

CARLOS PORTUGAL GOUVÊA

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Visitante da Faculdade de Direito de Harvard. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Harvard.

A ESTRUTURA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, inverno de 2022
editoraquartier@uol.com.br
 @editoraquartierlatin

CARLOS PORTUGAL GOUVÊA

A Estrutura da Governança Corporativa

São Paulo: Quartier Latin, 2022.

ISBN 978-65-5575-151-2

1. Governança Corporativa. 2. Estrutura. 3. Ética. 4. Tecnologia.
5. Controle Societário. I. Título

Editor

Vinicius Vieira

Produção editorial

José Ubiratan Ferraz Bueno

Diagramação

Victor Gasperazzo Guimarães Nakamura

Finalização

Anderson dos Santos Pinto

Revisão gramatical

Studio Quartier

Capa

Haydee Murgel

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefones: +55 11 3222-2423; +55 11 3222-2815

Whatsapp: +55 11 9 9431 1922

Email: editoraquartier@uol.com.br

 @editoraquartierlatin

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

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

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

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

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

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

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

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

8.1.1. TEORIA ECONÔMICA DA EMPRESA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nós identificamos a empresa com os ativos que ela possui e tomamos a posição de que a propriedade confere direitos residuais de controle sobre os ativos da companhia: o direito de decidir como tais ativos deverão ser usados, desde que tais usos particulares tenham sido especificados em um contrato inicial.⁶⁵⁹

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

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

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

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

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

8.1.2. TEORIA JURÍDICA DA EMPRESA

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

660 Ver item 7.2.2 Teoria do Contratualismo Econômico.

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

662 Ver item 7.2.1 Teoria do Contratualismo Dogmático.

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

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

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

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

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

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

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

Um povo cuja cultura tenha, por qualquer motivo, assumido um pronunciado caráter coercitivo (predatório), com rigorosas distinções de classe, um controle governamental arbitrário, deuses formidáveis e uma classe clerical autoritativa, terá a sua organização industrial e as suas artes industriais modeladas para atender às demandas e à lógica de tais instituições. Tal situação institucional exerce uma grande e difusa restrição no padrão tecnológico em que a arte industrial se torna efetiva sob seu mando, tanto diretamente, por meio de prescrições de coisas a serem feitas e o tempo, local e circunstâncias de fazê-las, e, indiretamente, pelos hábitos de pensamento introduzidos na população trabalhadora vivendo sob seu jugo. Inovação, que seria a utilização do conhecimento tecnológico recentemente adquirido, é gravemente impedida por tais arranjos institucionais que são aplicados por outros impulsos que não o sentimento de arte industrial.⁶⁶⁶

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

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

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

No caso do regime fascista, tal dinâmica se deu de maneira similar à que foi descrita anteriormente com relação ao regime nazista. Identificase um apoio da classe empresarial em um primeiro momento, quando o regime é instaurado, e, em um segundo momento, quando tal regime se estabelece de forma totalitária, ele passa a exercer sua influência sobre a governança das companhias, e aquilo que se poderia chamar de classe empresarial virtualmente desaparece, restando apenas os próprios empresários do regime, ou, mais tecnicamente, do partido⁶⁶⁸⁻⁶⁶⁹.

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

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

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

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

-
- 670 ITÁLIA. *Codice civile*, Art. 2082. "Imprenditore. È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195)."
- 671 Antonio Putzolu, escrevendo então como Subsecretário da Justiça do governo fascista, no texto *Panorama del codice civile fascista*, define empresário como aquele que exerce, profissionalmente, uma atividade organizada PUTZOLU, Antonio. *Panorama del codice civile fascista. Il Foro Italiano*, Roma, v. 66, n. 4, p. 41-64, 1941, p. 53.
- 672 Que seria representado na figura do empresário, considerado elemento central na teoria jurídica da empresa contida no *Codice civile* de 1942. "La individuazione della persona dell'imprenditore nell'ambito della impresa non sempre è tuttavia agevole: la stessa scienza economica non è sufficientemente precisa a questo riguardo. Per lo più la persona dell'imprenditore si contrappone a quella del capitalista e a quella del lavoratore: tuttavia tale contrapposizione, se è facile a cogliersi nelle ipotesi marginali, non lo è altrettanto nelle ipotesi comuni, in cui difficilmente l'imprenditore assurge a categoria nettamente differenziata dall'uno e dall'altro. Normalmente l'imprenditore è anche, in tutto o in parte, capitalista; normalmente l'imprenditore svolge anche esso un'attività che non è soltanto organizzativa, ma è altresì tecnica, mentre i dipendenti non mancano talora di svolgere un'attività organizzativa nell'ambito dell'impresa. Non si è mancato di rilevare che l'imprenditore è in definitiva esso stesso un servitore dell'impresa (il primo dei servitori) e lo stesso codice pone la figura dell'imprenditore sotto il titolo 'del lavoro nella impresa'. Tuttavia queste immagini metaforiche e questa comprensione dell'imprenditore nella categoria dei lavoratori non debbono indurre in errore in ordine alla individuazione della sua posizione. Due elementi fondamentali servono a caratterizzare l'imprenditore nei confronti degli altri soggetti pure interessati nell'impresa, e cioè nei confronti dei capitalisti e dei lavoratori: l'*iniziativa* e il *rischio*". FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: UTET, 1972, p. 28.
- 673 O regime fascista italiano partia do princípio de organicidade diante do qual o ordenamento de produção nacional seria unitário, sendo, portanto, também necessária a manutenção de uma produção ordenada nacional para servir a esse ordenamento. Segundo seus defensores, a estrutura orgânica do ordenamento traria vida ao caráter unitário do fenômeno da produção fascista italiana, apresentada como constante mesmo diante de uma multiplicidade de setores na

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

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

VII – O Estado corporativo considera a iniciativa privada no âmbito da produção como o instrumento mais eficaz e mais útil ao interesse da Nação. Sendo a organização privada da produção uma função de interesse nacional, o empresário é o responsável pela produção perante o Estado. Da colaboração das forças produtivas, resulta uma reciprocidade de direitos e deveres. O trabalhador, técnico, empregado ou operário, é um colaborador ativo da empresa econômica, cuja direção cabe ao empresário, que é o responsável.⁶⁷⁴

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- diversos elementos que o integram.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 109.
- 683 “Mas a técnica do direito não pode dominar o fenômeno econômico da empresa para dar uma completa disciplina jurídica, sem considerar distintamente os diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que nela existem.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 125.
- 684 “A compreensão da empresa é útil à identificação dos entes cuja organização e interação no mercado integram o objeto de estudo do direito comercial.” FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.
- 685 FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.
- 686 “Se assim for feito, concluir-se-á que, sem a empresa, o direito comercial e toda a sua lógica não teriam razão de existir, pois, hoje, ele aí está para disciplinar, de acordo com sua lógica peculiar, a empresa e sua interação com outras empresas no mercado.” FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

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

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

-
- 687 "O conceito de empresa, ovacionado pela doutrina, quase nada serviria ao homem de negócios e mesmo ao jurista que enxergasse além da janela de seu gabinete." FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.
- 688 Paula Forgioni destaca que o uso limitado do conceito poderia estar restrito apenas, no caso do direito brasileiro, à aplicação em alguns casos da legislação falimentar ou da legislação relacionada às locações urbanas, sendo que, em ambos os casos, o que se identificou foi a adoção de conceitos muito genéricos de atividade empresarial, os quais, na prática, não representam qualquer restrição útil do ponto de vista jurídico. "Seria assim, forçosa a dedução de que a caracterização da empresa (ou do empresário) prestar-se-ia, quando muito, a determinar a incidência de dois diplomas (Lei 11.101/2005 e Lei 8.245/1997)." FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 90.
- 689 Poder-se-ia argumentar que a referência ao conceito de preservação da empresa no Art. 47 da Lei nº 11.101/2005 representaria um bastião da defesa da relevância do conceito de empresa. No entanto, o termo "empresa" neste caso aplica-se apenas aos casos de empresários individuais, pois nos de sociedades empresárias o que se preserva é a pessoa jurídica da sociedade. A diferença entre a recuperação judicial e a falência é a preservação da pessoa jurídica, razão pela qual a lei, ao tratar da falência, passa a se referir à preservação dos bens da massa falida.
- 690 "O conceito econômico de empresa feito pelo Código Civil é aquele do ordenamento corporativo que é um ordenamento com base profissional." ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 110.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

695 Esse uso é motivado por algumas considerações do Código Civil e leis especiais. "O Código Civil e as leis especiais consideram, com frequência, a organização econômica da empresa pelo seu vértice, usando a palavra em sentido subjetivo como sinônimo de empresário." ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 703 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 116.
- 704 Essa teoria da empresa considerava a existência de operações fundamentais da empresa, que poderiam ser passivas, ativas ou acessórias. As passivas estariam destinadas às contratações e organização do trabalho. As ativas estariam voltadas à troca dos bens e serviços colhidos ou produzidos. Finalmente, as acessórias estariam voltadas às operações auxiliares às operações passiva e ativa. O fator conector dessas operações era o fim de organizar a produção para a troca (um fim de intermediação). ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 117.
- 705 O conceito de atividade empresarial possuiria, para Asquini, duas características principais: tanto seria uma atividade voltada para recolher e organizar a força de trabalho e o capital necessários para a produção ou distribuição de determinados bens ou serviços quanto uma atividade voltada a realizar a troca desses bens ou serviços colhidos ou produzidos. ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 117.
- 706 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 118.
- 707 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 116.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-
- 718 “Com o advento da sociedade anônima moderna, o surgimento da organização exigida pela tecnocracia e pelo planejamento modernos e a separação entre o dono do capital e o controle da empresa, o empresário não mais existe como pessoa individual na empresa industrial amadurecida. Conversações cotidianas, exceto nos manuais de Economia, reconhecem essa alteração. Elas substituem o empresário, como força direcional da empresa, pela administração. Esta é uma entidade coletiva e imperfeitamente definida’. Todos aqueles que ‘trazem conhecimentos especializados, talentos ou experiência às tomadas de decisão de grupo’ inserem-se nessa ‘tecnoestrutura.’” FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.
- 719 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 122-123.
- 720 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 122.
- 721 “O empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. A ÉTICA COMO QUESTÃO CENTRAL DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

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

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

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

ções não governamentais e, naturalmente, as próprias companhias. Há inúmeras razões para o estudo da ética corporativa ser cada vez mais relevante, muitas das quais já destacadas aqui anteriormente. Dentre as razões mencionadas pela literatura da área para o enorme interesse que a temática tem recebido atualmente serão destacados aqui quatro pontos. Primeiro, o reconhecimento de que as grandes companhias possuem um enorme poder sobre a sociedade contemporânea⁷⁴³, possivelmente em um grau superior ao identificado em qualquer período histórico prévio. Segundo, o entendimento de que as grandes companhias também têm a capacidade de realizar uma contribuição maior para a sociedade do que fazem atualmente de forma geral, e que tal contribuição possivelmente deva ir além do pagamento de impostos⁷⁴⁴. Terceiro, a compreensão atual de que as más práticas corporativas são capazes de produzir danos desproporcionais aos indivíduos, às comunidades e ao meio ambiente em razão do uso de tecnologias ainda não estabilizadas⁷⁴⁵. Atualmente, é inegável que grandes companhias detêm acesso a tecnologias e dados pessoais em um patamar que no passado era possível apenas a governos e que, da mesma forma, tal concentração de poder deve trazer as mesmas preocupações que no passado trouxe a emergência dos Estados totalitários⁷⁴⁶. Quarto, verifica-se a ampliação das demandas às quais as

743 “Business has huge power within society. Business affects almost every aspect of our lives, and can even have a major impact on the democratic process of government. Evidence suggests that many members of the public are uneasy with such developments.” CRANE, Andrew; MATTEN, Dirk. *Business Ethics: Managing Corporate Citizenship and Sustainability in the Age of Globalization*. 4. ed. Oxford: Oxford University, 2016, p. 9.

744 CRANE, Andrew; MATTEN, Dirk. *Business Ethics: Managing Corporate Citizenship and Sustainability in the Age of Globalization*. 4. ed. Oxford: Oxford University, 2016, p. 11.

745 CRANE, Andrew; MATTEN, Dirk. *Business Ethics: Managing Corporate Citizenship and Sustainability in the Age of Globalization*. 4. ed. Oxford: Oxford University, 2016, p. 12.

746 Hannah Arendt teorizou adequadamente a correlação entre o surgimento dos Estados totalitários e o desenvolvimento da técnica ou tecnologia que permitiu o desenvolvimento dos recursos militares e de monitoramento que fundaram o totalitarismo. Em tal processo, a tecnologia é, ao mesmo tempo, o instrumento que permite a ação dos Estados totalitários e o instrumento pelo qual as condutas éticas são desconsideradas. O funcionamento da tecnologia teria o condão de retirar a reflexão ética do centro do debate, uma vez que a tecnologia apenas existiria e operaria sem que devesse ser sujeita a limites normalmente considerados nas relações humanas. Famosamente, Hannah Arendt relatou o argumento de Adolf Eichmann em seu julgamento em Israel, no qual a principal tese de defesa era a de

grandes companhias são submetidas para que adotem determinados comportamentos não diretamente relacionados com sua atividade econômica, como proteger os direitos humanos e o meio ambiente, ampliar a diversidade racial, de gênero, de orientação sexual e de condição física, e combater outras potenciais formas de discriminação. Tais demandas estão não apenas sendo ampliadas em seu número como também em sua complexidade e dificuldade de implementação de respostas adequadas⁷⁴⁷. Essas demandas também lograram mudar as relações trabalhistas, colocando sobre os empregados uma pressão significativa para que se comprometam com diversas políticas com relação a temas que demandam profunda reflexão e mudança comportamental.

Tais demandas operam-se por diversos nomes, por meio da temática reconhecida pela sigla *ESG*, do inglês *environmental, social, and governance*, pelo debate de negócios e direitos humanos, pelas questões de diversidade, ou pelo combate à corrupção e a ascensão da questão do *compliance* como uma técnica possivelmente capaz de responder a todas essas demandas⁷⁴⁸. Será analisado aqui inicialmente o surgimento da “ética corporativa” como uma categoria analítica para, posteriormente, tratar-se dos esforços recentes em âmbito internacional de materializar o debate teórico em práticas de governança corporativa.

que Eichmann era apenas um técnico de logística preocupado em fazer com que o transporte de judeus para os campos de concentração fosse realizado da forma mais eficiente possível. Ou seja, seu trabalho não era uma instrumentalização do Holocausto judeu, mas apenas um trabalho técnico desvinculado do seu resultado. Tal argumentação era inaceitável na medida em que Eichmann sabia exatamente o que aconteceria com os judeus que estavam sendo transportados aos campos de concentração, mas a tônica de seu argumento é repetida incessantemente em tribunais ao redor do mundo para justificar condutas contrárias à ética com base na operação da técnica e, hodiernamente, da tecnologia. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. 25 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999; ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

747 CRANE, Andrew; MATTEN, Dirk. *Business Ethics: Managing Corporate Citizenship and Sustainability in the Age of Globalization*. 4. ed. Oxford: Oxford University, 2016, p. 12.

748 Como destaca Renato de Mello Jorge Silveira, “o tema do *compliance* tomou de assalto o mundo jurídico, e, em especial, o universo do Direito Penal, quase que em uma versão de *blitzkrieg*”. SILVEIRA, Renato de M. J.; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 11.

Como visto anteriormente, esse não é um debate novo e, do ponto de vista teórico, remonta ao debate entre Berle e Dodd e, em particular, à descrição já feita por Dodd ainda em 1932 sobre essas mesmas razões que hoje justificam a centralidade do tema da ética corporativa. Em tal aspecto, não se pode negar que Dodd estava descrevendo o seu entendimento do debate público sobre a conduta de alguns dos “capitães da indústria” dos Estados Unidos da América, os quais tinham uma substancial parcela de culpa na crise de 1929. Comentários, como a talvez mais célebre frase do mais icônico de todos os empreendedores estadunidenses, Henry Ford, de que “o cliente pode ter um carro da cor que escolher, desde que ele seja preto”, pareceriam uma mera curiosidade caso a posição monopolística de sua companhia, assim como de outras indústrias da época, não tivesse uma conexão direta com a crise que se sucedeu.

