmente, terceiro, último e clássico exemplo é o da aquisição do controle visando à eliminação de organização empresarial (dissolução da sociedade). Essa hipótese não é remota, especialmente em se tratando de aquisição de concorrente. Verificado o evento (dissolução) e estabelecida sua ligação funcional com a alienação de controle, não parece haver dúvida da existência da cessão de organização empresarial.

Em conclusão, pode-se afirmar que a limitação do sobrepreço pago pelo controle aos acionistas controladores – e minoritários com direito a voto (parcialmente) – justifica-se apenas quando esta é direta contraprestação do direito de voto. Ou seja, quando o comprador está pagando a mais meramente pelo interesse de empregar capitais sob gestão alheia (no sentido de gestão empre-

sarial e não meramente administrativa). Nesse caso o sobrepreço é pura contraprestação do voto.

Ora, isso ocorre, exatamente, naqueles casos em que ao novo controlador não interessa dispor ou redirecionar a organização societária, mas sim mantê-la funcionando e operante, maximizando tanto quanto possível os lucros. Interessante é notar que nesses casos, normalmente, as avaliações realizadas para venda do controle não se fazem levando em conta diretamente o valor do patrimônio líquido somado aos valores imateriais, mas sim a perspectiva de rentabilidade da empresa, já que o interesse do adquirente não é dispor da organização, mas sim obter o lucro que esta pode gerar. Não há, portanto, valores imateriais que sejam sonogados aos acionistas minoritários. Não há, conseqüentemente, qualquer prejuízo.

Ao contrário, quando a intenção for de redirecionar radicalmente, subordinar ou extinguir a organização societária, há identificação objeto-poder (dever). Alienar o controle é alienar bem da empresa (organização), que deve ser dividido entre todos os acionistas.

Não nos parece que o problema esteja resolvido com a redução do controle à categoria dos bens jurídicos, ou objetos de direito. A comparação com o aviamento não é elucidativa pois, quando nele se fala, tem-se em mente uma particular organização de bens instrumentais para o exercício da atividade empresarial: a aptidão desses bens a produzir lucros. Mas o controle não é um bem da empresa e, sim, um poder sobre ela. Do seu exercício pode decorrer que a empresa tenha bom ou mau aviamento, mas o controle não se confunde com esse efeito. Há aí uma certa reificação do direito subjetivo, que mergulha suas raízes na ciência jurídica dos romanos e, mais recentemente, na *common law*. Os romanos não distinguiam, nitidamente, os direitos de seus objetos, os *jura* dos *corpora*; *res corporales* é expressão que, nas fontes, designa tanto as coisas em si mesmas, quanto o direito que sobre elas se exerce.<sup>23</sup> Da mesma forma, a noção de *property*, na

23 Cf. R. Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, cit., pp. 408/409; Correia e Sciascia, *Manual de Direito Romano*, 2ª ed., vol. I, § 68.



*common law*, é sinônimo de bens e não de direito de propriedade.<sup>24</sup> Aliás, resquícios dessa concepção ainda persistem na linguagem popular e em nossos Códigos, mesmo após séculos de distinção escolástica. Não dizemos comumente, designando um prédio, que ele é a nossa “propriedade”? O Código Civil de 2002 não considera bens imóveis os direitos que sobre eles se exercem (art. 80, I)?

25. Há, ainda, quem distinga o controle sobre a sociedade do controle sobre a empresa.<sup>25</sup> O primeiro se resolveria na designação dos administradores sociais, aos quais competiria o segundo. Os acionistas seriam assim, *ex vi legis*, excluídos do controle empresarial, “sinônimo de poder de gestão e de direção”.

Essa opinião, a nosso ver, confunde, lamentavelmente, o poder de controle com o exercício das prerrogativas diretoriais na companhia, como se estas últimas fossem realmente soberanas, isto é, não dependentes, legalmente, de nenhum outro poder, notadamente da assembléia geral. Desde o início deste estudo, tivemos o cuidado de estabelecer a distinção dos três níveis nos quais se estabelece a estrutura de poder na sociedade anônima: o da participação acionária, o da direção e o do controle.<sup>26</sup> Pelo que pudemos verificar nos dois capítulos imediatamente anteriores, o controle pode corresponder a uma participação totalitária, majoritária ou minoritária no capital social, e pode mesmo não corresponder à participação acionária nenhuma, como no caso do controle externo. O órgão diretorial também pode assumir o controle, nas macrocompanhias de capital extremamente disperso, como sustentaram Berle e Means pela primeira vez. O que não se pode é pretender que os administradores sociais, pelo fato de exercerem legalmente um poder de gestão empresarial, tenham sempre o controle.

Ademais, a opinião que ora combatemos dá a impressão de conceber a empresa como desligada da sociedade. Sem dúvida, trata-se de duas entidades distintas, e o interesse social nem sempre se identifica, completamente, com o interesse empresarial. É bem verdade que “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e o interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e

24 Cf. R. David, *Le Droit Anglais*, pp. 100 e ss.

25 Cf. G. Rossi, *Persona Giuridica, Proprietà e Rischio d'Impresa*, Milão, Giuffrè, 1967, pp. 115 e ss.

26 Cf. *supra* nº 6.

no interesse da função social da empresa” (Lei nº 6.404/76, art. 154). Mas o fato incontestável é que, em nosso direito, como no direito italiano e ocidental de modo geral, a empresa é sempre subordinada à sociedade, e a sua exploração constitui, propriamente, o objeto social (Lei nº 6.404/76, art. 2º); ela pode desaparecer ou ser transferida, sem que a sociedade desapareça ou mude de controle.

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

## 26. Mas como defini-lo?

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

Para que surja a noção de controle, escreveu Claude Champaud,<sup>27</sup> é mister, antes de mais nada, que exista um patrimônio cujo titular se encontre na impossibilidade de gerir os bens de que é proprietário. Qualquer que seja a concepção que se tenha da pessoa jurídica, força é reconhecer que os seus bens são subtraídos à propriedade individual das pessoas físicas, que deles usam e percebem os frutos. Assim, se a existência de um patrimônio coletivo não acarreta, obrigatoriamente, o aparecimento do controle, ela cria, no entanto, uma situação que facilita o seu estabelecimento: a dissociação entre a propriedade e a administração dos bens.