A falta de opção dos consumidores é apenas uma faceta do processo monopolístico, característico dos momentos de grande avanço técnico. Mas, no debate público, o discurso contrário à adoção de parâmetros éticos para a atividade corporativa perdurou ainda por muitas décadas, chegando, de certa forma, ao seu ápice com o debate acerca da responsabilidade social corporativa trazida pelo artigo de Milton Friedman⁷⁴⁹. Até recentemente, o debate público era suficientemente aberto a tal oposição a ponto de David Rockefeller, um dos herdeiros do maior conglomerado econômico da história, o Standard Oil Trust, fundado por seu avô, ter afirmado categoricamente que “*the business of business is business, not ethics*”⁷⁵⁰.

No entanto, como dito, o artigo de Milton Friedman, que poderia muito bem ser resumido na frase de David Rockefeller, foi, ao mesmo tempo, uma reação a uma pressão crescente para a responsabilização ética das companhias e o estopim de um crescimento muito maior de tal movimento.

749 Ver Capítulo 8.2.2.1. Contratualismo como Oposição ao Movimento de Responsabilidade Social Corporativa.

750 DE LUCCA, Newton. *Da Ética à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 334.

Durante a década de 1960, o debate sobre ética corporativa surgiu, no ambiente acadêmico dos Estados Unidos da América, como uma perspectiva minoritária e crítica. Ele reagia aos escândalos cada vez mais comuns no mundo empresarial com relação a corrupção, manipulação de preços, tráfico de influências e uso indevido de informações privilegiadas. Tal contracorrente foi organizada inicialmente a partir da criação de cursos universitários de ética aplicada aos negócios, mas ganhou particular relevância com as consequências do escândalo de Watergate, iniciando-se em 1973, o qual levou não apenas à renúncia do presidente do país à época, Richard Nixon, mas acabou revelando uma série de práticas ilícitas de grandes companhias. Um caso relevante foi o chamado I.T.T. Affair, relacionado com doações realizadas pela International Telephone and Telegraph Corporation, então uma das dez maiores companhias estadunidenses, para o Partido Republicano, em conexão com um acordo que seria realizado com o governo dos Estados Unidos da América em uma investigação por práticas anticoncorrenciais⁷⁵¹. Um comitê do Congresso dos Estados Unidos da América, liderado pelo senador Frank Church, identificou inicialmente o pagamento de centenas de milhões de dólares em propina em todo o mundo por diversas companhias, iniciando pela Northrop Corporation, a qual pagava membros do governo de diversas nações para permitir a compra de seus aviões militares. A publicidade dada a várias situações semelhantes relacionadas à prática de corrupção levaram à edição da primeira legislação anticorrupção com alcance internacional, o *Foreign Corrupt Practices Act*, em 1977.

Tais eventos transformaram uma área minoritária e crítica do pensamento acadêmico em uma área central para a pesquisa nos anos seguintes, culminando com a criação do *Journal of Business Ethics* em 1982⁷⁵².

751 KENWORTHY, E. W. The Extraordinary I.T.T. Affair. *The New York Times*, New York, 16 Dec. 1973, [n. p.]. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1973/12/16/archives/whats-good-for-a-corporate-giant-may-not-be-good-for-everybody-else.html>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

752 “E, muito curiosamente, sem dúvida, a partir da assertiva feita por Rockefeller, acima citada, as primeiras tentativas de se fazer uma construção da ética aplicada ao mundo negocial, ao que parece, tiveram origem exatamente nos Estados Unidos da América e remontam à década de 60, na centúria passada, quando os escândalos de corrupção, a manipulação de preços, o despuadorado tráfico de influências e o

Ainda na década de 1980, a discussão expandiu-se internacionalmente, passando a compor também o quadro de pesquisa e publicações das universidades e periódicos europeus⁷⁵³.

Antes de adentrarmos a discussão sobre ética corporativa, é essencial analisar os traços definidos pelo debate sobre a distinção entre moral e ética, tema também recorrente nos campos da filosofia e do direito. É possível admitir a moral como um sinônimo de ética, sendo o primeiro apenas o nome de origem latina e o último de origem grega. No entanto, parece mais técnica a visão de que a ética seria a ciência das condutas⁷⁵⁴, sendo a moral o próprio objeto de tal ciência, entendido como um conjunto de condutas de um determinado grupo social. A moral, então, ocupa-se de práticas sociais que definem o certo e o errado em uma determinada sociedade e em um determinado tempo. Tais práticas, assim como outros tipos de costumes e regras, são transmitidas no âmbito de culturas e instituições de geração em geração. Em tal sentido, não parece existir limitação para interpretar a ética corporativa como sendo o conjunto de condutas das companhias propriamente ditas ou dos administradores e controladores de tais companhias, a partir do momento em que se entende que as companhias também têm condutas próprias que diferem daquelas das pessoas naturais que a ela estão relacionadas.

uso indevido de informações privilegiadas, entre tantos outros comportamentos, revelaram a podridão reinante no mundo dos negócios. Um grande movimento de reação a esse deplorável estado de desconfiança generalizada começou a ser desencadeado, principalmente nas Universidades, com o surgimento de cursos de ética aplicada aos negócios. Na década de 70, o Prof. Raymond Baumhart realizou uma pesquisa com empresários, vindo a lume as primeiras publicações periódicas, tais como o *Journal of Business Ethics*.” DE LUCCA, Newton. *Da Ética à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 335.

753 “Tanto nos Estados Unidos quanto na Europa ocorreu, na década de 80, o esforço solitário de alguns professores universitários no ensino da ética nos negócios em programas de MBA – Master of Business Administration e em Faculdades de Administração. Mas foi somente nos anos 90 que redes acadêmicas como a estadunidense *Society for Business Ethics* e a europeia EBEN – *European Business Ethics Quarterly* – editaram as primeiras revistas especializadas no ramo, desenvolvendo o estudo tanto da ética conceitual quanto da ética aplicada às empresas, tendo sido dadas à estampa duas enciclopédias a respeito da matéria: a *Encyclopedic Dictionary of Business Ethics* e a *Lexikon der Wirtschaftsethik*.” DE LUCCA, Newton. *Da Ética à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 335-336.

754 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 380.

É importante destacar uma divisão fundamental na ciência ética entre a visão da ética como a ciência relacionada com a identificação dos fins últimos da conduta humana, derivada diretamente de concepções da natureza humana, ou simplesmente como a ciência dedicada a identificar os motores da conduta humana, sem necessariamente identificar um fim último a ser atingido. A primeira visão será chamada de ética principiológica e a segunda de ética volitiva. A primeira visão é a clássica, pois derivada da filosofia grega conforme definida por Platão em sua *A República* e Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*. Para Platão, a ética é derivada das virtudes inerentes à condição humana, refletidas na organização governamental, e, para Aristóteles, a busca da felicidade como fim ético deriva também da natureza racional do ser humano⁷⁵⁵. Na visão clássica, a ética é absolutamente derivada da natureza humana. De tal forma, não seria possível imaginar uma ética, ou melhor, uma moral que pudesse ser efetivamente atribuída às companhias que não apenas como veículo para a moral das pessoas naturais que controlam tais companhias.

Mas a versão moderna da ética principiológica, conforme definida por Hegel, parece permitir tal interpretação. Hegel entende a ética como idêntica à própria filosofia do direito e coloca o Estado moderno como o centro institucionalizado da ética⁷⁵⁶, ou o seu fim⁷⁵⁷. Em tal sentido, Hegel segue a visão originalmente apresentada por Samuel Pufendorf, o qual foi o primeiro autor a reconhecer a possibilidade de uma “pessoa moral composta”, ainda dentro do âmbito de sua teoria de direito natural. No entanto, Pufendorf não identificou tal “pessoa moral composta”

755 Sobre a concepção ética de Aristóteles, ver RUSSELL, Bertrand. *História da Filosofia Ocidental*. Trad. Hugo Langone. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 221-231.

756 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

757 Tal argumento central de Hegel de que o Estado realiza a ética é criticado por Fábio Konder Comparato, ao dizer que “mesmo quando compreendida no quadro geral de seu sistema filosófico, essa concepção do Estado não deixa de carregar consigo uma insuportável dose de idealismo, no mau sentido. Com que, então, haveremos de admitir que o Estado representa sempre a plenitude do humano e a consagração da mais completa liberdade para os seus cidadãos? Porventura, os indivíduos jamais foram oprimidos pela força estatal?”. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 319.

com o Estado moderno, sendo esta a contribuição de Hegel. Pela descrição de Pufendorf, a “pessoa moral composta” poderia ser não apenas o Estado moderno, mas qualquer pessoa jurídica⁷⁵⁸.

A visão de Pufendorf de uma pessoa moral composta parece em alguma medida incrustada no debate trazido entre o conceito de uma pessoa jurídica como ficção ou como realidade. A perspectiva dominante da pessoa jurídica como uma ficção de Savigny carrega o esforço positivista de negar a possibilidade de uma pessoa jurídica natural, como trazida por Pufendorf. Já a visão da pessoa jurídica como uma realidade social de Gierke reconhece a possibilidade do surgimento da pessoa jurídica independentemente do Estado moderno, mas não dá a tal entidade uma característica moral. Assim, é necessário reconhecer que o conceito de Pufendorf de uma pessoa moral composta ficou em parte dormente, aplacado pela perspectiva positivista que se seguiu.

Hegel oferece, então, uma perspectiva integradora dentro do positivismo, ao associar ao Estado a perspectiva moral de forma isolada. A partir de tal visão, a ética das companhias, ou a ética corporativa, é apenas mais um conjunto de *mores* ou costumes praticados por pessoas jurídicas que são, portanto, reconhecidas como centros de direitos e deveres pelo próprio Estado e se relacionam com outras pessoas naturais e jurídicas.

No que tange à ética voluntarista, seus elementos essenciais são o caráter universalista da motivação da conduta individual. Tal visão é profundamente influenciada pelo conceito derivado da doutrina cristã de livre-arbítrio. O livre-arbítrio, em princípio, seria contraditório com a visão clássica principiológica da ética, na medida em que não existe um fim único aplicável a todos os seres humanos e que não seja passível de ser superado pelo livre-arbítrio. Foi Adam Smith o primeiro autor a

758 “Hence it comes to pass, that whereas in other Cases, when Men *will* or *act* any thing, we conceive so many distinct Wills and Acts as there are in number of *Natural Persons* or *Human Individuals*, yet, when they close and form a *Compound Person*, they are supposed to have but a single Will, and every Action which they perform is constructed as one only, although a number of *Natural Individuals* concurs in its production. And hence such a *Compound Person* doth and ought to obtain from some particular Goods and Rights which none of the Members, in their private and finite quality can claim and arrogate to themselves.” PUFENDORF, Samuel. *Of the Law of Nature and Nations* (1672). Trad. Basil Kennett. Oxford: L. Lichfield, 1703, p. 6.

superar tal dicotomia, em seu *The Theory of Moral Sentiments*, publicado originalmente em 1759, estabelecendo a seguinte formulação filosófica para o comando bíblico “amarás o teu próximo como a ti mesmo”⁷⁵⁹, adotando o conceito de empatia como seu elemento central⁷⁶⁰:

Nunca podemos sondar nossos próprios sentimentos e motivos, nunca podemos formar qualquer julgamento a respeito deles; a menos que nos retiremos, por assim dizer, de nossa própria estação natural, e nos esforcemos para vê-los como se estivessem a uma certa distância de nós. Mas não podemos fazer isso de outra forma senão tentando vê-los com os olhos de outras pessoas, ou como é provável que outras pessoas os vejam. Qualquer juízo que possamos formar a respeito deles, de acordo com isso, deve sempre conter alguma referência secreta, seja ao que são, ou ao que, sob uma certa condição, seriam, ou ao que, imaginamos, deveria ser o juízo dos outros. Esforçamo-nos para examinar nossa própria conduta como imaginamos que qualquer outro espectador justo e imparcial a examinaria. Se, ao nos colocarmos em sua situação, entrarmos completamente em todas as paixões e motivos que a influenciaram, nós a aprovamos, por empatia, com a aprovação deste suposto juiz justo.

Kant ateu-se mais ao aspecto universalista da formulação de Adam Smith do que ao conceito essencial para a resolução do conflito entre

759 Levítico 19:18.

760 Apesar de o texto original utilizar o termo em inglês *sympathy* e não *empathy*, o qual seria a tradução mais literal de “empatia” para o português, o termo *sympathy* em inglês é sinônimo de compaixão e empatia, sendo esse último o sentido adotado por Adam Smith, qual seja, o de colocar-se na posição do outro. “We can never survey our own sentiments and motives, we can never form any judgment concerning them; unless we remove ourselves, as it were, from our own natural station, and endeavour to view them as at a certain distance from us. But we can do this in no other way than by endeavouring to view them with the eyes of other people, or as other people are likely to view them. Whatever judgment we can form concerning them, accordingly, must always bear some secret reference, either to what are, or to what, upon a certain condition, would be, or to what, we imagine, ought to be the judgment of others. We endeavour to examine our own conduct as we imagine any other fair and impartial spectator would examine it. If, upon placing ourselves in his situation, we thoroughly enter into all the passions and motives which influenced it, we approve of it, by sympathy with the approbation of this supposed equitable judge.” SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments* (1759). Indianapolis: Liberty Fund, 1984, p. 110.

livre-arbítrio e ética, que é a empatia. Efetivamente, o conceito de empatia não encontra equivalente na primeira e na segunda formulação de seu imperativo categórico, conforme originalmente descritos em sua obra *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (*Fundamentação da metafísica dos costumes*). No primeiro caso, o comando determina que uma pessoa deve agir como se a sua vontade pudesse tornar-se uma lei universal⁷⁶¹. No segundo caso, que um ser humano e todo ser racional existe como um fim em si mesmo⁷⁶². Ambas as formulações do imperativo categórico dependem, na prática, da empatia, ou seja, da possibilidade de se colocar no lugar de outra pessoa. No entanto, na retórica de Kant em sua *Grundlegung*, somos levados a crer que tal processo seria possível em abstrato, com relação a uma universalidade indefinida, sem uma efetiva interação entre os indivíduos, ou seja, sem o próximo. Já na análise de Adam Smith de seus sentimentos morais, a interação com terceiros para identificação da conduta passível de universalização é um aspecto absolutamente central.

No aspecto da ética voluntarista, não parece possível reconhecer a ética corporativa como a análise da conduta das companhias *per se*, mas apenas como a conduta das companhias como reflexo da ação de outros

761 “Weil die Allgemeinheit des Gesetzes, wornach Wirkungen geschehen, dasjenige ausmacht, was eigentlich *Natur* im allgemeinsten Verstande (der *Forma nach*), d.i. das *Dasein* der Dinge, heisst, so fern es nach allgemeinen Gesetzen bestimmt ist, so könnte der allgemeine Imperativ der Pflicht auch so lauten: *handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetz werden sollte.*” KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 4. ed. Berlim: Holzinger, 2016, p. 37-38.

762 “Wenn es denn also ein oberstes praktisches Prinzip, und, in Ansehung des menschlichen Willens, einen kategorischen Imperativ geben soll, so muss es ein solches sein, das aus der Vorstellung dessen, was notwendig für jedermann Zweck ist, weil es *Zweck an sich selbst ist*, ein *objektives* Prinzip des Willens ausmacht, mithin zum allgemeinen praktischen Gesetz dienen kann. Der Grund dieses Prinzips ist: *die vernünftige Natur existiert als Zweck an sich selbst*. So stellt sich notwendig der Mensch sein eignes *Dasein* vor; so fern ist es also ein *subjektives* Prinzip menschlicher Handlungen. So stellt sich aber auch jedes andere vernünftige Wesen sein *Dasein*, zufolge eben desselben Vernunftgrundes, der auch für mich gilt, vor; also ist es zugleich ein *objektives* Prinzip, woraus, als einem obersten praktischen Grunde, alle Gesetze des Willens müssen abgeleitet werden können. Der praktische Imperativ wird also folgender sein: *Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchest.*” KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 4. ed. Berlim: Holzinger, 2016, p. 45.

seres humanos. Mesmo que fosse possível, com base na segunda formulação do imperativo categórico de Kant em sua *Grundlegung*, reconhecer que a companhia poderia ser considerada um ser racional, não se poderia dar a ela a qualidade inerente às pessoas naturais de não poderem ter fins específicos. A própria doutrina do interesse ou fins sociais, por mais que contenha falhas práticas, não deixa de ser a negação de que a pessoa jurídica não teria um fim. O que Kant objetiva é negar, por exemplo, a possibilidade de escravidão, ou seja, de que uma pessoa seja proprietária de outra pessoa. No caso da teoria das companhias, conforme analisada, um de seus elementos essenciais é a propriedade compartilhada por aqueles que fornecem o capital e instrumentalizada por meio de ações. Ou seja, a companhia não pode ser um fim em si mesmo do ponto de vista ético. Ela deve ser um fim para o atingimento de objetivos de seres humanos. Também de acordo com Adam Smith, não seria possível admitir uma ética corporativa da companhia *per se*, pois a empatia demanda uma relação de igualdade relativa e reconhecimento que não poderia ser reproduzida entre uma pessoa natural e uma pessoa jurídica.