A segunda condição de existência do controle, prossegue Champaud,<sup>28</sup> é a necessidade de delegação dos poderes de administração patrimonial, nas pessoas jurídicas. Se nem todos podem administrar ao mesmo tempo, cria-se uma concentração de poder na pessoa de alguns sobre os bens sociais, que não é ainda o controle, mas que lhe vai permitir revelar-se e estabelecer-se.

A alteração desse “mandato” de administração dos bens coletivos constitui a terceira condição de surgimento do controle.<sup>29</sup> Como a “vontade social” é expressa pela maioria, a esta se atribuem, ao mesmo tempo, as prerrogativas de mandante e de mandatário, prerrogativas essas que conflitam com a propriedade, sobre bens de que ela não se pode apoderar sem cometer um delito.

Trata-se, portanto, de uma noção concorrente da propriedade e que só pode ser definida em função desta.<sup>30</sup>

27 C. Champaud, *Le Pouvoir de Concentration*, cit., nº 177.

28 *Ibidem*, nº 178.

29 *Ibidem*, nº 179.

30 *Ibidem*, nº 180.

Será equivalente à posse? Freqüentemente, o controle é apresentado como um poder de fato e, aparentemente, o controlador é aquele que exerce de fato os poderes inerentes ao domínio. Mas essa visão das coisas é falsa. Champaud alude ao pressuposto do *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*, da teoria de Savigny, para sublinhar que o controlador não manifesta nem pode fazê-lo, sob pena de cometer um crime, a intenção de apropriar-se dos bens sociais.<sup>31</sup> Tampouco se pode inferir a situação de posse, objetivamente, sem se indagar o ânimo ou a intenção do controlador; pela mesma razão de que a posse faz sempre presumir a propriedade, ou leva a adquiri-la, resultado que é, terminantemente, vedado ao controlador.<sup>32</sup>

**Nota de Texto 22** Nota-se que o que o texto nega é a possibilidade de caracterizar posse dos bens da sociedade pelo controlador. Isso não significa que o poder de controle em si, enquanto direito (na verdade, como se verá, poder-dever) não possa ser objeto de posse. A posse de um direito é particularmente adaptável à realidade societária. Atividades, diferentemente de atos, são geralmente repletos de direitos cujo exercício mais do que a titularidade jurídica tem de ser protegida. E na teoria clássica da posse é exatamente a proteção do exercício de direitos que dá ensejo à posse de direitos – ou seja, não se trata de mera situação de fato, mas de direito cujo exercício deve ser protegido.<sup>33</sup> A situação se amolda à perfeição, por exemplo, ao poder de controle exercido pelos acionistas minoritários no absenteísmo do majoritário – v. *supra* Nota de Texto 9. Essa visão coaduna-se com outro modelo descritivo, que vê no controle uma posição jurídica.<sup>34</sup> A questão que se põe então é

exatamente a possibilidade de identificar no controle posição jurídica oriunda não só de relações jurídicas mas também de relações contratuais de fato. Ora, como sabido, as relações contratuais de fato, a exemplo da posse (de direitos) exigem exteriorização (na última de um direito, nas primeiras de uma declaração de vontade) cuja existência é possível presumir (a partir da exteriorização).<sup>35</sup> São, portanto, tanto quanto as relações jurídicas, fontes de direito. Assim é possível admitir o surgimento de uma posição jurídica a partir de uma relação contratual de fato. Desse modo, a idéia de relação contratual de fato, ajuda, e muito, a descrever as hipóteses em que não há controle majoritário.

Essas duas figuras (posse de direitos e posição jurídica), de valor descritivo, e sua virtual equivalência para explicação da situação de controle demonstram que do ponto de vista da descrição da *fattispecie* não há distinção entre situações de direito e de fato em relação ao controle. Só da disciplina que se pretende ou deve aplicar poder-se-ão assim retirar cânones seguros para distinguir o controle como situação de direito ou de fato.

Seria então correspondente à simples detenção? O detentor possui a coisa em nome de outrem, e em cumprimento de ordens ou instruções deste, como se diz no nosso Código Civil de 2002 (art. 1.198). Ora, o controlador tem um poder que, manifestamente, não pertence ao detentor: a disposição da coisa.<sup>36</sup> O comportamento dos que detêm o controle social se aproxima, sensivelmente, do de um empresário individual. Este é o *domi-*

---

*sonstigen Gebundenheiten, Obliegenheiten und Zuständigkeiten, die sich aus dem Rechtsverhältnis für einen der an ihm Beteiligten ergeben, machen seine Rechtsstellung in diesem Rechtsverhältnis aus*” – K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7ª ed., Munique, Beck, 1989, p. 207, § 12, III).

31 *Ibidem*, nº 180.

32 *Ibidem*, nº 181.

33 Cf. R. von Jhering, *Teoria simplificada da posse*, São Paulo, José Buchatsky, 1976, p. 121.

34 Na explicação clássica de K. Larenz, posição jurídica é oriunda de uma relação jurídica e constituída pelo conjunto de conseqüências jurídicas, isto é, direitos subjetivos, expectativas de direito, deveres e outras vinculações, obrigações e competências que se originam de uma relação jurídica para cada um dos seus participantes (“*Die Gesamtheit der Rechtsfolgen, nämlich der subjektiven Rechte, Erwerbsaussichten, Pflichten,*

35 Cf. nesse sentido K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 333, onde afirma que deve ser reconhecida a declaração negocial com efeitos jurídicos.

36 *Ibidem*, nº 182.

nus, aqueles, os patrões. Eis por que os empresários individuais não hesitaram em recorrer à técnica societária para decuplicar a pujança do seu negócio. A concentração de capitais, no seio da sociedade, acrescia seu poder sem lhes fazer perder as prerrogativas que, anteriormente, exerciam sobre os bens da empresa. Ora, dentre essas prerrogativas, a essencial consiste no poder de dispor desses bens, no de vendê-los, de hipotecá-los ou empenhá-los, de trocá-los, ou de consumi-los.<sup>37</sup>

Tal poder, bem conhecido dos juristas, é o clássico *jus abutendi*, elemento essencial da propriedade.<sup>38</sup> O controle é, pois, o direito de dispor dos bens alheios como um proprietário. Controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica.<sup>39</sup>

A essa magistral demonstração aderiu, entre nós, o Prof. Orlando Gomes.<sup>40</sup>

A rigor, ela já estava implícita nas análises de Berle sobre a separação entre a propriedade e o controle.<sup>41</sup> Recorrendo a uma imagem física, escreveu ele que teria havido uma dissolução do antigo átomo da propriedade (*ownership*) nas suas partes componentes, controle e propriedade de fruição (*beneficial ownership*).<sup>42</sup> Ou então, como preferiu dizer em artigo publicado em 1958,<sup>43</sup> a antiga *possessory property* subdividiu-se em duas funções: *passive receptive* na pessoa dos acionistas, e *managing and creating* com o grupo de controle, que ele identificava com os administradores, obcecado como estava pelo fenômeno do controle gerencial. Este controlador, como escreveu em outro artigo,<sup>44</sup> não é tanto o proprietário de um bem patrimonial, quanto o ocupante de uma posição de poder.

37 *Ibidem*, nº 183.

38 Tanto isso é verdade, acrescentamos nós, que o legislador suíço, ao determinar os direitos do proprietário, no Código Civil (art. 641), limitou-se a designar apenas o *abusus*: “*Le propriétaire d’une chose a le droit d’en disposer librement, dans les limites de la loi*”.

39 *Ibidem*, nº 184, 184 bis.

40 O. Gomes, “Tema de Sociedade Anônima”, in *RT* 429/13.

41 Sobre as aporias suscitadas por essa distinção célebre, na doutrina européia, discorremos em nosso *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, São Paulo, 1970, nºs 28 e 29.

42 A. A. Berle Jr. e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, Ed. Revista, 1967, p. 8.

43 “Economic Power and the Free Society”, reproduzido na coletânea organizada por A. Hacker, *The Corporation Take-Over*, Nova Iorque (Harper & Row), 1964, p. 91.

44 “Control in Corporate Law”, in *Columbia Law Review*, vol. 58, 1958, p. 1.212.

Aliás, a noção de propriedade, aplicada aos bens empresariais, tem sido criticada. Um empresário pode trabalhar em prédios alheios e com maquinaria alienada fiduciariamente, sem que isto quebre a unidade do estabelecimento. Daí por que uma parte da doutrina prefere falar em titularidade do estabelecimento e não em propriedade.<sup>45</sup> Com razão, “propriedade da empresa” é expressão defeituosa, pois a empresa não compreende apenas bens, mas também homens.<sup>46</sup>

27. Há, pois, quem conceba o controle não como um direito sobre bens, mas como um poder sobre a atividade empresarial. “Controle de uma sociedade por outra”, escreveu Giuseppe Ferri,<sup>47</sup> “significa, substancialmente, que a ação da sociedade controlada pode ser, concretamente, determinada pela sociedade ou ente controlador. O controle exprime uma particular situação, em razão da qual um sujeito é capaz de marcar com a própria vontade a atividade econômica de uma determinada sociedade”.<sup>48</sup>

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

O conceito básico do moderno direito comercial é o de atividade empresarial, substituindo a velha noção de ato de comércio. Atividade é uma série de atos tendentes ao mesmo escopo. Ela engloba tanto atos ou negócios jurídicos, quanto simples atos materiais. Não há, portanto, como confundir atividade com ato ou negócio jurídico. A capacidade para a prática de atos difere da capacidade para o exercício de uma atividade. Aquela pode ser absoluta ou relativa; esta é sempre absoluta. Não há pessoas relativamente capazes para o exercício de uma profissão. Por outro lado, o regime da validade dos atos isolados difere do da atividade: no primeiro caso, distingue-se a nulidade da anulabilidade; no segundo, fala-se, mais propriamente, em regularidade ou irregularidade.<sup>49</sup>

Empresário, segundo definição do art. 2.082 do Código Civil italiano, adotada *ipsis verbis* em nosso Código Civil de 2002 (art. 966), é quem

45 Cf. T. Ascarelli, *Corso di Diritto Commerciale*, 3ª ed., Milão, 1962, pp. 328/329; Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, São Paulo, Max Limonad, 1969, nº 147.

46 Cf. R. Franceschelli, *Imprese e Impreditori*, cit., pp. 111/112.

47 G. Ferri, *La Società*, cit. nº 252.

48 É essa também a tese de C. Pasteris, em sua obra *Il “Controllo” nelle Società Collegate e le Partecipazioni Reciproche*, cit., pp. 29/30.

49 Sobre todo este argumento, cf. Auletta, verbete *Attività* na *Enciclopedia del Diritto*, Milão.

exerce, profissionalmente, uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Ora, quem fala em "atividade econômica organizada" supõe um complexo de bens destinados a um escopo produtivo. Atividade empresarial e estabelecimento constituem, portanto, noções complementares.<sup>50</sup> Da mesma forma, o controle sobre a atividade empresarial implica, necessariamente, o controle dos bens empresariais e vice-versa. Por isso, Champaud afirmou, corretamente, que controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal sorte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica.<sup>51</sup>

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

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

A *summa divisio rerum*, das *Institutas* de Gaio, em coisas de direito divino e coisas de direito humano<sup>52</sup> corresponde a um tipo de organização social ainda profundamente penetrado de valores religiosos.<sup>53</sup>

A distinção entre *res Mancipi* e *nec Mancipi*, fundamental no direito romano clássico, já alia considerações de ordem religiosa — o caráter sagrado do solo itálico, local da fundação —<sup>54</sup> a exigências iniludíveis de uma civiliza-

50 Cf. G. Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 3ª ed., Turim, 1972, nº 17; T. Ascarelli, *Corso*, cit., Cap. VII.

51 Cf. *supra* nº 26.

52 "*Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani*", G. 2, 2.