A ética principiológica parece em tudo inadequada para os objetivos da governança corporativa em sua perspectiva realista, pois, conforme tal formulação⁷⁶³, a “governança corporativa” seria o estudo do exercício do poder de controle de pessoas jurídicas. O próprio conceito terminaria por ser um conceito circular caso fosse possível admitir o estudo de pessoas jurídicas sem identificar a pessoa natural, ou as pessoas naturais, que exercem tal controle. Tal fato se demonstra pelo atual esforço internacional em implementar legislações de combate à lavagem de dinheiro que garantem a identificação do beneficiário final das companhias ou demais pessoas jurídicas⁷⁶⁴. Ademais, Karl Marx já teve a oportunidade de demonstrar as falhas teóricas do positivismo ético de Hegel, em

763 Ver item 3.5. O Conceito Realista de Governança Corporativa.

764 Tal esforço teve reflexo no direito brasileiro com a recente alteração no regimento do registro do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Economia, o qual passou a exigir a identificação do beneficiário final das pessoas jurídicas registradas no sistema. Assim, o Art. 8º da Instrução Normativa RFB nº 1863, de 27 de dezembro de 2018, prevê que “[a]s informações cadastrais relativas às entidades empresariais e às entidades a que se referem os incisos V, XV, XVI e XVII do caput do art. 4º devem abranger as pessoas autorizadas a representá-las, bem como a cadeia

um de seus trabalhos teóricos mais relevantes⁷⁶⁵. Marx adequadamente critica o fato de que toda a teoria de Hegel é baseada em abstrações, ou seja, conceitos puramente teóricos, sobre os quais não é possível fazer qualquer tipo de prova. Não sem razão, é da crítica de Hegel que Marx deriva o seu conceito de alienação, talvez sua maior contribuição para a filosofia, que é a desconexão teórica com a realidade, a qual fundamenta a própria desconexão da sociedade civil com as estruturas de poder. Nesse mesmo texto, Marx descreve os efeitos alienantes não apenas dos conceitos jurídicos formulados por Hegel, mas também da religião de forma geral.

Em um texto fundacional na literatura de ética corporativa, discutindo o conceito de responsabilidade social corporativa, Kenneth Goodpaster indica a possibilidade de três direções para a ética corporativa como área de investigação analítica. A primeira, a ética corporativa descritiva (*descriptive business ethics*), ocupa-se da descrição dos valores e obrigações morais a que empresários ou organizações empresariais aderem e buscam promover, como parte de um retrato neutro de suas convicções e atitudes. O retrato é neutro porque não há um juízo de valor. Simplesmente afirma-se que membros da comunidade dos negócios em geral, ou de uma companhia específica, têm determinadas crenças e comportamentos. A segunda, a ética corporativa normativa (*normative business ethics*), que não é moralmente neutra, envolve a articulação e defesa de princípios básicos ou estruturas de certo e errado, bom e ruim, virtude e vício, no que se refere à sua aplicação no contexto corporativo. A terceira, a ética corporativa analítica (*analytical business ethics*), lida com questões de significado e justificação, isto é, questões que dizem respeito ao uso do discurso moral no ambiente corporativo, por exemplo, se é apropriado aplicar categorias morais a atores institucionais, e os pro-

de participação societária, até alcançar as pessoas naturais caracterizadas como beneficiárias finais ou qualquer das entidades mencionadas no § 3º.

765 Como bem colocou Karl Marx, “Hegel parte do Estado e faz do homem o Estado subjetivado; a democracia parte do homem e faz do Estado o homem objetivado. Do mesmo modo que a religião não cria o homem, mas o homem cria a religião, assim também não é a constituição que cria o povo, mas o povo a constituição”. MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 3 ed. Boitempo: São Paulo, 2013, p. 56.

blemas apresentados por divergências morais dentro e entre sociedades distintas⁷⁶⁶. Dentro de tais linhas, a primeira e a segunda estariam mais próximas da ética principiológica de Hegel, adotando uma perspectiva positivista. A terceira seria uma perspectiva mais reflexiva, alinhada com a ética voluntarista de Adam Smith.

No entanto, da investigação da literatura dominante na área verifica-se que a maior parte dos trabalhos adota a ética principiológica, assumindo que a ética e a filosofia moral têm por objeto a natureza e a justificação de ações corretas, isto é, centram seus esforços em justificar um sistema de *standards* ou algum ponto de vista moral com base em conceitos, como o respeito pela autonomia, a justiça distributiva, o tratamento igualitário e direitos humanos⁷⁶⁷. Tal tendência é um reflexo do caráter prático assumido pela literatura no sentido de educar companhias e futuros administradores de companhias de uma forma concreta sobre como efetivamente devem conduzir-se. O positivismo ético de Hegel, mesmo que equivocado, é mais tendente a prover respostas objetivas para dilemas do que o relativismo de Adam Smith.

Leitores contemporâneos, acostumados ao estudo de Adam Smith partindo-se de sua obra mais conhecida, *The Wealth of Nations (A riqueza das nações)*, universalmente aclamada como obra fundacional da ciência econômica, podem considerar equivocada a visão de Adam Smith como um relativista moral. Tal percepção é fruto de uma visão parcial e estigmatizada da obra de Adam Smith feita contemporaneamente. Uma leitura conjunta de sua *The Theory of Moral Sentiments* com sua obra originária da análise econômica revela uma visão da economia baseada na ideia de uma pessoa identificando a necessidade de outra e atendendo a tal necessidade por meio da sua produção e do comércio⁷⁶⁸. Ou seja,

766 GOODPASTER, Kenneth E. The Concept of Corporate Responsibility. *Journal of Business Ethics*, London, v. 2, v. 1, p. 1-22, Feb. 1983, p. 3.

767 ARNOLD, Denis G.; BEAUCHAMP, Tom L.; BOWIE, Norman E. *Ethical Theory and Business*. 9. ed. London: Pearson, 2013, p. 1-2.

768 Apesar da visão de Hegel conflitar-se com a dos filósofos sentimentalistas, não se pode negar que seu trabalho sofreu também a influência destes em determinados aspectos, principalmente em sua visão universalista. Em tal sentido, ver: "Porém, obviamente, a família é totalmente inadequada por si só como *Sittlichkeit*, porque no interior dela o ser humano não é realmente um indivíduo e a fidelidade à vida comum

a empatia continuaria sendo o elemento essencial do funcionamento do sistema econômico, e não o egoísmo, como destacado na visão estereotipada do autor. É forçoso reconhecer que Adam Smith foi um dos mais influentes filósofos de seu tempo e que produziu uma obra coerente. A visão do autor como um defensor do egoísmo como motor da economia no geral é, em nosso sentir, uma perspectiva meramente parcial de sua obra.

Pretende-se retornar ao tema posteriormente neste trabalho, mas é importante destacar que Adam Smith também tinha, para sua época, uma visão sofisticada do sistema jurídico, ao contrário do que uma leitura apenas de seu *The Wealth of Nations* pode fazer crer, tendo dedicado seu curso de filosofia moral por anos ao tema de *Juris Prudence* na Universidade de Glasgow, no qual, ao tratar de uma quarta parte do tema, que era a parte da política e regulação, passou a tratar das razões que tornavam algumas nações ricas e outras não⁷⁶⁹. Sua visão de direito privado era totalmente baseada na análise de Pufendorf, inclusive ao considerar entre as três liberdades essenciais de todas as pessoas: a de desenvolver o comércio (*liberii commercii*), de livre matrimônio (*jus connubiorum*) e de livre expressão do seu caráter (*jus sincerae aestimationis*)⁷⁷⁰. Mas, diferen-

não é fundada na razão, mas unicamente no sentimento. Consequentemente, para além da família, o ser humano encontra-se em outra comunidade, na qual ele opera puramente como indivíduo. Isso é o que Hegel chama de sociedade civil. Sociedade civil é a sociedade considerada como conjunto das relações econômicas entre indivíduos. Hegel leu e considerou cuidadosamente os escritos dos economistas políticos britânicos, muito especialmente James Stuart e Adam Smith, cujas obras haviam sido traduzidas para a língua alemão. Seu modelo de sociedade civil deve muito a esses autores. A sociedade civil é o nível de relações nas quais os seres humanos ingressam não como membros da família, nem como membros de alguma comunidade ética, como o Estado ou a Igreja, mas justamente como seres humanos. É a esfera em que os seres humanos estão relacionados uns com os outros como pessoas no sentido de Hegel, isto é, como detentores de direitos. Nessa esfera, 'o ser humano vale porque é um ser humano, unicamente por sua humanidade, não por ser judeu, católico, protestante, alemão, italiano, etc.' (FD, § 209 E com modif.). TAYLOR, Charles. *Hegel: Sistema, Método e Estrutura*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 470.

769 Smith já havia apresentado os conceitos iniciais de sua obra *The Wealth of Nations*, quais sejam, a especialização do trabalho e a natureza humana de se dedicar ao comércio, aos seus alunos em seu curso sobre *Juris Prudence* ofertado nos anos de 1762-3, anos antes da publicação da famosa obra econômica em 1776. SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence* (1763). Oxford: Oxford University, 1978, p. 355-394.

770 SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence* (1763). Oxford: Oxford University, 1978, p. 8.

temente de Pufendorf, Smith identificava tais liberdades não como um direito natural, mas como características das sociedades que representavam o que chamou de “Era do Comércio”, que seria a superação da “Era da Agricultura” da sociedade medieval. Em seus estudos completos, Smith se demonstrava um admirador do Estado moderno, como um Estado capaz de implementar políticas que estimulavam o desenvolvimento comercial, distanciando-se da ideia de um Estado mínimo e mais próximo de uma efetiva reflexão moral sobre a atividade comercial⁷⁷¹.

No entanto, a reflexividade da filosofia moral de Adam Smith parece ter perdido a batalha da opinião pública com relação a como o pensamento do autor é entendido, e a literatura sobre ética corporativa parece ainda debater-se sobre uma falsa disputa, sendo de um lado a companhia egoística, atuando no espaço do livre-mercado sem a interferência do regulador estatal, tendo como sua única função a obtenção de lucro, e, de outro lado, o esforço por impor uma ética corporativa pela regulação e pela força do Estado como o agente moral hegeliano.

Assim, a adoção de uma ética principiológica como um pensamento hegemônico na área também se justificaria com base na necessidade da ética corporativa se afirmar enquanto uma possibilidade teórica. Originariamente, era comum a visão de que o conceito de ética corporativa seria um oxímoro, ou seja, a união de dois conceitos contraditórios⁷⁷². Não parece razoável existir uma preocupação com tal tipo de análise, porém, pois a ideia de que as grandes companhias se comportam sempre de forma antiética é, obviamente, uma limitação à reflexão mais profunda sobre o tema. Como já se teve a oportunidade de analisar previamente, o conceito de honestidade está na base da própria jus-

771 “The more improved any society is and the greater length the several means of supporting the inhabitants are carried, the greater will be the number of their laws and regulations necessary to maintain justice, and prevent infringements of the right to property.” SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence* (1763). Oxford: Oxford University, 1978, p. 16.

772 “Business ethics, it is often claimed, is an oxymoron (Duska 2000). By an oxymoron, we mean the bringing together of two apparently contradictory concepts, such as in ‘a cheerful pessimist’ or ‘a deafening silence.’” CRANE, Andrew; MATTEN, Dirk. *Business Ethics: Managing Corporate Citizenship and Sustainability in the Age of Globalization*. 4. ed. Oxford: Oxford University, 2016, p. 5.

tificativa do direito de propriedade e dos contratos desde sua origem romanística⁷⁷³. Ademais, diversas atividades empresariais dependem da manutenção de padrões éticos mínimos, como confiança, honestidade e cooperação, para o estabelecimento de negócios. A atividade comercial seria praticamente inexecutável caso ocorresse num cenário de elevada ou completa desconfiança⁷⁷⁴.

9.2. A PERSPECTIVA COLETIVISTA E INDIVIDUALISTA SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DAS COMPANHIAS

Como discutido anteriormente⁷⁷⁵, Milton Friedman, em seu famoso artigo, ao tentar criticar o incipiente movimento de reponsabilidade social corporativa, acabou por efetivamente colocar o debate em um outro patamar, superando os muros da academia e tornando o tema parte do debate público. Friedman acabou antecipando uma das vertentes do debate sobre ética corporativa, ao defender a ideia da companhia como um indivíduo que deve ter seus direitos protegidos de forma semelhante aos indivíduos que são pessoas naturais. Ao fazê-lo, Friedman apresentou o que posteriormente passou-se a chamar de perspectiva individualista sobre a ética corporativa, buscando então negar a visão segundo a qual as companhias seriam entes comunitários. A visão comunitarista seria aquela que identifica nas companhias a capacidade de exercer um efeito planejador na sociedade, com o mesmo caráter autoritário iden-

773 PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. *Análise dos Custos da Desigualdade: Efeitos Institucionais do Círculo Vicioso de Desigualdade e Corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 22-30.

774 "Revelations of corporate malpractice should not therefore be interpreted to mean that thinking about ethics in business situations is entirely redundant. After all, as various writers have shown, many everyday business activities require the maintenance of basic ethical standards, such as honesty, trustworthiness, and cooperation (Collins 1994; Watson 1994; Duska 2000). Business activity would be impossible if corporate directors always lied; if buyers and sellers never trusted each other; or if employees refused to ever help each other. Similarly, basic principles of fairness help ensure that people in business feel adequately rewarded for working hard rather than being evaluated on irrelevant criteria such as how good they are at golf or how nice their hair is." CRANE, Andrew; MATTEN, Dirk. *Business Ethics: Managing Corporate Citizenship and Sustainability in the Age of Globalization*. 4. ed. Oxford: Oxford University, 2016, p. 5.

775 Ver Capítulo 8.2.2.1. Contratualismo como Oposição ao Movimento de Responsabilidade Social Corporativa.

tificado em governos totalitários do passado, como discutido no capítulo anterior⁷⁷⁶.

Como será visto abaixo, as vertentes individualista e coletivista, apesar de dominarem o debate sobre a ética corporativa e sobre os fundamentos para a responsabilização das companhias, enquadram-se no modelo teórico da ética principiológica descrito. Ambas partem de visões estáticas, idealizadas, do que a companhia deveria ser, em vez de partirem de uma perspectiva mais pragmática, considerando-se o que seria desejável socialmente com relação ao comportamento das grandes sociedades por ações.

Por trás de tal debate teórico está a luta pela legitimidade, ou não, da possibilidade de se responsabilizar as grandes companhias, doméstica e internacionalmente. Ao longo das últimas cinco décadas, o debate se conformou entre estas duas linhas de pensamento: os coletivistas e os individualistas. Enquanto para os coletivistas uma responsabilidade moral poderia ser atribuída às companhias em virtude de uma “agência” moral corporativa (*corporate moral agency*), para os individualistas, como não haveria justificativas válidas para tal “agência”, não caberia uma atribuição dessa responsabilidade às companhias⁷⁷⁷. Ambos os campos partem do pressuposto de que a responsabilização ou não das companhias está relacionada à possibilidade de identificá-las como seres morais ou não. Ou seja, se existe moralidade corporativa, existe a possibilidade de responsabilização, como se o próprio conceito teórico de companhia tivesse o poder de mudar a realidade e limitar ou fundamentar políticas públicas e regimes jurídicos. Tais linhas adotam a visão hegeliana de que o Estado, ou o sistema jurídico, molda a realidade e não o contrário. Há, no entanto, hoje, uma terceira via de discussão cujo objetivo é traçar uma nova linha de direção para o debate sobre a responsabilização moral das companhias, fundamentada na tentativa de se estabelecer uma convergência de conceitos entre as linhas clássicas individualista e comunita-

776 Ver Capítulo 9.1. A Teoria Poliédrica da Empresa e sua Influência no Direito Brasileiro.
777 SMITH, N. Craig. The Moral Responsibility of Firms: Renewed Interest in a Perennial Question of Business Ethics. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 3-6.

rista⁷⁷⁸. A seguir, investigar-se-á essas três vertentes para identificar qual seria a posição mais adequada para tratar os problemas contemporâneos relacionados com a governança corporativa.

9.2.1. O COLETIVISMO E A ESTRUTURA DECISÓRIA INTERNA

Como dito, o conceito central do coletivismo é o de que a companhia é um agente moral e, em função de tal categorização, a companhia pode ser responsabilizada por danos causados a terceiros. No artigo seminal sobre a matéria, denominado *The Corporation as a Moral Person* (1979), Peter French propôs que as companhias poderiam ser consideradas pessoas morais de pleno direito, com os mesmos direitos e deveres normalmente atribuídos aos seres humanos, em razão de apresentarem algo que definiu como estrutura decisória interna (*Corporate Internal Decision Structure – CID Structure*)⁷⁷⁹.

French distinguiu, então, dois tipos de atribuições de responsabilidade. O primeiro é a determinação da causalidade de um fato (quem praticou a ação ou provocou o fato). O segundo, que tem o primeiro como pressuposto, envolve a noção de *accountability*, a obrigação de responder, a qual decorre da existência de uma relação de responsabilidade⁷⁸⁰. Esse segundo tipo (*accountability*) pressupõe que a ação em questão foi pretendida pelo sujeito ou que o evento foi o resultado direto de um ato intencional do sujeito⁷⁸¹.

French baseou seu argumento na concepção de agente de Donald Davidson, o qual defendia que um agente teria ações inteligíveis caso suas

778 SMITH, N. Craig. The Moral Responsibility of Firms: Renewed Interest in a Perennial Question of Business Ethics. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 8.

779 FRENCH, Peter A. The Corporation as a Moral Person. *American Philosophical Quarterly*, Campaign, n. 3, v. 16, p. 207-215, July 1979, p. 207.

780 FRENCH, Peter A. The Corporation as a Moral Person. *American Philosophical Quarterly*, Campaign, n. 3, v. 16, p. 207-215, July 1979, p. 210-211.

781 "To be the subject of a responsibility ascription of the second type, to be a party in responsibility relationships, hence to be a moral person, the subject must be at minimum, what I shall call a Davidsonian agent. If corporations are moral persons, they will be non-eliminatable Davidsonian agents." FRENCH, Peter A. The Corporation as a Moral Person. *American Philosophical Quarterly*, Campaign, n. 3, v. 16, p. 207-215, July 1979, p. 211.

atitudes fossem parte de um sistema mais amplo, o qual definia como a própria racionalidade⁷⁸². Lastreado em tal conceito, ao qual French chama de agente davidsoniano, conclui que, para uma companhia ser tratada como um agente davidsoniano, seria necessário poder afirmar que algumas das coisas que uma companhia faz são queridas pela companhia em si, e não simplesmente pelas pessoas que nela trabalham. Pode-se, então, afirmar a existência de uma intencionalidade corporativa quando a companhia tem uma estrutura decisória interna (*Corporate Internal Decision Structure - CID Structure*)⁷⁸³.

Em alguma medida, o que French chama de estrutura decisória interna é o próprio objeto de estudo do presente trabalho, ou seja, os instrumentos de governança corporativa utilizados para o exercício do controle de pessoas jurídicas. Uma adição a esse conceito seria o entendimento de Fábio Konder Comparato, no qual se reconhece uma empresa ou um grupo de empresas numa sociedade capitalista sob sua perspectiva de controle interno e externo. No controle interno, essa empresa seria compreendida a partir da complexa sociedade formada ao redor, diante da qual níveis superpostos de poder se revelam, demonstrando um sistema de hierarquias e estrutura de decisão interna latente. No entanto, diferentemente de French, para Comparato é a existência de um controle interno nas grandes companhias o que criaria um conflito moral, pois esse controle interno faz com que a companhia seja orientada para atender aos interesses do controlador e, de tal forma, acaba por colocar a companhia, muitas vezes, em conflito com a própria sociedade democrática⁷⁸⁴.

782 DAVIDSON, Donald; SUPPES, Patrick; SIEGEL, Sidney. *Decision-Making: An Experimental Approach*. Stanford: Stanford University, 1957.

783 "It is obvious that a corporation's doing something involves or includes human beings doing things and that the human beings who occupy various positions in a corporation usually can be described as having reasons for their behavior. In virtue of those descriptions they may be properly held responsible for their behavior, *ceteris paribus*. What needs to be shown is that there is sense in saying that corporations and not just the people who work in them, have reasons for doing what they do. Typically, we will be told that it is the directors, or the managers, etc., that really have the corporate reasons and desires, etc., and that although corporate actions may not be reducible without remainder, corporate intentions are always reducible to human intentions." FRENCH, Peter A. The Corporation as a Moral Person. *American Philosophical Quarterly*, Campaign, n. 3, v. 16, p. 207-215, July 1979, p. 211-212.

784 "É por isso que o capitalismo é radicalmente contrário a toda e qualquer experiência de democracia autêntica, dentro ou fora da empresa, ao conjunto dos integrantes

Ao se reconhecer a possibilidade de modelos de governança com relação a todos os tipos de pessoas jurídicas, é forçoso admitir que todas as companhias, qualificadas como as pessoas jurídicas de maior complexidade, têm uma estrutura interna decisória. Para French, tais estruturas teriam dois elementos: um estatuto que determine a organização e a responsabilidade entre níveis dentro da estrutura de poder, e regras de reconhecimento de decisões, fundamentadas na “política” da entidade. O estatuto da companhia fornece o que pode ser chamado de “gramática” do seu processo de tomada de decisões. As regras de reconhecimento são aquelas que determinam se uma decisão foi tomada ou um ato foi realizado por razões da companhia. Devem ser respeitadas tanto as regras procedimentais para a tomada de decisões quanto a política da companhia. Se um ato da companhia é consistente com a sua política, ele foi feito por razões da companhia, e pode-se considerá-lo feito intencionalmente do ponto de vista empresarial⁷⁸⁵.

Contra a objeção de que as políticas da companhia refletem apenas os objetivos atuais dos seus administradores, French observa que isso não é, na prática, verdadeiro para a maioria das grandes companhias. Mesmo no momento da constituição, a composição dos interesses dos acionistas-fundadores dá origem a objetivos da companhia que são distintos das suas intenções individuais. Além disso, o estatuto social e as políticas das companhias tendem a ser relativamente estáveis, de modo que

da empresa – capitalistas e trabalhadores –, ao conjunto dos consumidores no mercado, ou ao corpo de cidadãos que formam o povo soberano. Seja como for, a ideia de controle é própria de sociedades complexas, nas quais a relação de poder de comando não se estabelece simplesmente entre os que mandam e os que obedecem sem mandar, mas comporta vários níveis de poder superpostos. O controlador decide em última instância, estabelecendo as grandes diretrizes da ação administrativa e supervisionando a atuação dos administradores ou agentes executivos.” COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 654.

785 Por exemplo, no caso da companhia Gulf Oil, mencionada no início do artigo, se os administradores decidiram ingressar em um cartel por qualquer motivo consistente com a política fundamental da Gulf Oil (que pode incluir, por exemplo, o aumento dos lucros), é possível afirmar que a Gulf Oil intencionalmente ingressou em um esquema de cartel. FRENCH, Peter A. The Corporation as a Moral Person. *American Philosophical Quarterly*, Campaign, n. 3, v. 16, p. 207-215, July 1979, p. 213.

alterações radicais na política de uma companhia implicam a criação de uma nova companhia⁷⁸⁶.

A estrutura decisória interna possibilita a releitura de eventos como efetivamente societários e atribuições de intencionalidade empresarial, ao mesmo tempo em que não obscurece os atos privados de administradores. Por exemplo, caso a companhia cometa um ato ilícito, em um caso no qual um administrador com poder de decisão tenha recebido recursos financeiros de terceiros para determinar a conduta da companhia na direção de cometer um ato ilícito, não se pode entender que foi o administrador que teve a conduta, mas a companhia, pois os potenciais benefícios econômicos da conduta também foram obtidos pela companhia e a estrutura interna de decisões confirmou a conduta⁷⁸⁷.

Michael Bratman avançou a teoria das estruturas internas de decisão utilizando sua teoria de planejamento de agência individual⁷⁸⁸ para aplicá-la primeiro aos atores coletivos, incluindo entre eles as companhias. Bratman argumenta que grupos possuem uma arquitetura de planejamento teórico capaz de incluir um sistema de pesos a determinadas considerações de decisões e políticas norteadoras de procedimentos de tomada de decisões, equivalentes às estruturas decisórias internas, de tal forma que o grupo consegue, de fato, governar a si mesmo⁷⁸⁹.

786 FRENCH, Peter A. The Corporation as a Moral Person. *American Philosophical Quarterly*, Campaign, n. 3, v. 16, p. 207-215, July 1979, p. 214.

787 "Of course Gulf Oil Corporation cannot join the cartel unless X or somebody who occupies position A on the organizational chart votes in the affirmative. What that shows, however, is that corporations are collectivities. That should not, however, rule out the possibility of their having metaphysical status, as being Davidsonian agents, and being thereby full-fledged moral persons. [...] Corporate agency resides in the possibility of CID Structure licensed redescription of events as corporate intentional." FRENCH, Peter A. The Corporation as a Moral Person. *American Philosophical Quarterly*, Campaign, n. 3, v. 16, p. 207-215, July 1979, p. 215.

788 BRATMAN, Michael E. *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together*. Cambridge: Cambridge University, 2013.

789 "So the plan-theoretic model can include shared policies of weights and of procedures, including shared policies of authorization. Intended follow-through with the outcomes of procedures favored by such shared policies may be to some extent a matter of further shared activities of the group itself, and to some extent a matter of distributed activities of individuals or subgroups. This plan-theoretic architecture includes shared policies of weights and/or procedures as structures of relevant, inter-connected policies of each of the participants. Such shared policies of weights and/or procedures are compatible with divergence in the underlying

Isso confere um certo protagonismo às intenções de grupo que não são intenções compartilhadas. As intenções compartilhadas seriam aquelas que são de conhecimento de todos. Nos grupos organizados, como as companhias, nem todas as intenções são compartilhadas, mas são tomadas como parte de um procedimento. Assim, a partir da ignorância quanto ao resultado de um procedimento decisório de um grupo (algo capaz de acontecer em uma grande companhia) ou a partir de uma ciência quanto ao resultado e crença de que determinada ação é um erro, podem existir decisões de um grupo, baseadas em procedimentos, que não são decisões compartilhadas.

O tema ganha relevância prática ao se pensar, por exemplo, na possibilidade de acionistas de uma companhia serem responsabilizados por seus atos em casos de desconsideração da personalidade jurídica. A responsabilização, em tal caso, superaria o próprio limite da moralidade corporativa, atingindo, em verdade, um grupo moralmente responsável, que seria a companhia e seus acionistas. Mesmo que os acionistas fossem considerados ignorantes com relação às intenções específicas relacionadas, por exemplo, ao envolvimento da companhia em atos ilícitos, o fato de que os procedimentos e políticas da companhia permitiram a ocorrência de tais atos seria já suficiente para justificar a responsabilização.

Da mesma forma, tal teoria suportaria a responsabilização da companhia ou de seus administradores em casos nos quais condutas ilícitas tenham sido tomadas apenas por alguns funcionários, sem o conhecimento, necessariamente, dos administradores ou dos acionistas controladores. Caso tais condutas fossem evitáveis, mas as condições para que tais condutas ocorressem não tivessem sido claramente combatidas pela

evaluative judgments of the participants and with differences in the reasons for which each participates. Nevertheless, given their central role in the functioning of the group, it is plausible to see such shared policies as speaking for the group on relevant matters. In this way we extend to the group an idea that is important in our understanding of individual agency, namely: that certain attitudes are not merely wiggles in the agent's psychic stew but speak for the agent in the sense that their guidance is, *prima facie*, the agent's self-governance. And my proposal is that such shared policies of weights and/or procedures will normally be such that when they guide relevant thought and action the group is, in that domain, governing itself." BRATMAN, Michael E. *The Intentions of a Group*. In: ORTIS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 43.

companhia e seus administradores, estar-se-ia adentrando um ambiente no qual a companhia eventualmente não desejou que os atos ilícitos fossem praticados, mas tolerou um ambiente no qual tais atos fossem possíveis, uma vez que lhe seriam benéficos. Em tais situações, identificamos a prática da *wilfull blindness*, ou cegueira deliberada⁷⁹⁰. Seria o caso de uma instituição financeira que não estimula seus agentes a praticarem *insider trading*, mas que também não implementa nenhuma política de combate a tais práticas, recebendo, portanto, os benefícios de tal conduta sem necessariamente “ver” a ilegalidade sendo cometida. Ou seja, utilizando a terminologia de Bratman, o fato de a decisão de realizar *insider trading* não ser compartilhada não significa que ela não fosse desejada, uma vez que foi admitida pelo sistema de decisão interna, mesmo sob o véu da ignorância.

Não obstante a sofisticação da teoria da agência moral da companhia, a partir da aplicação de teorias de comportamento de grupo, um grave problema ainda traz muitas dúvidas quanto à sua possível validade, que é o de como tratar da questão da responsabilização no tempo. Com o passar dos anos, os administradores de uma companhia mudam, os acionistas mudam e a própria companhia muda eventualmente com relação a suas condutas na sociedade. Peter French foi também um dos primeiros autores coletivistas a apontar diretamente esse problema, argumentando que as ações subsequentes de uma pessoa seriam capazes de afetar positiva ou negativamente a responsabilidade atribuída a essa pessoa por más ações passadas⁷⁹¹. Tal percepção é bastante consolidada atualmente em diversos campos regulatórios, nos quais o esforço de uma companhia em buscar impedir a continuidade de determinadas condutas, assim como de eventualmente buscar reparar os danos causados por violações à lei, seja por meio de investigações internas, acordos com órgãos governamentais ou criação de sistemas de indenização de vítimas, é

790 O primeiro reconhecimento judicial da teoria da cegueira deliberada ocorreu no *Regina vs. Sleep*, julgado em 1861 pelas cortes do Reino Unido. Cf. ROBBINS, Ira. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 81, n. 2, p. 191-234, 1990, p. 196.

791 FRENCH, Peter A. A Principle of Responsive Adjustment. *Philosophy*, Cambridge, n. 230, v. 59, p. 491-503, Oct. 1984.

visto como meio para reduzir penalidades administrativas e penais tanto para a companhia como para todos os envolvidos. Mas tal argumento, ao mesmo tempo, reforça a ideia de que a companhia pode, sim, ser penalizada por atos passados mesmo que os administradores responsáveis ou os acionistas controladores da época não estejam mais envolvidos na sua governança.

Tal conceito, originalmente desenvolvido por French, foi posteriormente aprofundado por Andrew Khoury, propondo a existência de duas formas de se dirigir à *corporate moral agency* no tempo, quais sejam, a responsabilidade sincrônica, que seria aquela no tempo em que a ação é tomada, e a responsabilidade diacrônica, que seria a responsabilização ao longo de determinado tempo ou depois de um determinado tempo⁷⁹². Com base em tal análise, a responsabilidade diacrônica seria diversa da responsabilidade sincrônica, uma vez que a passagem do tempo acabaria representando o fato de que outras pessoas seriam responsabilizadas, mesmo que indiretamente, pelos efeitos que a penalização da companhia teria em novos acionistas em razão de atos de terceiros no passado⁷⁹³.

O reconhecimento da possibilidade de uma responsabilização diacrônica é essencial na sociedade moderna. Devido ao extremo dinamismo contemporâneo, estimativas de responsabilização para um mesmo ato poderão divergir quando dadas novamente em um momento futuro, e tal divergência não poderá ser considerada um problema. Tal situação é muito comum em setores regulados, particularmente no setor financeiro. Um tipo de conduta pode ser considerado um padrão de mercado, mesmo estando em contradição com o que prevê a regulamentação, apenas em razão de o regulador não ter conhecimento de tal conduta ou recursos suficientes para reprimi-la. No entanto, em momento futuro,

792 KHOURY, Andrew C. Synchronic and Diachronic Responsibility. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, London, n. 3, v. 165, p. 735-752, Sept. 2013, p. 736-737.