53 É interessante notar como essa classificação aparece esbatida, nas *Institutas* de Justiniano, quatro séculos depois, pela introdução da noção de direito natural: "*Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur*" — J. 2, 1 pr.

54 Esse caráter sagrado da fundação da *Urbs*, conferindo um valor superior à tradição e à auctoritas maiorum, é apontado, com razão, por H. Arendt, como a chave da interpretação da civilização romana (cf. *Entre o Passado e o Futuro*, São Paulo, 1972, pp. 162 e ss.).

ção agrária e de um Estado imperialista.<sup>55</sup> Ela só foi abolida, oficialmente, por Justiniano (C. 7, 31, 1, 5, de 531).

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

Ora, o regime capitalista veio diminuir, notavelmente, a importância dessa distinção, ou pelo menos alterar-lhe o sentido de valor. A criação dos títulos de crédito e o desenvolvimento do sistema bancário, o lançamento de valores mobiliários e a fundação de sociedades por ações tornaram anacrônico o adágio *res mobilis, res vilis*.<sup>56</sup> As grandes fortunas podem, atualmente, concentrar-se em títulos e contas, e atribuir ao seu proprietário um poder econômico e político tão grande ou maior do que o domínio eminente do direito feudal.

30. Na verdade, a grande distinção dos bens no direito moderno, a partir da revolução industrial, é a de bens de produção e bens de consumo.<sup>57</sup> Mas ela não aparece em nenhum Código ocidental, justamente porque a sua admissão implicaria o reconhecimento de uma distinção entre os direitos relativos a cada uma dessas espécies de bens, o que o regime capitalista se recusa, tenazmente, a sancionar. O que lhe importa é consagrar, em todas as hipóteses, uma situação de propriedade, equiparando a pequena casa de residência ao bloco de controle acionário sobre um império industrial. Havendo em ambas as hipóteses propriedade, e sendo ela um direito natural, a sua limitação ou, *a fortiori*, a sua supressão, em qualquer ocorrência, é odiosa e ilegítima.

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

56 Cf. as páginas admiráveis que G. Ripert dedicou ao assunto em *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, 2ª ed., Paris, L.G.D.J., 1951, cap. III.

57 Cf. G. S. Coco, *Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà*, Milão, 1965, pp. 219 e ss.; A. A. Berle Jr., Prefácio à edição revista de *The Modern Corporation and Private Property*, cit.; W. Friedmann, *Law in a Changing Society*, 2ª ed., Londres, 1972, pp. 93 e ss.

Mas essa ficção de uma equivalência de propriedades vem sendo, há muito, desmentida pela história, especialmente no campo do direito comercial.<sup>58</sup>

Já aludimos, por exemplo, ao binômio títulos de crédito – sistema bancário. Ele contribuiu, decisivamente, para transformar o dinheiro de simples meio de pagamento em bem de produção, desdobrando *ipso facto* os direitos a ele referentes, e tornando sem sentido a antiga proibição canônica da usura.<sup>59</sup> Quando o Banco da Suécia e o Banco da Inglaterra, no século XVII, decidiram vincular estreitamente os depósitos bancários ao desconto de cambiais, deram início a esse poderoso mecanismo de captação e aplicação de dinheiro que, num amplo movimento de sístole e diástole, irriga todo o sistema econômico. O depositante perde a propriedade de uma coisa material para se tornar credor do banco, em conta corrente. O banco, por sua vez, superando a velha função de simples guardião de valores metálicos e cambista de moedas, assume um verdadeiro poder de disposição das somas depositadas, dando origem à chamada moeda escritural.

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

A partir de 1974, esse desdobramento de direitos sobre bens de produção aparece de forma nítida no negócio de *leasing*, em que o proprietário do bem exerce, na realidade, a função de financiador de sua aquisição, com reserva do domínio em garantia, enquanto o locatário tem, de fato, as prerrogativas inerentes à propriedade, o que conduz a situações heterodoxas em matéria tributária.<sup>60</sup>

Por outro lado, consagrando orientação universal, o direito brasileiro também reconhece que “as jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial” (Constitui-

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

59 É o que T. Ascarelli demonstrou, com clareza, nas páginas conclusivas da sua *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, pp. 333 e ss.

60 Cf. a Lei nº 6.099, de 12.09.1974.

ção Federal, de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, art. 168), assegurando ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra na forma e no valor que dispuser a lei (mesmo artigo, § 2º).<sup>61</sup>

Em todas essas hipóteses, como adverte Ripert, assiste-se à substituição de uma propriedade por um direito de crédito. “O regime capitalista transformou os proprietários em credores. Retirou dos homens a posse das fábricas, das casas, dos veículos, das minas, das águas, dando-lhes, em troca, uma parte nos lucros realizados pela exploração desses bens.”<sup>62</sup>

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

O direito burguês, oriundo da Revolução Francesa, decretou o caráter unitário e absoluto da propriedade (*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*, segundo a célebre definição do Código de Napoleão), abolindo os desdobramentos reais do direito feudal. Mas, na verdade, como já se advertiu, o que se procurou foi suprimir o domínio eminente – a propriedade estática – e tornar absoluto o domínio útil, a propriedade dinâmica dos que, efetivamente, cultivavam a terra e possuíam os instrumentos de trabalho.<sup>63</sup> No conflito de interesses relativo a bens de produção, foi o poder de controle que prevaleceu sobre o direito de mera fruição.

31. Esse desdobramento dos direitos sobre as coisas em “propriedade estática” e “propriedade dinâmica” não surgiu com nitidez senão após a criação da civilização industrial, com o seu ideal do *homo faber*. É por isso que o regime tradicional da propriedade em nossos Códigos, herdado de uma civilização pré-industrial, ainda conserva o seu caráter nitidamente estático. As normas sobre a propriedade são, fundamentalmente, protetoras da fruição exclusiva do *dominus*, normas de tutela, como a reivindicação e

61 A Constituição Federal de 1988 acolheu essa orientação em seu art. 176.

62 *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, cit., pp. 132/133.