793 "SR concerns some agent S's responsibility at time T_1 for some act X that occurs at T_1 . DR concerns some agent S's responsibility at some later time T_2 for some act X that occurs at T_1 ," KHOURY, Andrew C. Synchronic and Diachronic Responsibility. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, London, n. 3, v. 165, p. 735-752, Sept. 2013, p. 737.

mesmo sem qualquer mudança na regulamentação em si, pode ocorrer uma alteração na direção dos esforços fiscalizatórios ou uma mudança na interpretação das normas que corrija ou uma assimetria de informação do regulador, ou interpretações equivocadas das normas. Assim, em tese, uma conduta passada seria julgada com os olhos do presente, não levando em consideração o argumento de que “todo mundo fazia desse jeito”. Adotar um entendimento de que existiria um perdão (*grandfathering*) de condutas irregulares do passado poderia representar um grande risco em certos mercados regulados. Em determinados setores, como o setor bancário, determinadas condutas irregulares podem gerar riscos sistêmicos e demandam alterações quase instantâneas de comportamento⁷⁹⁴. Mais que isso, na sociedade contemporânea não se pode mais admitir a segregação entre a mentalidade do regulador, como responsável pelo exercício do poder de polícia, e a do administrador, como gestor de uma companhia privada. A inerente assimetria de informação entre o administrador de grandes companhias e os reguladores faz com que seja exigida a mesma mentalidade e a mesma prudência de ambos.

Admite-se, então, que, diante de um ato potencialmente danoso, a estimativa de responsabilização no exato momento em que ele ocorre pode divergir daquela conferida novamente em um tempo posterior, sendo possível imaginar desde uma redução substancial da penalidade no futuro, caso existam esforços de suspensão da conduta e de reparação, até um aumento da penalização, em razão de formas diversas de se interpretar os mesmos atos no futuro com uma visão mais rígida, como resultado de uma menor tolerância da sociedade com relação a determinados atos. Como visto, a questão temporal talvez seja a mais rele-

794 No caso brasileiro, o Art. 23 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), incluído pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, buscou dar tratamento ao tema no caso de normas “de conteúdo indeterminado”, demandando a criação de regras de transição para situações de mudança de interpretação de normas administrativas: “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”. Tal artigo foi regulado posteriormente pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

vante para a teoria coletivista, mas possivelmente não seja um problema apenas da responsabilização das pessoas jurídicas. Com relação às pessoas naturais, por mais que o arrependimento e a realização de esforços para diminuir danos sejam quase que universalmente aceitos como razões para redução de penalidades administrativas e penais, a falta de sincronia entre aplicação de penalidades e atos também traz problemas similares. Punir uma pessoa décadas depois por crimes, mesmo graves, não tem o mesmo impacto social do que a punição sincrônica, podendo alterar-se até a simpatia do público em geral das vítimas para os criminosos. Ou seja, apenas o fato de que a passagem do tempo gera problemas para a responsabilização das companhias não é uma crítica à teoria coletivista. É uma crítica aos problemas inerentes à responsabilização diacrônica, seja de pessoas naturais ou jurídicas.

Uma forma de eventualmente escapar de tais críticas é ressaltar a proximidade entre as pessoas naturais e as pessoas jurídicas enquanto fenômeno social⁷⁹⁵. Talvez a versão mais desenvolvida de tal esforço comunitarista tenha sido aquela apresentada por Philip Pettit, fortemente baseada na teoria da linguagem, argumentando que corporações seriam agentes sociáveis (*conversable agents*). Ou seja, da mesma forma que indivíduos são inclinados a uma sociabilidade a partir do seu uso de palavras de uma forma interpretativa e comissiva, disposta a esperar e prometer condutas ao ponto de ser possível a realização de negócios entre outros

795 “(...) group agents – at least sufficiently sophisticated ones – are fit to be held responsible for what they do. More specifically, they are positioned to make normative judgments about the options they face and have the necessary control to make choices based on those judgments. The normative considerations group agents can recognize in this way include some that derive from obligations toward others, such as the obligations related to contracts. That means, then, that group agents can be held responsible by others based on such commitments and, given that contracts are reciprocal, that they can hold others responsible too. Thus group agents can relate to one another, and also to natural persons, as sources and targets of addressive claims. If group agents can do this, then they have to count as persons, albeit ones of an institutional rather than a biological kind. (...) Not only do they form and enact a single mind, as we have seen in earlier chapters, displaying beliefs and desires and acting on their basis. They can speak for that mind in a way that enables them to function within the space of mutually recognized obligations.” LIST, Christian; PETTIT, Philip. *Group agency: the possibility, design, and status of corporate agents*. Oxford: Oxford University, 2011, p. 176-177.

indivíduos⁷⁹⁶, as companhias também o seriam⁷⁹⁷. Logo, como agentes sociáveis (*conversable agents*), teriam a capacidade de ser responsabilizadas por suas ações. A agência, entendida como capacidade de agir, das companhias (*agency of corporations*), semelhante àquela de animais e seres humanos em virtude de seus objetivos e representações, estaria enraizada na estrutura central de tomada de decisão da companhia. Assim, diferente de animais, mas semelhante a seres humanos, companhias estabeleceriam compromissos a partir de palavras e, geralmente, viveriam desses compromissos. Na visão de Pettit, em caso de descumprimento desses compromissos, há a possibilidade de responsabilização dessas companhias como elemento reflexo de sua moralidade coletiva.

Dentro de tal visão comunitarista, a companhia possuiria uma voz própria – evidente, por exemplo, nas palavras de um porta-voz da companhia (*corporate spokesperson*) – e distinta, se não diferente, da voz dos seus membros. Seria então uma pessoa, não no sentido moral, mas “no sentido funcional de agentes capazes de falar de tal forma que estabeleçam um compromisso”, possuindo uma consciência no sentido de ser

796 PETTIT, Philip. *The Conversable, Responsible Corporation*. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 22.

797 A justificativa para isso estaria no fato de, quando esses “representantes” da companhia falam pelas corporações, sua expressão ser tal qual aquela em que as pessoas usam para se expressar como indivíduo ao ponto de o mesmo grau de autoridade ser apresentado. Essa autoridade não seria uma surpresa, já que ela teria sido atribuída pela companhia. Implícita ou explicitamente essa atribuição teria levado os indivíduos a se comprometer com os compromissos realizados por eles como membros da companhia. “Having spelled out what conversability involves, it should be clear that the agents constituted by corporations, or by any corporate bodies, are conversable in much the manner of individual human beings. The spokespersons who speak in the name of the corporation do not speak just as reporters, as if their job was to take a census on the attitudes of members about any issue they address and then report on what those attitudes seem to be. They speak with the same sort of authority that any one of us assumes when we speak as individuals for ourselves. Where does this authority come from? Very simply, from the fact, long registered in law, that the other members of the corporation ascribe that authority to them, implicitly or explicitly committing themselves as individuals to rally behind the words as expressions of attitude that they have to live up to, on pain of corporate failure, in their actions as corporate members.” PETTIT, Philip. *The Conversable, Responsible Corporation*. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 22.

sensível aos requisitos de consistência⁷⁹⁸. Pettit continua o seu argumento alegando que companhias seriam capazes de ser responsabilizadas, especialmente em ações contrárias às expectativas compartilhadas em comum (*breach common shared expectations*). Assim, as companhias não poderiam alegar que seriam incapazes de realizar julgamentos normativos (já que isso presumiria que elas saberiam o que seria moral) ou de sustentar esses julgamentos. No entanto, essa alegação sobre a responsabilidade moral corporativa (*corporate moral responsibility*) não significaria dizer que seres humanos também não poderiam ser moralmente responsabilizados, mesmo quando companhias também o fossem⁷⁹⁹. Como a voz da companhia e a voz dos membros são diversas, as responsabilizações poderiam, assim, ser também diversas e concomitantes, pois uma responsabilidade é a coletiva, e outra é a individual – das pessoas naturais envolvidas em eventuais condutas ilegais, por exemplo. Tal entendimento permite segregar, por exemplo, a possibilidade de uma punição administrativa para a companhia e penal para as pessoas físicas envolvidas nos mesmos atos.

Outra contribuição trazida por Pettit foi o desenvolvimento da ideia de que, mesmo com a possibilidade de se segregar a responsabilidade com as pessoas naturais, caso não fosse possível responsabilizar diretamente a companhia, tal fato geraria o que chamou de déficit de responsabilização⁸⁰⁰. Assim, conclui que deveria ser possível responsa-

798 “If a corporate body is to be conversable, and to succeed in getting others to do business with it, then a minimal constraint on the voice it follows, and the mind it expresses, is that it should be sensitive to requirements of consistency; it should display consistency of at least be responsive to evidence of inconsistency, say evidence manifested in the complaints of others.” PETTIT, Philip. *The Conversable, Responsible Corporation*. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 24.

799 PETTIT, Philip. *The Conversable, Responsible Corporation*. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 32.

800 “I hold that even when all the relevant enactors in a group action have been identified and held responsible, still it may be important to hold the group agent responsible as well. The reason for this, very simply, is that it is possible to have a situation in which there is ground for holding the group agent responsible, given that it satisfies the three conditions listed, but not the same ground for holding individual enactors responsible. The responsibility of enactors may leave a deficit in the accounting books, and the only possible way to guard against this may be to allow for the corporate responsibility of the group in the name of which they act.”

bilizar moralmente as corporações por causa de tal déficit responsabilizatório (*responsibility deficit*). Tal argumento se tornou central no debate teórico sobre a responsabilidade social corporativa, tornando-se um dos principais objetos da crítica individualista, como se analisará a seguir.

Consolidando-se as visões apresentadas, o argumento coletivista está baseado, primeiro, na existência de uma estrutura decisória interna e no fato de que as companhias se comunicam e agem socialmente como seres morais. Tal debate trouxe contribuições relevantes para o atual entendimento da responsabilidade social corporativa, pacificando tal responsabilização perante grupos que extrapolam a própria companhia, os efeitos de tal responsabilização no tempo e a diferenciação entre a responsabilização da companhia e das pessoas naturais envolvidas nos mesmos atos.

No entanto, o que não é claro é qual a necessidade de se entender a companhia como um ser moral para então reconhecer a sua responsabilidade perante terceiros. Tal argumento parece ter como único objetivo valorizar a discussão teórica e é profundamente anacrônico. As pessoas jurídicas foram criadas para assumir responsabilidade perante terceiros, e todo o desenvolvimento jurídico das companhias, em particular, até a forma atual buscou, precipuamente, garantir a sua capacidade de se responsabilizar perante terceiros, seja em razão da separação patrimonial e da responsabilidade limitada, seja com base nas múltiplas obrigações atribuídas às companhias pelos sistemas regulatórios modernos. A ideia de que tais responsabilidades seriam derivadas de uma alegada moralidade corporativa foi criada após a identificação de que tais responsabilidades existiam no mundo real. Tal teoria que busca humanizar as companhias falha ao alinhar-se de forma integral à visão principiológica da ética. Apesar de toda a retórica, seria possível voltar à visão de Hegel de que a moralidade da companhia existe em razão de seu reconhecimento pelo Estado, no argumento de que é preciso reconhecer uma moralidade na companhia para que ela possa ser responsabilizada,

pois o Estado consolida toda a moralidade. A falha aqui está, portanto, em não reconhecer um aspecto da ética voluntarista, conforme formulada por Adam Smith, que é essencial à análise. As companhias não são capazes de exercer a empatia, de forma que não podem ser consideradas seres morais.

9.2.2. O INDIVIDUALISMO E A CRÍTICA À ANTROPOMORFIZAÇÃO DAS COMPANHIAS

A teoria individualista da moralidade das companhias, mais do que uma teoria em si, é um conjunto de críticas à teoria coletivista. Os autores da vertente individualista preocupam-se em discutir os pressupostos e modelos sugeridos por aqueles que consideram possível a atribuição de uma *corporate moral agency* à companhia. Os teóricos de tal linha se esforçam, então, por questionar a necessidade de se conferir à companhia uma “agência moral corporativa”, o que a tornaria passível de uma responsabilização moral. Entre os principais argumentos levantados, ganha destaque a possibilidade de, ao realizar tal atribuição, a companhia ser antropomorfizada. A consequência de tal antropomorfização seria a de gerar a responsabilização de um grupo de pessoas de forma injusta, sendo tal sistema inferior, do ponto de vista da distribuição da justiça, em relação ao sistema clássico baseado na responsabilização legal e social com base na culpa individual.

Dentro da crítica individualista ao coletivismo, o argumento da antropomorfização da companhia acaba sendo o ponto unificador entre todos os seus autores. O consenso seria formado ao entorno do entendimento de que, ao se permitir que características eminentemente humanas, como culpa, sentimento, autonomia, decisão e vontade próprias, fossem atribuídas às companhias, um equívoco seria instalado. Tal equívoco seria fruto de uma contradição inerente ao se admitir que as companhias e suas partes existam de forma singular e concomitante, de forma que todas estas partes possam ser consideradas, ao mesmo, como agentes morais. Como elementos opostos, coletivistas sugerem que se responsabilize também companhias em vez de apenas indivíduos. Este é o argumento mais relevante da teoria individualista, em nossa opinião,

pois, efetivamente, a centralização na mera responsabilização das companhias pode levar ao estímulo a comportamentos antiéticos, seguindo a lógica argumentada por Adolf Eichmann na crônica de Hannah Arendt, segundo o qual ele não teria culpa pela criação de um sistema logístico para o transporte de judeus aos campos de concentração, pois ele estava apenas seguindo ordens⁸⁰¹.

Para os teóricos individualistas, a responsabilidade moral poderia apenas ser atribuída aos membros da companhia na medida em que se observa a companhia e seus membros como entidades separadas. Entre os autores que são porta-vozes de tal ideia, estão Rönnegard e Velasquez, críticos à existência de uma *corporate moral agency*⁸⁰². Para eles, grande parte do motivo para se atribuir uma responsabilidade moral às companhias se relaciona com um desejo de evitar situações de impunidade. A crítica individualista então sugere que o resultado desse esforço coletivo é, no entanto, a predominância de uma busca de responsabilização pela responsabilização em si, negando o fato de que eventos desagradáveis poderiam guardar relações de causa, mas não uma relação de responsabilização de fato⁸⁰³.

Tal crítica surge de uma revisão individualista do conceito de déficit responsabilizatório, sugerido por Pettit. A proposta argumentativa do déficit responsabilizatório de Pettit possui como base a afirmação de que se a companhia não for responsabilizada diante de eventos de má conduta, tal responsabilidade não seria esgotada. Ou seja, para garantir a responsabilização de todos os atores envolvidos em tais eventos, seria necessário também inserir a companhia, como explicado⁸⁰⁴. A argumentação individualista sugere, então, a existência de um tipo de déficit responsabilizatório diferente daquele originalmente proposto por

801 ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. 25 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

802 RÖNNEGARD, David; VELASQUEZ, Manuel. On (Not) Attributing Moral Responsibility to Organizations. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 123.

803 RÖNNEGARD, David; VELASQUEZ, Manuel. On (Not) Attributing Moral Responsibility to Organizations. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 137-138.

804 Ver 9.2.1. O Coletivismo e a Estrutura Decisória Interna.

Pettit. Se for considerado que companhias também se relacionam com partes que não necessariamente estão envolvidas com a ocorrência de eventuais atos ilícitos, como empregados, consumidores e acionistas, o reconhecimento de companhias moralmente responsáveis poderia levar à punição de tais partes injustamente, já que não teriam se envolvido na prática do ato ilícito.

A crítica quanto à motivação da teoria coletivista parece-nos válida, pois, realmente, do fim desejado de responsabilizar as companhias se desenvolve a ideia de que elas tenham agência moral. No entanto, a teoria coletivista não nega que existam limitações à responsabilização por fatos desagradáveis causados por companhias. A teoria clássica da responsabilidade civil admite diversos eventos nos quais os agentes não são passíveis de responsabilização, como, por exemplo, com relação àqueles atos que causam danos a terceiros por motivos de força maior, sendo, portanto, situações que a companhia ou os administradores não poderiam evitar ou impedir⁸⁰⁵. A questão mais profunda, a qual precisa ser enfrentada, é a de se é ou não tolerável que existam determinadas atividades econômicas inerentemente arriscadas, mas que são desenvolvidas sem responsabilização adequada, pois, caso existisse a internalização completa de todas as externalidades negativas, tais atividades seriam economicamente inviáveis. Parece um fato que tais tipos de atividades são efetivamente admitidas em todas as sociedades contemporâneas, pois são inúmeras as atividades econômicas que geram grave risco de vida, como a venda de motocicletas, armas de fogo portáteis, venda de cigarros e bebidas alcoólicas. Tais atividades são admitidas na quase totalidade dos países do mundo, sem que exista a possibilidade legal de responsabilização das companhias que produzem tais produtos com relação aos riscos adequadamente informados aos consumidores.