63 Cf. J. Carbone, *Droit Civil*, 7ª ed., Paris, 1973, vol. 3, p. 88.



os interditos possessórios, sendo a posse entendida como a manifestação por excelência da propriedade. “O proprietário tem a faculdade de”, dispõe o nosso Código Civil de 2002, “usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (art. 1.228). “*Der Eigentüemer einer Sache, kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen*”, declara o BGB (§ 903). E o Código Civil suíço, por sua vez, edita: “*Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi. Il peut la revendiquer contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation*” (art. 641). A preocupação com a proteção da exclusividade do *usus* e do *fructus* transparece nítida, desde a primeira norma conceitual sobre a propriedade, nos Códigos atuais.

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

Ora, a propriedade dinâmica, ou controle sobre bens de produção, não tem por objetivo a fruição, mas a produção de outros bens ou serviços e, por isso mesmo, implica, necessariamente, uma relação de poder sobre outros homens, na medida em que a produção sai da fase artesanal para a industrial. A propriedade dinâmica de bens de produção é a que se realiza sob a forma de empresa.<sup>64</sup> Perante uma propriedade desse tipo, a problemática fundamental não é a de proteção e tutela contra turbações externas, mas sim a de fiscalização e disciplina do seu exercício, a fim de se evitar o abuso ou desvio de poder. O “controle do controle” como dissemos de início, é o desafio permanente que se apresenta nessa matéria. Se faz algum sentido introduzir o conceito legal de “empresário”, em substituição ao “comerciante” do direito tradicional, deve-se reconhecer que ele se aplica ao titular do poder de controle sobre bens de produção. O “empresário”, explicou Franceschelli, quando da promulgação do atual Código Civil italiano, “exerce a função de decidir *se* (se deve), o *que fazer e como fazer*, assumindo as conseqüências e pois o *risco* de tais decisões”.<sup>65</sup> Ora, essa função, nas sociedades mercantis, sobretudo nas anônimas, a não ser por figura de retórica,

64 Cf. G. S. Coco, *Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà*, cit., pp. 74/75, 235/236.

65 R. Franceschelli, *Imprese e Imprenditore*, cit., pp. 21/22. Veremos, na última parte deste estudo, como a dissociação entre poder e risco, no direito atual, provém, justamente, da falta de reconhecimento do controlador como empresário, por amor à ficção da personalidade jurídica.

pode ser atribuída à pessoa jurídica em si. A sociedade não é o empresário, isto é, titular do poder de controle, mas o “titular da empresa”.<sup>66</sup> A ligação da pessoa jurídica aos bens sociais não é de *poder* (*plena in re potestas*) e sim de mera *pertinência*. Os bens sociais pertencem à sociedade, mas quem detém sobre eles o poder de disposição é o empresário, ou seja, o titular do controle. Não se pode deixar de reconhecer aí, como já tivemos ocasião de assinalar,<sup>67</sup> o ressurgimento do fenômeno de multiplicação de direitos reais concorrentes sobre os mesmos bens, característico do feudalismo. O titular do poder de controle exerce, efetivamente, como sustentou Champaud, a disposição dos bens alheios e, por isso mesmo, essa “propriedade, sob a forma de empresa” não somente tem uma função social, mas é uma função social.<sup>68</sup> A atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis, não no interesse próprio, mas no interesse social, isto é, de todos os sócios *uti socii*. Trata-se, portanto, de um poder-dever, a meio caminho entre o *ius* e o *munus*.

**Nota de Texto 23** Na verdade, pode-se sustentar que a função social da empresa e do empresário que exercita o controle é muito mais e na verdade até mesmo algo diferente dos deveres com os demais sócios. Trata-se de impor deveres positivos perante terceiros (não sócios) afetados pela atividade empresarial.

A expressão, aplicada por Champaud às relações sociais internas, denota uma visão do autor ainda influenciada pelo privatismo da função social do controlador, que parece identificar nos acionistas minoritários os sujeitos protegidos pelo princípio da função social da empresa. Na verdade os acionistas minoritários podem ser e são titulares de proteção específica prevista (ainda que limitadamente) na lei acionária.

Não é para sua proteção que o princípio da função social se faz necessário. Não é tampouco essa idéia privatista originária do desenvolvimento histórico jurídico do instituto da função social da empresa.

66 Bracco, *apud* R. Franceschelli, *Imprese e Imprenditore*, cit., p. 76, nota.

67 Cf. o nosso *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, cit., nº 32.

68 Cf. P. Perlingieri, *Introduzione alla Problematica della "Proprietà"*, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università degli studi di Camerino, 1971, pp. 17 e ss.



A função social da empresa tem origens históricas muito interessantes, ligadas ao reconhecimento de deveres externos da empresa.

A referência originária e mais conhecida da expressão “função social” aplica-se à propriedade. Trata-se da famosa fórmula do art. 153 da Constituição de Weimar – “*Eigentum verpflichtet*” (a propriedade obriga).

Cedo fica evidente, na própria teoria constitucional, que a abrangência do termo tinha de ser ampliada. No campo empresarial, em virtude da influência e relevância da empresa para a vida social, essa ampliação é fundamental. É interessante notar que na teoria constitucional a função social passa então a justificar a própria atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas. Assim é que no direito alemão o reconhecimento e atribuição da liberdade de associação à pessoa jurídica (como forma de proteção contra a dissolução imotivada) tem historicamente como contrapartida o reconhecimento de sua função social.<sup>69</sup> O ponto alto e efeito mais significativo dessa evolução está, sem dúvida, no famoso *Mitbestimmungsurteil*, em que o Tribunal Constitucional alemão reconheceu a constitucionalidade das leis de participação operária nas grandes empresas alemãs,<sup>70</sup> tendo por base, entre outros, o princípio da função social da empresa.

No Brasil, a idéia da função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, inciso III). Estendida à empresa, a idéia de função social da empresa é talvez uma das noções de mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da “regulamentação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida

69 H. Wiedmann, *Gesellschaftsrecht*, Munique, Beck, 1980, p. 666.

70 “*Mitbestimmungsurteil*” de 01.03.1973, in *BVerfGE* 50, p. 290.

em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental.

Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais.