Mas a dúvida que se perpetua é: até que limite tais escolhas estão sendo feitas de forma consciente nas sociedades contemporâneas? Voltaremos a essa questão ao tratarmos do problema da assimetria cog-

805 Conforme definição do parágrafo único do Art. 393 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 ("Código Civil").

nitiva na governança corporativa e dos seus impactos na ética corporativa⁸⁰⁶. Não obstante, para o aprofundamento de tal debate, confira-se os cinco pontos principais da crítica à antropomorfização das companhias.

Apesar de existir uma relação de pertencimento entre a companhia e seus membros, esse não seria motivo suficiente para considerar a companhia como um novo agente moral distinto de cada membro⁸⁰⁷. O fato de uma companhia ser mais que a soma de suas partes não justifica a aceitação de que seja também agente de si mesma, separada dos seus membros, responsável moralmente e sujeita a punições⁸⁰⁸. O argumento aqui remete, em parte, ao debate quanto à teoria institucionalista ou contratualista da companhia. A teoria institucionalista, ao admitir uma autonomia da vontade da companhia, admite também a sua responsabilização. A teoria contratualista, particularmente em sua vertente econômica, ao entender a companhia como uma formação pouco sólida, baseada em arremedos de conexões contratuais, também nega a possibilidade de sua responsabilização⁸⁰⁹.

Já para o debate entre a teoria da ficção ou da entidade real, identifica-se pouca diferença no aspecto da responsabilização da companhia, exceto que no âmbito da responsabilização extraterritorial seria necessário admitir a possibilidade da teoria da entidade real, pois o fato de que

806 Ver item 11. A Assimetria Cognitiva e os Limites da Análise dos Custos de Agência.

807 RÖNNEGARD, David; VELASQUEZ, Manuel. On (Not) Attributing Moral Responsibility to Organizations. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 126.

808 “[J]ust as the claim that one side of a coin is not identical with the coin itself does not imply that the side of a coin is an entity that is separate from and additional to the entity that is the coin itself, so also admitting that an organization is not identical with its members does not imply that the organization must be an entity that exists separate from and in addition to the entities that are its members. An organization consists of more than its members, but that ‘more’ is not the existence of an additional entity or entities.” RÖNNEGARD, David; VELASQUEZ, Manuel. On (Not) Attributing Moral Responsibility to Organizations. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 127.

809 A conexão entre ambas as visões fica bastante evidente ao identificar-se que a própria teoria contratualista econômica surgiu a partir da reação ao debate quanto à responsabilidade social corporativa, o que já foi destacado a propósito da influência do argumento de Milton Friedman no desenvolvimento da teoria do contratualismo econômico. Ver item 7.2.2.1. Contratualismo como Oposição à Responsabilidade Social Corporativa.

uma companhia é admitida como sendo uma pessoa jurídica em um ordenamento não significa que o será em outro sistema jurídico alienígena. Existe, no entanto, uma certa semelhança entre a crítica à antropomorfização que caracteriza a teoria individualista e a afirmação da teoria da ficção de que a companhia não teria “alma”, seguindo o argumento consolidado nas cortes britânicas desde o Caso do Hospital de Sutton⁸¹⁰. Ou seja, a negação a uma suposta “alma” da companhia e a negação da possibilidade de sua antropomorfização seguem uma tradição não necessariamente de negação absoluta da responsabilização das pessoas jurídicas pelo Judiciário, mas, pelo menos, de sua limitação a um patamar inferior à possível responsabilização de pessoas naturais, a qual conduz diretamente à segunda crítica à antropomorfização pelos individualistas.

O segundo argumento crítico à antropomorfização é o de que permitir uma atribuição de responsabilidade moral seria concordar que a companhia, além de ser considerada como um agente, possui um determinado estado mental, incluindo conhecimento e intencionalidade. Tal atribuição, no entanto, seria equivocada, segundo a visão individualista, já que companhias não seriam capazes de possuir um estado mental próprio⁸¹¹. Apesar de haver espaço para uma tentativa de atribuição de culpa legal às companhias, o fato de elas não possuírem tal estado mental e, logo, sentimentos direciona a uma impossibilidade de sua responsabilização. Para a maioria dos teóricos individualistas, emoções seriam

810 Para a análise do Caso do Hospital Sutton, ver o item 1.2. Etimologia do Termo “Corporação”.

811 “If an agent bears its own separate and distinct moral responsibility for some action, that agent must have certain psychological or mind-dependent properties (Quinton 1975; Velasquez 2003; Wolf 1985). At the most basic level an agent that is morally responsible for doing something must have knowledge of what it is doing and must do it intentionally. That is, if an agent acted with absolutely no knowledge of what it was doing or if the agent’s action was not in any way intentional, then the agent could not be morally responsible for that action. But knowledge and intentions are psychological or mental states that an agent can possess only if it has a psychology or a mind. Groups as such, including organizations, do not possess a psychology or a mind. Therefore, attributions to organizations of a moral responsibility that is distinct from and additional to the moral responsibility of its members cannot be true attributions.” RÖNNEGARD, David; VELASQUEZ, Manuel. On (Not) Attributing Moral Responsibility to Organizations. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 128.

necessárias para trazer à luz as saliências e adjacências reais da moralidade⁸¹². Essa responsabilização recai não apenas na esfera cível, mas também na penal, já que uma atribuição de culpa à companhia exigiria uma prova científica não apenas da existência de um estado mental do agente, mas também da presença de um estado mental de culpa do agente no momento da ação, como é exigido pelas leis penais em diversos ordenamentos jurídicos⁸¹³. Esse argumento rejeita a ideia de uma teoria funcionalista da mente, segundo a qual companhias funcionariam com certas capacidades, permitindo sua responsabilização, como proposto por Pettit⁸¹⁴. Retomar-se-á esse ponto na conclusão do presente capítulo, mas cabe aqui destacar que, por meio de tal afirmação, seria possível concluir que a teoria coletivista não seria admitida pela ética empática de Adam Smith já abordada.

O terceiro argumento, o qual, em certa medida, é um aprofundamento do segundo, é o de que a responsabilização moral requer a existência

812 SEPINWALL, Amy J. Blame, Emotion, and the Corporation. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 145.

813 "Corporate culpability, like individual culpability, requires proof of scienter or a culpable mental state that corresponds to each objective element in an offense. Culpability must be considered in relation to the conduct of an agent or entity, the circumstances in which the conduct occurs, and the results that stem from the conduct. Under most state penal laws, proof of one of four mental states - purpose, knowledge, recklessness, or negligence - for each objective element satisfies the *mens rea* requirement. The federal law is far less straightforward, with a hodgepodge of more than one hundred culpable mental state terms and combinations of those terms in the federal criminal code alone. Notwithstanding their number and form, these mental state requirements limit the reach of the criminal law to those individuals and organizations that demonstrate a certain willfulness, recklessness, intention, purpose, or knowledge in committing a prohibited act." LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds: The failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: University of Chicago, 2006, p. 59.

814 "Moral responsibility can be attributed to agents only if they have certain mental states in the same literal sense that humans have mental states. But the mental states that we sometimes attribute to organizations are either non-literal 'as-if' re-descriptions, or non-literal 'as-if' prescriptive attributions; or, if they are literal, then they are not being attributed to the organization as such but to all or some of its individual human members. It follows that organizations as separate entities cannot be morally responsible for any actions its members cause it to perform through their own actions or omissions." RÖNNEGARD, David; VELASQUEZ, Manuel. On (Not) Attributing Moral Responsibility to Organizations. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 130-131.

de uma capacidade emocional real e não por atribuição⁸¹⁵. O argumento aqui não é apenas que as companhias não têm sentimentos, mas também que o mero fato de ser possível atribuir às companhias determinadas condições similares às que existem para pessoas naturais não seria suficiente. Assim, em ponto que será tratado em maior detalhe abaixo, já é possível reconhecer que as companhias sofrem danos reputacionais de forma similar ao que ocorre com pessoas naturais. Dessa forma, em casos de violações ambientais e aos direitos humanos, já existe um entendimento de que, mesmo que não exista uma penalização de base jurídica às companhias envolvidas nos atos, existirá uma possível punição social de investidores e consumidores. Ou seja, uma companhia também pode sofrer uma sanção moral, com dano à sua reputação. Mas isso não significa que a companhia sofreu remorso ou vergonha por seus atos. O argumento individualista então avança para concluir que, para a companhia ser um agente moralmente responsável, não lhe seria suficiente possuir apenas um certo grau de consciência e intenção, já que outras qualidades emocionais, como habilidade de sentir culpa e remorso, elementos essencialmente humanos, estão intimamente ligadas a uma condição de controle e condução da ação⁸¹⁶. Ou seja, faltam às companhias capacidades afetivas próprias e não atribuídas com base nos sentimentos de seus administradores, controladores, acionistas e trabalhadores. Nessa falta, atribuir uma capacidade de responsabilização moral seria inferir que a companhia teria tais elementos, logo, que ela teria elementos humanos, sendo, portanto, antropomorfizada equivocadamente.

815 “The collectivist claim (1) asserts that organizations can be morally responsible agents. But a morally responsible agent must not only know and intend, it must also be capable of having certain emotions, as well as other capacities that are logically required if one is to be morally responsible for one’s actions. (...) Yet organizations do not seem to have the abilities and capabilities that moral responsibility requires. Organizations do not seem to have the capacity to experience emotions at all since they do not have affective faculties.” RÖNNEGARD, David; VELASQUEZ, Manuel. On (Not) Attributing Moral Responsibility to Organizations. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 131. No mesmo sentido, ver: SEPINWALL, Amy J. Blame, Emotion, and the Corporation. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 145.

816 SEPINWALL, Amy J. Blame, Emotion, and the Corporation. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 146.

Aqui é possível, porém, entender que as companhias não têm sentimentos e que isso limita a possibilidade de serem consideradas agentes morais. No entanto, pelo que foi estudado no capítulo passado quanto às teorias da personalidade jurídica e às teorias societárias, nenhuma delas nega que as companhias são agentes de direitos e obrigações com relação a seus respectivos ordenamentos jurídicos. De tal forma, parece irrelevante, para fins de determinar se as companhias podem ou não ser responsabilizadas por danos causados a terceiros, o fato de se elas são ou não agentes morais. Levando tal argumento ao extremo, caso se aceitasse a tese individualista, estar-se-ia também negando a possibilidade de existência da pessoa jurídica, pois, se é necessário ter agência moral para a companhia ser responsabilizada, seria necessário também que a companhia tivesse agência moral e sentimentos para fazer um contrato.

A quarta crítica à antropomorfização é a de que apenas haveria ação da companhia se seus membros agissem, de forma que caberia responsabilizar apenas tais agentes e não a companhia em si. A crítica individualista é enfática ao dispor que, para um agente ser moralmente necessário, ele precisaria participar da ação, seja a partir da má conduta, seja se omitindo de evitar que ela aconteça quando ele puder fazer isso⁸¹⁷. Os individualistas, então, argumentam que muitas das concepções que existem de que as companhias tomam ações seriam, em verdade, apenas uma imputação por analogia, como mencionado. Se, de um lado, é verdade que nem todas as ações da companhia são tomadas com a absoluta consciência de todas as pessoas naturais envolvidas em sua governança, por outro lado, não existiriam ações as quais poderiam ser tomadas sem qualquer intervenção humana. Logo, uma companhia sem seus membros não conseguiria materializar suas ações⁸¹⁸. Tal argumento parece demonstrar que a teoria individualista está desatualizada. Como será analisado abaixo ao tratar-se do atual impacto da inteligên-

817 RÖNNEGARD, David; VELASQUEZ, Manuel. On (Not) Attributing Moral Responsibility to Organizations. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 132.

818 RÖNNEGARD, David; VELASQUEZ, Manuel. On (Not) Attributing Moral Responsibility to Organizations. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 132.

cia artificial na governança das companhias, sim, é possível que companhias tomem atitudes sem qualquer intervenção humana consciente⁸¹⁹. Surge deste ponto a demanda por uma reflexão atualizada sobre aspectos morais das companhias, como se está aqui pretendendo fazer, o que também afeta a terceira crítica ao coletivismo feita pelos individualistas.

A quinta e última crítica é a de que uma agência moral demandaria autonomia, algo que não existiria para as companhias⁸²⁰. Rönnegard e Velasquez argumentam que a autonomia estaria ligada ao conceito de livre-arbítrio e à capacidade de se autogovernar⁸²¹. Tal livre-arbítrio seria a capacidade de agir de acordo com seus próprios desejos e, no caso das companhias, o que se identificaria é a companhia agindo segundo os desejos de terceiros, que seriam os seus controladores⁸²². Conforme já mencionado, toda a teoria coletivista é baseada, em alguma medida, na construção da ideia de autonomia da companhia. Primeiro, com a proposição de French de reconhecer a existência de uma estrutura decisória interna das companhias e, segundo, com Pettit ao afirmar que as companhias sejam interpretadas como agentes sociáveis (*conversable agents*), conforme discutido. Neste momento, os aspectos mais bem-desenvolvidos da teoria coletivista encontram a crítica mais frágil dos individualistas. O livre-arbítrio não é, mesmo para os autores que fundamentam suas teorias em tal conceito, como Kant, derivado da capacidade de se autogovernar. Indivíduos sob o jugo da escravidão manteriam o seu livre-arbítrio. Assim se compreende desde o estudo clássico de Santo

819 Ver item 10. O Uso da Inteligência Artificial na Governança Corporativa.

820 RÖNNEGARD, David; VELASQUEZ, Manuel. On (Not) Attributing Moral Responsibility to Organizations. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 134.

821 "Personal autonomy is also known as 'free-will', 'self-determination', 'self-rule', and 'self-government'. These phrases all draw on the intuition that autonomy involves an agent's ability to hold a vantage point that is distinct from the agent's desires and allows the agent to choose which desire to act upon. Autonomy is thus not merely about the ability to make choices; importantly it is about how choices are made." RÖNNEGARD, David; VELASQUEZ, Manuel. On (Not) Attributing Moral Responsibility to Organizations. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 134-135.

822 RÖNNEGARD, David; VELASQUEZ, Manuel. On (Not) Attributing Moral Responsibility to Organizations. In: ORTS, Eric W.; SMITH, N. Craig (Eds.). *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 135.

Agostinho sobre o tema, identificando que não é pecaminosa a conduta realizada sob o uso exclusivo da força de outro, com violência, pois não foi cometida com base em seu próprio livre-arbítrio⁸²³. Assim, o livre-arbítrio seria uma condição inerente ao ser moral, independentemente da possibilidade fática de seu exercício. Assim, a companhia poderia ter a capacidade de se autogovernar e, em tal sentido, ser autônoma, sem que em tal processo pudesse ser considerada um ser moral no exercício de seu livre-arbítrio. Ou seja, é possível aceitar a relevância dos conceitos de estrutura decisória interna e de que as companhias seriam agentes sociáveis sem que, necessariamente, isso leve ao entendimento de que as companhias são agentes morais; basta que sejam agentes dotados de autonomia.

Aqui percebe-se um alinhamento entre o coletivismo e o institucionalismo societário. Conforme já mencionado anteriormente, o conceito central da teoria de Rathenau era a “substituição de conteúdo” (*Substitution des Grundes*)⁸²⁴. A substituição de conteúdo seria exatamente o mesmo processo identificado por Berle e Means de separação entre a propriedade privada tradicional e o controle das companhias. Aqueles que anteriormente poderiam ser chamados de donos das companhias, ou proprietários, perdem o seu controle para as estruturas de governança interna da companhia. No caso de Rathenau, tal processo se dá, em grande medida, pela participação do Estado como sócio de companhias e, no caso de Berle e Means, pela identificação de um predomínio de companhias de capital disperso. Mas o fenômeno é exatamente o mesmo. Nas palavras de Rathenau, significaria um processo de gradual autonomia das companhias, como o próprio nome de sua teoria já bem diz: *Unternehmen an sich*, ou empresa em si. Conforme já alertado anteriormente, a teoria de Rathenau e seu institucionalismo não podem ser confundidos com o alinhamento dos interesses da companhia com os de um governo, como resultou do direito societário nazista derivado do *Führerprinzip*, o qual representa a antítese da autonomia da companhia.