Os exemplos se multiplicam. Não é este o local adequado para descrevê-los em detalhes, mas apenas na medida suficiente para demonstrar a ligação com a idéia central da função social. Assim é que no direito antitruste a idéia de repressão ao abuso de preços (art. 21 da Lei nº 8.884/94) transformou-se em verdadeira obrigação positiva do monopolista de praticar preços competitivos.<sup>71</sup> No direito do consumidor a verdadeira revolução causada pela nova disciplina de responsabilidade pelos vícios do produto (art. 18 da Lei nº 8.078/90) significa nada mais nada menos que estabelecer garantia legal adicional à garantia contratual em benefício do consumidor.

Finalmente, no direito ambiental, a idéia cappellettiana de recuperação dos prejuízos causados ainda que não haja dano sofrido (art. 225, § 2º, da Constituição Federal) é corolário da concepção da função social como deveres positivos e não mera obrigação de abstenção. Na prática, levou ao estabelecimento de diversas obrigações pontuais para as empresas, como por exemplo, obrigação de tratamento de resíduos sólidos, reciclagem de pilhas e pneumáticos etc. (Resoluções Conama nºs 283, 257 e 258).

71 C. Salomão Filho, “Tratamento jurídico dos monopólios em setores regulados e não regulados” in *Regulação e concorrência – estudos e pareceres*, São Paulo, Malheiros, 2001.

Todos esses exemplos demonstram a total ligação da idéia da função social à proteção de terceiros interesses envolvidos pela grande empresa que cada vez mais influencia e modifica a comunidade em que atua. A proteção de interesses externos (e não internos) parece ser, portanto, o grande objetivo da disciplina da função social da empresa.

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

Em verdade, só muito recentemente se tem procurado definir o conceito jurídico de poder, destacando-o da noção básica de direito subjetivo.<sup>72</sup> Embora esse trabalho de análise e definição ainda esteja no primórdio, há um consenso geral em considerar o poder uma categoria pertencente à esfera da dinâmica jurídica, em contraste com o estático “interesse juridicamente protegido”. “Concebido como potência”, escreveu Carnelutti,<sup>73</sup> “o poder implica uma idoneidade em modificar o mundo, traduzindo a possibilidade em existência”. Mais precisamente, trata-se da faculdade de produzir efeitos jurídicos pela manifestação de vontade do seu titular. É nesse sentido que o poder se opõe aos direitos de mera fruição. Normalmente, direitos de fruição e poder acham-se reunidos na pessoa do mesmo sujeito, mas a dissociação também é freqüente. Assim, quando Jhering criticou a concepção voluntarista do direito subjetivo, ilustrada sobretudo por Windscheid, argumentando com os direitos dos incapazes, desprovidos de

72 Cf. A. Von Tuhr, *Buergerliches Recht, allgemeiner Teil*, 3ª ed., Berlim, 1928, § 7º.

73 Cf. R. Von Ihering, *Teoria Generale del Diritto*, 3ª ed., 1951, Roma, p. 150.

vontade juridicamente relevante, ele deixou na sombra, justamente, o poder jurídico pertencente ao representante legal do incapaz.<sup>74</sup>

A doutrina vai, aos poucos, individuando várias espécies de poder jurídico, como o direito potestativo e a potestade (*potestas*). Carnelutti faz, a esse respeito, uma distinção geral que nos parece importante para os objetivos deste ensaio. Essa idoneidade em modificar o mundo, traduzindo a possibilidade em existência – característica essencial do poder – manifesta-se, diz ele, de duas maneiras: como um *agere*, ou como um *iubere*. No primeiro caso, o sujeito opera diretamente sobre o mundo exterior, enquanto no segundo essa modificação ocorre mediatamente, pela ação ou omissão de outra pessoa, subordinada ao titular do poder. Quando consistente num *agere* o poder é incompatível com um dever, ao passo que um *iubere licere* pode, perfeitamente, combinar-se com um *iubere debere*, exatamente quando o poder é atribuído a alguém no interesse de outrem.<sup>75</sup> Esse poder consistente em produzir efeitos jurídicos, comandando a ação ou omissão de subordinados, tem sido denominado, com a utilização de um termo tradicional do direito romano, *potestas*.<sup>76</sup> O legislador ou o juiz não manifestam propriamente direitos subjetivos, no exercício de suas funções, mas sim potestades. Estas não são, pois, manifestações de simples autonomia, mas de soberania.

Chegamos, assim, por outra via, à confirmação do que afirmamos de início,<sup>77</sup> acerca do controle como poder soberano. Já vimos que essa soberania, na sociedade anônima, não se confunde com o exercício das funções administrativas. O controlador não precisa ser diretor da companhia, e pode mesmo nem ser acionista, como ocorre no controle externo. No âmbito das relações de trabalho na empresa, fora do direito societário, o controle se confunde com o chamado poder diretivo, de que constituem emanações tanto o poder regulamentar quanto o disciplinar.<sup>78</sup>

74 Cf. F. Carnelutti, *El Espíritu del Derecho Romano*, 2ª ed. abreviada, Madri, 1962, nº 70.

75 É o que uma certa doutrina de expressão francesa denomina *droit-fonction*, cf. Breth de la Gressaye e Laborde-Lacoste, *Introduction Générale à l'étude du droit*, Paris, 1947, p. 333; J. Dabin, *Le Droit Subjectif*, Paris, 1952, pp. 221 e ss.

76 Op. cit., pp. 152 e ss. Vittorio Prossini, verbete *potere* – teoria generale, no *Novissimo Digesto Italiano*.

77 Cf. *supra* nºs 3-5.

78 Cf. O. Gomes e E. Gottsochalk, *Curso de Direito do Trabalho*, 3ª ed., Rio de Janeiro, pp. 71 e ss.; F. Santoro-Passarelli, *Noções de Direito do Trabalho*, São Paulo, 1973, pp. 137 e ss.

Há, aí, um autêntico *iussum super partes*, comportando a suprema determinação da atividade empresarial e o conseqüente poder de disposição dos bens da empresa. Em relação, porém, aos acionistas não controladores, o controle não se manifesta como comando hierárquico, exigindo obediência e cominando sanções, mas como o poder de decidir por outrem, produzindo efeitos na esfera patrimonial desses não controladores.<sup>79</sup>

A doutrina germânica<sup>80</sup> elaborou uma distinção análoga, entre direitos formadores (*Gestaltungsrechte*), poderes (*Macht-befugnisse*) e direitos de gestão ou administração (*Verwaltungsrechte*). Essas três categorias pertencem ao gênero comum dos direitos de atuação, sobre a esfera jurídica alheia. Mas enquanto o primeiro – correspondente ao direito potestativo da doutrina italiana – se exerce no interesse do próprio titular (*eigennützig*), os demais existem no interesse dos sujeitos, sobre cuja esfera jurídica produzem efeitos (*fremdnützig*). Os poderes propriamente ditos comportam, diversamente dos direitos de gestão ou administração, a possibilidade de disposição dos bens alheios como prerrogativa própria e não, simplesmente, derivada. O poder de controle entraria, pois, tipologicamente, nessa categoria.

**32.1.** Mas como classificar esse novo órgão societário, na teoria geral do direito empresarial?

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

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

80 Cf. A. von Tuhr, *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, trad. de M. de Torrenté e E. Thilo, vol. I, 2ª ed., Lausanne (*Imprimerie Centrale*), 1933, § 3, II; K. Lorenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Munique, 1967, pp. 233 e ss.; Josef Esser, *Schuldrecht*, 2ª ed., Karlsruhe, 1960, § 242. Um resumo claro e preciso da doutrina germânica sobre o assunto, na linha do pensamento de von Tuhr, encontra-se em R. Tandogan, *Notions Préliminaires à la Théorie Générale des Obligations*, Genebra, 1972, pp. 37 e ss. No Brasil, Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, cit., t. V, §§ 580, 581, 583 e 584) procurou, nem sempre limpidamente, desenvolver essas distinções conceituais.

A noção jurídica de empresário, no qual se transmudou o comerciante dos primeiros tempos, ganha novo realce na atualidade em razão das profundas transformações por que passou o sistema jurídico, superando a “grande dicotomia” entre direito público e direito privado.<sup>81</sup> Sem querer repisar fatos universalmente conhecidos, a substituição do Estado liberal pelo Estado social não acarretou, como se imaginava a princípio, uma simples “publicização” do direito privado, mas também uma “privatização” do direito público. De um lado, o Estado passou a lançar mão de típicos instrumentos privados – como a sociedade mercantil e a empresa capitalista, de modo geral – para desempenhar suas novas funções sociais.

**Nota de Texto 24** A atuação da empresa estatal deve ser um dos pontos centrais de preocupação tanto do direito societário quanto do regulatório. No campo do direito societário, é preciso identificar instrumentos organizativos capazes de dar maior coerência e eficiência à empresa estatal e de economia mista, ao mesmo tempo que se garante a preservação de objetivos públicos (art. 238 da Lei das sociedades anônimas).

No campo regulatório, trata-se de observar os efeitos externos da mesma regra de submissão do interesse dos acionistas ao interesse público. E esses efeitos podem ser muito relevantes. A sociedade de economia mista, desde que tenha poder suficiente no mercado, torna-se órgão planejador e direcionador do desenvolvimento setorial. É particularmente importante em mercados desregulamentados em que a empresa estatal ou de economia mista exerce verdadeira função de planejamento e regulação setorial ao mesmo tempo que, sentindo a pressão da concorrência das empresas privadas, tem forte estímulo para a busca de eficiência econômica. É ao estudo dessa nova sociedade de economia mista, síntese do interesse público e privado, planejadora e capitalista e à compreensão e (quando possível) resolução

81 A expressão, como sabido, é de N. Bobbio: *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, in *Dalla Struttura alla Funzione*, Milão, Edizioni di Comunità, 1977, pp. 123 e ss.

de suas contradições internas, que se devem dedicar os esforços dos estudiosos de direito societário de ora em diante.

Faz-se premente, portanto, a preocupação e o estudo específico do direito societário das empresas públicas e de economia mista.

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

Essas funções sociais figuram, agora, em lugar de relevo nos textos constitucionais. Não é só em matéria de segurança nacional, como quis o nosso *establishment* militar, que se impõe a responsabilidade de toda pessoa física ou jurídica (Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 86). É também no campo social e econômico, organizado em função dos objetivos máximos do da valorização do trabalho humano, da livre iniciativa e da justiça social (Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 160). Doravante, qualquer agente social ou econômico, seja ele funcionário público ou sujeito de direito privado, tem o dever constitucional de respeitar a liberdade de iniciativa e de obrar em prol da valorização do trabalho, da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais e de produção e da expansão das oportunidades de emprego produtivo. Tem o dever constitucional de exercer os direitos de proprietário sem desrespeito às necessidades e carências sociais e de evitar o abuso de poder econômico nos mercados. Podemos dissentir da prioridade social e econômica conferida a esses objetivos e propugnar uma outra definição de metas. Mas não podemos afastar o fato de que esses objetivos estão inscritos no texto constitucional em vigor e, portanto, são obrigatórios, qualquer que seja a noção que se tenha da natureza dessas normas.<sup>82</sup> A lei acionária veio, aliás, estabelecer, em certo sentido, uma ponte entre o plano constitucional

82 O estudo mais completo sobre a eficácia das normas constitucionais, entre nós, continua sendo o de J. Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

e o societário, ao dizer o legislador ordinário que o controlador tem deveres para com a comunidade em que atua a empresa, e que ele comete abuso de poder se orienta a companhia para fim lesivo ao interesse nacional (arts. 116, parágrafo único, e 117, § 1º, a).

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

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

A solução encontrada para esse problema na doutrina italiana, na época em que a retórica fascista apregoava a supressão do capitalismo anônimo, com a promulgação do Código Civil de 1942, foi a de atribuir a qualidade de empresário à própria pessoa jurídica.<sup>83</sup>

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

**Nota de Texto 25** Essa posição, se prevalente, imporá, na sistemática do Código Civil de 2002, o registro do controlador como empresário (arts. 966 e 967), aplicando-se a ele a disciplina jurídica própria (arts. 968 a 980). Parece possível, no entanto, contrapor óbices importantes a esse entendimento. O primeiro deles está na idéia de organização, figura central na sistemática do Código Civil de 2002 para a definição de empresa. Esse termo

83 Cf. R. Franceschelli, *Imprese e Imprenditori*; cit., *passim*.

invoca, do ponto de vista econômico, a idéia de coordenação de fatores de produção, capital e trabalho, o que indiscutivelmente ocorre na sociedade anônima (ainda que sujeita ao poder do controlador) e que não ocorre em relação ao controlador pessoa física. Há, portanto, um primeiro óbice positivo relevante à idéia lançada no texto.