823 SANTO AGOSTINHO. *Sobre o livre-arbítrio*. Campinas: Ecclesiae, 2019, p. 168-171.

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

Como já adiantado, a crítica dos individualistas ao argumento da antropomorfização é procedente, pois, ao se criar uma identidade teórica sem embasamento entre agência moral e responsabilização das companhias, criou-se também a justificativa para não punir os demais envolvidos em atos ilícitos praticados por sociedades anônimas. Não se trata aqui propriamente de uma aplicação do princípio do *ne bis in idem*, conforme consagrado no Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas⁸²⁵, pois não se trataria propriamente da perseguição da mesma pessoa pelos mesmos fatos, mas de pessoas diversas. Seria, como mencionado, o efeito do argumento de Eichmann de que o criminoso é o mandante e não aquele que executa. Tal argumento não teria vez na presente discussão, pois, como dito, não se está tratando aqui do exercício do livre-arbítrio, pelo qual atos sob força não representam atos culpáveis do agente forçado a agir. Fala-se aqui de uma agência de grupo, no qual todos são agentes autônomos, incluindo a companhia.

O lado negativo da antropomorfização das companhias tornou-se claro no longo debate no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos da América sobre se as pessoas jurídicas teriam ou não direitos fundamentais, como pessoas físicas, resultando em sua fatídica decisão no caso *Citizens United*⁸²⁶. O caso debateu em que limite uma pessoa jurídica teria a proteção constitucional à sua liberdade de expressão e, de tal forma, não poderia estar restrita às limitações de gastos impostas pelo Congresso com relação a despesas com campanhas eleitorais⁸²⁷. O

825 “7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.” Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, nos termos do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

826 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Citizens United v. Federal Election Comm’n*, 558 U.S. 310 (2010).

827 A Lei de Campanha Eleitoral Federal (2 USC §441b) proíbe sociedade empresariais e sindicatos de usar seus fundos do tesouro geral para fazer comunicações eleitorais ou para discursos que defendam expressamente a eleição ou derrota de um candidato federal. Em janeiro de 2008, *Citizens United*, uma companhia (*corporation*) sem fins lucrativos, lançou um filme sobre a então senadora Hillary Clinton, que era uma candidata nas eleições primárias presidenciais de 2008 do Partido Democrata. A *Citizens United* queria pagar às empresas de cabo para disponibilizarem o filme gratuitamente por meio de vídeo sob demanda, o que

debate circundou o tema de quem deveria obter a proteção constitucional garantida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: a pessoa jurídica da companhia ou os indivíduos que dela faziam parte. A decisão final da Corte foi no sentido de que a cláusula constitucional de liberdade de expressão proibia o governo de restringir gastos por companhias, sindicatos e associações civis com comunicações políticas durante campanhas eleitorais⁸²⁸.

É possível concluir que a teoria da antropomorfização das companhias contribuiu para a situação atual, na qual não é mais possível impor limites financeiros às campanhas políticas nos Estados Unidos da América. Isso, do ponto de vista sistêmico, apenas ampliou o poder das grandes companhias para, inclusive, alterar a legislação em diversos setores com o objetivo de reduzir sua responsabilização por violações às leis de mercados de capitais, à regulação de proteção do meio ambiente

permitiria aos assinantes de cabo digital selecionarem a programação de vários menus, incluindo filmes. A Citizens United planejava disponibilizar o filme 30 dias após as eleições primárias de 2008, mas temia que o filme fosse coberto pela proibição da lei de comunicações eleitorais financiadas por corporações que são o equivalente funcional de defesa expressa à candidata, sujeitando, assim, a Citizens United a ação civil e penalidades criminais. No caso, a Citizens United levantou em questão o direito à liberdade de expressão que estaria sendo a ela negado diante da impossibilidade de continuidade na veiculação do filme. "Thus, this case cannot be resolved on a narrower ground without chilling political speech, speech that is central to the First Amendment's meaning and purpose. Citizens United did not waive this challenge to Austin when it stipulated to dismissing the facial challenge below, since (1) even if such a challenge could be waived, this Court may reconsider Austin and §441b's facial validity here because the District Court 'passed upon' the issue, *Lebron v. National Railroad Passenger Corporation*, 513 U. S. 374, 379; (2) throughout the litigation, Citizens United has asserted a claim that the FEC has violated its right to free speech; and (3) the parties cannot enter into a stipulation that prevents the Court from considering remedies necessary to resolve a claim that has been preserved." ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U.S. 310 (2010), p. 2.

828 No caso, o juiz Anthony Kennedy argumentou que a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América permite que cidadãos e acionistas possam reagir aos discursos expressados por companhias, mas aponta, para isso, a necessidade de transparência em ambos os lados. O direito de poder reagir e poder se expressar acabaria por envolver tanto indivíduos quanto corporações. "The First Amendment protects political speech; and disclosure permits citizens and shareholders to react to the speech of corporate entities in a proper way. This transparency enables the electorate to make informed decisions and give proper weight to different speakers and messages." ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U.S. 310 (2010), p. 55.

e à legislação mais ampla destinada à proteção dos direitos humanos. Ao se tentar, em tese, controlar as grandes companhias, acabou-se por dar a elas um poder jamais imaginado, que é o de interferir no processo democrático com base em seus grandes orçamentos para a prática do *lobby*.

Como visto, o debate individualista não vai além de uma crítica ao coletivismo. Os principais autores individualistas não apresentam uma teoria alternativa. Em verdade, o coletivismo e o individualismo mostraram-se presos a uma mesma dicotomia falsa: a de que, se existe agência moral, existe base para a responsabilização e, se não existe agência moral, não existe base para responsabilização de companhias. É, em alguma medida, surpreendente que um debate tão relevante e central para a governança corporativa tenha sido capturado por décadas por um pressuposto falso sem qualquer base no desenvolvimento histórico das pessoas jurídicas objeto do presente estudo. Como já mencionado, tal percepção seria contrária ao entendimento uniforme em todas as teorias da personalidade jurídica e societárias estudadas, segundo as quais a pessoa jurídica e, mais especificamente, a companhia são passíveis de ter direitos e deveres.

9.2.3. A REVISÃO KANTIANA DA ÉTICA CORPORATIVA

Diante de uma falsa dicotomia entre as teorias coletivistas e individualistas da ética corporativa, surge o que se poderia chamar de uma posição intermediária. Tal posição intermediária se mostrou necessária pelas graves consequências do caso *Citizens United*, o qual revelou, em parte, as limitações da perspectiva coletivista. Mas, ao mesmo tempo, o individualismo não apresenta nada para ser colocado em seu lugar, de forma que a descrença no coletivismo como anteriormente proposto leva à irrelevância do individualismo. A literatura da área, então, buscou retomar a construção kantiana de Norman Bowie, originalmente proposta em 1999, mas que não trouxe à época um impacto significativo no campo de estudo da ética corporativa. Bowie literalmente propôs uma posição intermediária entre o coletivismo e o individualismo, argumen-

tando que a companhia teria então uma moralidade limitada, a qual não seria nem a agência moral plena, nem a sua total negação⁸²⁹.

Bowie sugere um reconhecimento de que companhias deveriam ser governadas pela moralidade, independentemente de seu propósito, a partir da terceira formulação do imperativo categórico de Kant⁸³⁰. Sob tal formulação, o indivíduo deveria agir tal qual membro de um reino ideal de fins no qual todos os membros seriam sujeitos e soberanos ao mesmo tempo⁸³¹. Seu argumento é o de que, sendo uma companhia composta por pessoas naturais – agentes morais por excelência, as quais teriam suas ações governadas pelo imperativo categórico –, logo, a companhia em si seria também regida pela mesma concepção moral. Sendo a companhia uma comunidade de indivíduos, qualquer companhia seria, portanto, compreendida como uma comunidade moral⁸³².

Para Bowie, ainda, seria possível verificar elementos de cidadania e gratidão por parte da companhia consistentes com o dever de beneficência de Kant, capaz de demonstrar a responsabilidade e dever moral da companhia para com a sociedade.

A obrigação de benevolência em Kant resultaria do fato de que, como o amor-próprio não pode ser separado da necessidade de ser amado pelos outros (para obter ajuda dos outros em caso de necessidade), cada indivíduo faz de si mesmo um fim para os outros. O resultado disso é a felicidade dos outros ser um fim que é, ao mesmo tempo, um dever. Transpondo tal dever para a companhia, Bowie substitui a ideia de amor pela de benefícios recebidos e benefícios necessários. Sob tal re-

829 BOWIE, Norman E. *Business Ethics: A Kantian Perspective*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2017, p. 2.

830 BOWIE, Norman E. *Business Ethics: A Kantian Perspective*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2017, p. 82.

831 Nesse reino, os indivíduos interagem entre si como um fim, por isso, chamava-se reino ideal dos fins. "Loosely put, this formulation of the categorical imperative says that you should act as if you were a member of an ideal kingdom of ends in which you were both subject and sovereign at the same time. What did Kant mean? Kant recognized that human beings interacted with other human beings (ends). The arena of interaction was called the kingdom of ends." BOWIE, Norman E. *Business Ethics: A Kantian Perspective*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2017, p. 82.

832 BOWIE, Norman E. *Business Ethics: A Kantian Perspective*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2017, p. 82.

lação, estaria evidente que a companhia recebe da sociedade benefícios necessários, como a contribuição de um Estado para a proteção dos direitos contratuais que eventualmente beneficiem a companhia ou o treinamento de trabalhadores.

Tal benefício é tamanho, em oposição ao estado de natureza que impediria a própria existência da companhia, que uma lógica meramente compensatória não seria suficiente, cabendo sua obrigação positiva de agir, ou seja, obrigação de ajudar a sociedade de forma real, para além da retórica⁸³³. Existiria, assim, uma cidadania corporativa que seria equivalente àquela descrita pelos clássicos liberais em relação à entrada no estado civil com base no contrato social. A proteção de tal pacto é um objetivo maior do que os objetivos individuais, pois dela depende a preservação da vida no estado civil, uma vez que a violência é monopolizada pelo Estado. Para as companhias, haveria a transposição da mesma lógica. Em razão disto, segundo Bowie, uma aplicação abrangente da teoria kantiana não seria restrita apenas à observação das ações dos indivíduos, mas a aspectos culturais e morais da companhia, bem como de suas práticas e políticas⁸³⁴.

A ética corporativa kantiana busca reduzir um problema grave que se identificou nas últimas décadas como resultado do esforço internacional para combater os chamados crimes do colarinho branco, com atenção aos crimes nos mercados de capitais, corrupção e lavagem de dinheiro, que é a sua ineficácia. Tal ineficácia seria explicável, nos ordenamentos jurídicos baseados no *common law*, pela aplicação restritiva do conceito de *respondeat superior*. No direito romano, tal conceito regravava a responsabilidade dos senhores por danos causados por seus escravos a terceiros. No entanto, no âmbito da responsabilização das companhias, a jurisprudência inglesa e estadunidense em âmbito criminal aplica o conceito de *vicarious liability*, ou de responsabilidade por imputação, segundo o qual o agente que seja pessoa natural precisa ter uma identi-

833 BOWIE, Norman E. *Business Ethics: A Kantian Perspective*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2017, p. 89.

834 BOWIE, Norman E. *Business Ethics: A Kantian Perspective*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2017, p. 106-107.

ficação intelectual com a companhia, o que denota uma prevalência da teoria individualista em tal área. Portanto, não há uma responsabilidade objetiva, mas, sim, subjetiva, exigindo-se que o *mens rea* da pessoa natural tenha uma identificação com o da pessoa jurídica, justificando a imputação de responsabilidade penal. Como se pode imaginar, situações concretas que permitam tal tipo de identificação são muito difíceis de ser identificadas, pois a estrutura interna das grandes companhias permite uma grande fragmentação de responsabilidade, de forma que não seja possível identificar o *mens rea* com o *actus reus*, resultando em uma baixa efetividade das ações penais contra companhias⁸³⁵.

A ética corporativa de base kantiana traria uma possível solução para tal problema de eficácia, pois admitiria a identificação de padrões ideais de comportamento para as companhias, os quais, caso violados, levariam à aplicação de uma sanção sem necessariamente demandar uma identificação intelectual entre um agente e a companhia, reconhecendo-se, portanto, a complexidade das estruturas internas de governança⁸³⁶.

835 “Vicarious and imputative fault do not consider variables that are critical to the explanation of organizational functioning and existence. Unfortunately, some of the proposed models of corporate fault [...] also fail to capture a full range of explanatory features of complex organizations. For example, the agency principles that underlie imputative fault do little to reflect facts about employee role requirements, organizational leadership, group relations, and corporate systems and structures. (...) The corporation as an entity, while the object of blame and sanction, is entirely overlooked by existing standards of imputative fault.” LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds: The failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: University of Chicago, 2006, p. 92.

836 “The shift from a focus on proving human mental states to corporate mental states facilitates the determination of culpability for at least three reasons. First, it appears as if prosecutions of corporations have been limited under standards of vicarious fault in cases where criminal activity persisted and yet no culpable agent could be identified. The identification of human agency would no longer be a prerequisite to finding fault. Second, shifting away from determining human fault to corporate fault allows for a consideration of the complex nature of the corporate form in relation to judgments of culpability. This consideration prevents efforts to obscure or neutralize vicarious illegalities through the decentralization of corporate decision making and minimizes the effects of an ever-increasing trend toward corporate diversification. And third, the evidence that supports a determination of constructive fault is easier to gather than the circumstantial and direct evidence submitted in cases of vicarious fault. Of course, both standards of liability require evidence of inferences made from overt behavior – whether human or corporate. But evidence of corporate fault will likely be available from a far more sources than evidence of a single agent’s intentions with vicarious fault.” LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds*:

A ampliação do uso da doutrina da cegueira deliberada em ações penais tende a incorporar tal noção, uma vez que o fato de a companhia não implementar mecanismos de supervisão de seus administradores e empregados passa a ser visto como uma presunção de que a conduta ilícita seria desejável, aproximando-se da responsabilidade objetiva dos casos de *respondeat superior* sem necessariamente ser exigível debater se a companhia seria um agente moral capaz de conformar o *mens rea*.

Apesar de a perspectiva kantiana defendida por Bowie parecer mais adequada às demandas dos movimentos internacionais para a responsabilização de grandes companhias por atos de corrupção, por danos ao meio ambiente, por violações de direitos humanos e por violação à privacidade, a atenção dada pelos autores a aspectos criminais limita a sua utilidade, mantendo o que Pettit chamou de déficit de responsabilização por não incorporar uma reflexão sobre o interesse de punir penalmente ou economicamente os responsáveis. Assim, tal perspectiva torna-se sujeita à crítica estruturalista de Foucault, segundo a qual o direito penal surgiria em tal contexto para normalizar ou docilizar a atuação das grandes companhias, conforme já descrito anteriormente⁸³⁷.

Com base em tal crítica, faltaria à perspectiva kantiana, enquanto alternativa às visões coletivistas e individualistas, por um lado, o abandono do idealismo liberal clássico, no qual seria possível partir de um modelo racional lógico para tentar explicar a realidade, e, por outro lado, a identificação de parâmetros comportamentais claros para as companhias, de forma a atingir tanto a efetividade quanto a legitimidade da responsabilização das grandes companhias por atos ilícitos.

9.2.4. A ALTERNATIVA EMPÁTICA E A PESSOA JURÍDICA COMO CENTRO DE COMUNICAÇÃO

O que a aplicação do universalismo de Kant à ética corporativa nos trouxe foi, ao mesmo tempo, um problema e uma solução. O problema é a baixa conexão com a realidade de um sistema que traga como pressuposto

The failure of Corporate Criminal Liability. Chicago: University of Chicago, 2006, p. 93.

a aderência de companhias a princípios éticos universais. Inicialmente, é necessário reconhecer a dificuldade de serem aceitos princípios universais em face da diversidade de valores presentes em qualquer sociedade⁸³⁸. A diversidade trazida pela integração da economia global tem tornado mais evidente a dificuldade com a universalização de padrões éticos e religiosos, demandando o reconhecimento de que tais esforços correm o risco de representar os valores de uma cultura específica. A perspectiva kantiana é fortemente baseada nos parâmetros da religiosidade judaico-cristã, sendo necessário reconhecer que tal forma de pensamento não é predominante com relação à maior parte da população mundial⁸³⁹. A aceitação da possibilidade de universalização da ética kantiana estava fundada no eurocentrismo, considerando-se a grande vantagem econômica das nações ocidentais que aderiram mais cedo à industrialização com relação a nações que adentraram tal processo de forma posterior. Atualmente tal disparidade econômica não mais existe, sendo necessária a adoção de uma perspectiva multicultural.