Do ponto de vista jurídico, o termo organização invoca a idéia institucionalista. O fundamento para essa ligação entre organização e teoria institucionalista é tanto histórico quanto sistemático.

Historicamente a evolução do institucionalismo é marcada exatamente pela passagem de uma concepção publicista do interesse social (o institucionalismo clássico de W. Rathenau) para uma concepção organicista, que procura integrar na sociedade feixes de interesses por ela influenciados.<sup>84</sup>

Do ponto de vista sistemático, a relação entre ambos é clara. O próprio conceito de organização, seja ele entendido na vertente econômica Coasiana de organização de feixe de contratos<sup>85</sup> ou até mesmo na vertente contratualista de conjunto de regras provenientes de um contrato,<sup>86</sup> exige a afirmação da independência da instância organizadora. Sem essa independência não há organização possível. Não é possível regulamentar a influência recíproca entre atos, bens jurídicos e sujeitos de direito sem que a essa coordenação se atribua um objetivo específico e distinto dos objetivos próprios dos coordenados. A independência e autonomia de interesses da organização é, portanto, uma necessidade lógica. Ora, independência de interesses só haverá caso seja reconhecido o valor institucional da organização. Daí a

84 Cf. C. Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 3ª ed. rev. ampl., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 30 e ss.

85 R. Coase, "The nature of the firm" in *Econômica* 4 (1937), p. 386 e R. Coase, *The firm, the market and the law*, Chicago, Londres, The University of Chicago Press, 1988, p. 33.

86 Para a teoria do contrato organização, v. P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, cit.

relação lógico-sistemática entre os dois termos. Há aí então um segundo argumento a favor da atribuição de caráter empresarial à pessoa jurídica, pois é a própria lei acionária a atribuir-lhe caráter institucional (art. 116, parágrafo único) e portanto, segundo a tese aqui defendida, a reconhecer a existência de uma organização.

Mas não é só. A relação acima identificada entre organização e instituição ajuda a esclarecer um ponto muito importante. Destacar o caráter organizativo da empresa tem efeitos eminentemente internos. Organização como conceito de direito societário serve para dar interpretação institucional a regimes societários de separação de competência, regras sobre conflitos de interesses e até regras cogentes sobre informação. Não serve, no entanto, para definir características externas da sociedade, como existência ou grau de personificação jurídica, forma das relações com terceiros etc. Ora, se assim é, a atribuição da qualidade empresarial à pessoa jurídica tem importante função: valorizar a pessoa jurídica como instância própria, cujo interesse é dotado de realidade (para utilizar a famosa expressão de Gierke). Somma-se, então, ao argumento positivo o funcional, que sem dúvida lhe dará maior coerência e legitimidade.

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

Na economia da nova sociedade anônima, o controlador se afirma como seu mais recente órgão, ou, se preferir a explicação funcional do mecanismo societário, como o titular de um novo cargo social. Cargo, em sua mais vasta acepção jurídica, designa um centro de competência, envolvendo uma ou mais funções. O reconhecimento de um cargo, em qualquer tipo de organização, faz-se pela definição de funções próprias e necessárias.

Ora, tais funções existem vinculadas à pessoa do controlador, pelo menos do acionista controlador. No vigente direito acionário brasileiro, elas podem resumir-se no poder de orientar e dirigir, em última instância, as atividades sociais; ou, como se diz no art. 116, alínea *b*, da Lei nº 6.404/76, no poder de “dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos demais órgãos da companhia” (com o reconhecimento implícito de que o acionista controlador é um dos órgãos da companhia). Trata-se de um feixe de funções indispensáveis ao funcionamento de qualquer entidade coletiva – como assinalamos anteriormente – e especialmente da sociedade anônima. Poderia, sem dúvida, o legislador manter essas prerrogativas funcionais diluídas no corpo acionário, tal como ocorria no passado. Preferiu, no entanto, desde a Lei nº 6.404/76, localizá-las na figura do controlador.

## Parte II

### ORGANIZAÇÃO E TRANSFERÊNCIA DO PODER DE CONTROLE

33. Ao contrário da dominação exercida *ab extra*, que é, geralmente, mais de fato do que de direito, o controle interno supõe uma organização jurídica, que lhe dê a necessária configuração. Nesse campo, o princípio aristotélico *forma dat esse rei* encontra plena aplicação.

Não se trata, porém, de mera disciplina do exercício de funções, tais como a encontramos na lei de sociedades por ações, mas da organização do poder supremo. Assim como, na organização do Estado, os textos constitucionais situam-se, em geral, em nível mais “administrativo” do que propriamente político, descurando a organização da soberania, do seu alcance e dos seus limites; do mesmo modo a legislação sobre sociedades anônimas não costuma colocar o controle no centro da problemática de poder, na companhia, levando o jurista desavisado a perder de vista o essencial, para se preocupar tão-só com o secundário.

As páginas que seguem têm, portanto, a ambição de ensaiar uma certa reordenação da sociedade anônima sob o aspecto do controle interno, discutindo as diferentes técnicas de sua organização, em três níveis: institucional, estatutário e contratual.

Para que se possa, no entanto, apreender integralmente essa mecânica do poder soberano, na sociedade anônima, é mister, ainda, analisar a sua transferência ou devolução, sob o aspecto jurídico. É essa uma problemática que o direito relega às trevas exteriores, no âmbito político-constitucional, exatamente porque se recusa a enfrentar a questão da soberania. As transferências de poder supremo fazem-se, pois, freqüentemente, em nome de um “soberano” distraído, indiferente ou surpreso. Na sociedade anôni-