Charles Taylor foi o primeiro a demonstrar que a psicanálise, ao desenvolver o conceito de identidade individual, tornou difícil, senão impossível do ponto de vista científico, admitir a existência de uma racionalidade universal. Assim, a identidade entre individualismo e racionalidade buscada por autores liberais como Kant não poderia mais ser admitida⁸⁴⁰. Taylor deriva daí a necessidade de se lidar com o multiculturalismo de maneira mais aberta, incorporando-se a influência de outras culturas na reflexão sobre valores democráticos⁸⁴¹.

-
- 838 Em sentido contrário, Fábio Konder Comparato argumenta que princípios éticos universais se conformaram a partir da Antiguidade e Idade Média, chegando ao momento presente por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 como representação de uma "consciência jurídica universal em matéria de direitos humanos". COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 486-519.
- 839 Sobre uma reflexão do papel da religião no pensamento kantiano, ver: COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 301-303.
- 840 Ver TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.
- 841 Ver TAYLOR, Charles. *Multiculturalism*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

Passadas algumas décadas da Queda do Muro de Berlin, parece-nos que a necessidade de se refletir sobre o multiculturalismo venceu a perspectiva de dominação dos valores ocidentais, conforme a tese de Francis Fukuyama sobre o fim da história⁸⁴². Conforme discutido, apesar de tal tese ter-se demonstrado frágil na ciência política já nos primeiros anos após sua formulação, sua influência na governança corporativa mostrou-se mais duradoura⁸⁴³. Pelo debate trazido nos capítulos anteriores, ficam evidentes o eurocentrismo e o ocidentalismo presentes nas teorias estruturantes da governança corporativa, o que limita também a sua capacidade de explicar a realidade contemporânea de companhias transnacionais.

Para além dos desafios do multiculturalismo, também não é possível fazer a transposição de princípios éticos gerais para pessoas jurídicas de forma automática, uma vez que as companhias são entidades de grande complexidade. Com a transnacionalização das companhias, as quais deixam de ter laços com estados nacionais específicos, adaptando suas práticas comerciais a diversas sociedades, tal esforço de universalização ética se mostra desconexo tanto com relação ao conjunto de pessoas que compõem os órgãos da estrutura decisória interna das companhias como também quanto ao seu conjunto de consumidores, fornecedores, investidores e trabalhadores, por exemplo. A atuação global das companhias amplia sua exposição à múltiplas diversidades.

Propõe-se aqui uma alternativa às três teorias aqui colocadas para explicar a ética corporativa, quais sejam, a teoria coletivista, a individualista e a kantiana. A alternativa é baseada no sentimentalismo de Adam Smith, particularmente com relação ao papel da empatia. Contrariamente ao entendimento parcial da teoria econômica de Adam Smith, sustentamos aqui uma visão integrada do pensamento do autor na qual os indivíduos tenderiam a agir com empatia também no sistema econômico. Neste sentido, a teoria de Smith se mostra mais aberta aos avanços da psicanálise, no sentido de admitir que a capacidade de exercer a empatia

842 FUKUYAMA, Francis. *The End of History? The National Interest*, Washington, n. 16, p. 3-18, Summer 1989, p. 3; 9-11.

843 Ver item 7.2.2.4. Contratualismo e a Teoria do Valor para o Acionista.

é resultado do reconhecimento da identidade de outra pessoa. Em Kant, a ideia de que o indivíduo pode atingir a racionalidade de forma isolada é levada ao extremo, afastando sua proposição teórica dos avanços psicanalíticos contemporâneos. Na proposição empática de Adam Smith, fica evidente o reconhecimento do ímpeto de buscar a construção da identidade por meio da empatia em todas as relações humanas, incluindo as econômicas. A busca por compreender os sentimentos de outras pessoas torna-se elemento definidor da própria identidade de cada pessoa.

O conceito econômico central da obra de Adam Smith sobre a riqueza das nações é a divisão do trabalho, sendo que a especialização pode, atualmente, ser interpretada como a própria justificativa para a existência das companhias. O que fundamenta a divisão do trabalho é o instinto de realizar o comércio, ou seja, a ideia de que todos os indivíduos têm a propensão para comerciar⁸⁴⁴. Adam Smith não avança no sentido de buscar explicar por qual razão teríamos tal propensão ao comércio. Aqui adotaremos a perspectiva de que tal propensão é fruto da capacidade humana de comunicação, pois seria mais adequado do que pressupor que tal propensão é derivada de uma racionalidade abstrata. A troca de bens materiais pode ser vista também como uma forma de comunicação, assim como objetos podem projetar a nossa personalidade⁸⁴⁵.

Por certo, Smith argumenta que, em meio à atividade comercial, os agentes devem utilizar o amor-próprio de terceiros a seu favor. Mas tal argumento não pode ser entendido como uma defesa absoluta de comportamentos egoísticos, principalmente se articulamos as proposições econômicas de Smith com suas reflexões filosóficas sobre a empatia. Smith apresenta tal argumento quanto ao uso do amor-próprio de ter-

844 "This division of labour, from which so many advantages are derived, is not originally the effect of any human wisdom, which foresees and intends that general opulence to which it gives occasion. It is the necessary, though very slow and gradual consequence of a certain propensity in human nature which has in view no such extensive utility; the propensity to truck, barter and exchange one thing for another." SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. London: Penguin Books, 1999, p. 117.

845 O conceito mais originário de propriedade, no sentido de domínio (*ownership*), para Veblen era a detenção de bens que expressassem a personalidade, criando o que ele chamou de "penumbra da propriedade". VEBLEN, Thorstein. *The Beginnings of Ownership*. *American Journal of Sociology*, v. 4, n. 3, p. 352-365, 1898, p. 357.

ceiros a seu favor ao reconhecer que, diferente de outros animais, o ser humano não é autossuficiente e, pelo contrário, está “a todos os momentos necessitando a cooperação e a assistência de grandes multidões”⁸⁴⁶. A questão não expressa em seu livro que deu início ao pensamento econômico é como um indivíduo sabe qual é o desejo de outro, de forma a produzir algo que seja no interesse desta outra pessoa adquirir por meio do comércio. Tal capacidade é a empatia, ou seja, a possibilidade de entender os sentimentos de outra pessoa e, mais objetivamente, os seus desejos. É o que as companhias fazem cotidianamente ao buscar identificar o que seus potenciais consumidores gostariam de adquirir, ou as expectativas de seus investidores, ou as esperanças de seus fornecedores.

Adam Smith não apresenta em qualquer momento o individualismo como fonte legitimadora da desigualdade econômica, como parece estar presente no discurso que o identifica como defensor do egoísmo como força motora do sistema econômico. Pelo contrário, à época, Adam Smith julgava que a principal fonte da persistente desigualdade econômica na Europa eram os monopólios estatais, os quais restringiam a possibilidade de determinados indivíduos realizarem trabalhos mais lucrativos, apesar de suas habilidades⁸⁴⁷. Segundo Adam Smith, os monopólios a que se referiu como *corporations*, mas que, em verdade eram reminiscências das corporações de ofício medievais, não apenas restringiam a competição como aumentavam o custo da educação⁸⁴⁸, impedindo então que pessoas mais pobres aprendessem ofícios mais lucrativos.

Tais profissões mais lucrativas demandavam um período de aprendizado obrigatório pelas corporações de ofício. Em razão dessa característica, tais ofícios de alta rentabilidade, detidos em monopólio, eram também transmitidos hereditariamente, pois apenas os filhos de profis-

846 SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. London: Penguin Books, 1999, p. 118.

847 “(...) [T]he policy of Europe occasions a very important inequality in the whole of the advantages and disadvantages of the different employments of labor and stock, by restraining the competition in some employments to a smaller number than might otherwise be disposed to enter into them. The exclusive privileges of corporations are the principal means it makes of use of this purpose”. SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. London: Penguin Books, 1999, p. 222.

848 SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. London: Penguin Books, 1999, p. 223.

sionais que já detinham tal ofício poderiam se sustentar, com apoio familiar, durante os longos anos de formação. Tais monopólios, além dos efeitos econômicos de restrição ao acesso aos produtos a parte da população, ainda criavam um regime de segregação social disfarçado de meritocracia. Pessoas de origem pobre ou estrangeiros não teriam acesso a tais profissões, impedindo sua ascensão social. Mas tal restrição era imposta pelas exigências educacionais, de forma que pareciam menos ofensivas à mentalidade liberal nascente.

Adam Smith identificou que os monopólios das antigas corporações de ofício estavam sendo transpostos para o recém-criado sistema universitário. A educação é ainda hoje um dos fatores mais determinantes da desigualdade econômica, pois, nos países centrais do capitalismo, o acesso a universidades de elite confere a um determinado grupo social as credenciais para ter acesso aos trabalhos mais bem remunerados, como os cargos de liderança nas grandes companhias e nos seus principais prestadores de serviço, como bancos, consultorias e escritórios de advocacia. Estudos contemporâneos demonstram que existe um forte componente hereditário na formação do que costumamos chamar de meritocracia, pois os mais ricos investem desproporcionalmente na educação dos filhos⁸⁴⁹.

O *Bubble Act*, em grande medida, era uma tentativa de retornar ao modelo das corporações de ofício, impedindo o livre registro de companhias, as quais poderiam então apenas ser criadas por decreto real, reduzindo-se, portanto, a possibilidade de competição por recursos financeiros, consumidores e trabalhadores. Adam Smith não viveu para ver todos os efeitos da Revolução Financeira, mas foi profundamente crítico do *systeme de Law* em razão de o modelo criado por seu compatriota ser baseado em monopólios para financiamento do Estado, e não em um regime de livre-concorrência. Apesar de reconhecer que a crise causada pela *South Sea Company* tinha, na sua origem, uma tentativa de

849 MARKOVITS, Daniel. *The Meritocracy Trap: How America's Foundational Myth Feeds Inequality, Dismantles the Middle Class, and Devours the Elite*. New York: Penguin Press, 2019, p. 35-39. SANDEL, Michael J. *The Tyranny of Merit: What's Become of the Common Good?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2020.

reproduzir na Grã-Bretanha o *systeme de Law*, argumenta que os efeitos da bolha dos Mares do Sul foram menores em razão de não existirem monopólios tão rígidos no Reino Britânico⁸⁵⁰.

Baseado em tal análise, nosso argumento é que as companhias, em um ambiente competitivo, diferente daquele observado pelo autor até 1776, quando seu *The Wealth of Nations* foi originalmente publicado, operam como pessoas naturais, buscando identificar as necessidades de terceiros, sejam financiadores, consumidores, fornecedores e trabalhadores, para atrair tais atores para sua órbita de influência com base no interesse próprio desses terceiros.

A teoria tradicional da personalidade jurídica a define como um centro de imputação para direitos e deveres⁸⁵¹. Mas tal definição está distanciada da origem histórica e econômica das primeiras companhias identificadas em ambientes competitivos. Sem o monopólio estatal, as companhias precisam identificar as necessidades de terceiros, servindo não como centros de imputação, mas como verdadeiros núcleos de atração de interesses, exercendo uma força gravitacional em relação a múltiplos agentes, sendo estes, primordialmente, os investidores, os fornecedores, os trabalhadores e os consumidores.

Dentro de um ambiente competitivo, as companhias apresentam a necessidade de atrair as ações de terceiros interessados e, ao fazê-lo, são demandadas a incorporar os desejos de tais atores. O meio pelo qual tais interesses são incorporados é a empatia. Em um ambiente monopolístico, no qual não existe a necessidade de cooperação que Smith considerava inata ao ser humano, as companhias deixam de ter a necessidade de ser governadas com base na empatia. Os investidores, os fornecedores, os consumidores e os trabalhadores deixam de ter escolhas, operando-se

850 SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 519.

851 Para uma análise da origem da visão da pessoa jurídica como resultado da necessidade sistêmica de reconhecimento da subjetividade jurídica, sendo superada pela ideia da pessoa jurídica como mero centro de imputação de direitos e deveres, a partir da formulação de Hans Kelsen, segundo a detalhada análise de Fábio Konder Comparato, ver: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 280.

o que Calixto Salomão Filho descreveu como sendo uma tripla drenagem de recursos, do mercado, dos consumidores e dos trabalhadores⁸⁵².

O comportamento de companhias monopolistas reproduz o desvirtuamento psíquico de pessoas naturais. Os indivíduos que são acometidos de transtorno da personalidade dissocial⁸⁵³, o qual inclui os indivíduos amorais, antissociais, psicopatas e sociopatas, são os indivíduos que desenvolvem a percepção de que não precisam de outros indivíduos e, por consequência, tornam-se incapazes de sentir empatia, e são, como resultado, considerados incapazes de ter relacionamentos duradouros e de sentir culpa por seus atos⁸⁵⁴.

852 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Monopolies and Underdevelopment: from colonial past to global reality*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015, p. 1-7.

853 “F60.2 Dissocial personality disorder. Personality disorder, usually coming to attention because of a gross disparity between behaviour and the prevailing social norms, and characterized by: (a) callous unconcern for the feelings of others; (b) gross and persistent attitude of irresponsibility and disregard for social norms, rules and obligations; (c) incapacity to maintain enduring relationships, though having no difficulty in establishing them; (d) very low tolerance to frustration and a low threshold for discharge of aggression, including violence; (e) incapacity to experience guilt or to profit from experience, particularly punishment; (f) marked proneness to blame others, or to offer plausible rationalizations, for the behaviour that has brought the patient into conflict with society.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders: clinical descriptions and diagnostic guidelines*. Genève, 1993. Disponível em: <<https://www.who.int/classifications/icd/en/bluebook.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

854 Jürgen Habermas bem descreve e critica o distanciamento do pensamento filosófico contemporâneo de identificar condutas adequadas com base em padrões universais, criticando a tendência a deixar às ciências exatas e biológicas as questões prescritivas. O esforço presente de articular a análise ética com a psicologia e psiquiatria no âmbito da ética corporativa responde a esta demanda. Segundo Habermas: “La philosophie paie non seulement un lourd tribut en raison de son retrait, mais on est encore tout à fait fondé à interroger la décision du retrait elle-même, et à se demander pourquoi la philosophie devait laisser le champ libre à des théories cliniques telles que la psychanalyse, qui, de fait, font valoir leurs compétences dans le traitement qu’appellent les vies perturbées ou mutilées. Comparer la santé mentale à la santé physique ne repose pas du tout sur une analyse qui va de soi. À la différence du corps, l’âme et l’esprit ne disposent pas du même type de paramètres observables, susceptibles de définir des stades de “pathologie”. Dès lors que des pathologies se sont imperceptiblement normalisées à grande échelle et qu’elles produisent des souffrances qui ne franchissent même plus le seuil de la conscience de ceux qui les vivent, le seul élément dont nous disposions qui puisse prendre la place des indicateurs somatiques de santé ou de maladie, indicateurs qui, en l’espèce, n’existent pas – c’est une interprétation normative de ce qui peut être tenu pour un mode de vie non perturbé. Pourquoi la philosophie devrait-elle s’épargner une tâche que la psychologie clinique doit accomplir dans une plus ou moins grande confusion conceptuelle ? Pourquoi la philosophie ne

Assim, companhias que perdem suas conexões com os indivíduos que seriam seus terceiros interessados, ou *stakeholders*, tornam-se associativas, na medida em que deixam de refletir em sua governança a empatia que é característica de tais indivíduos e elas vinculados. Assim, a tendência identificada por diversos autores institucionalistas e pela teoria coletivista de crescente autonomia das corporações precisa constantemente ser compensada com outros vínculos, de forma a evitar que as pessoas jurídicas se tornem associativas e, portanto, um risco ao bem-estar de suas comunidades.

Considerando-se as tecnologias que hoje dominam algumas companhias, equivalentes às que no passado eram detidas por setores militares apenas de alguns países, tais riscos relacionados a desastres químicos, biológicos, financeiros e informacionais são concretos. Retomamos aqui o debate já apresentado de se a sociedade contemporânea tem informação suficiente para mensurar os riscos da atividade econômica e regulá-la. Parece-nos que a partir do reconhecimento de que existe uma assimetria cognitiva quanto às tecnologias detidas pelas grandes companhias, é forçoso reconhecer que não, de forma que precisamos refletir sobre uma ética corporativa que já incorpore tal brutal assimetria de poder⁸⁵⁵.

A ideia da pessoa jurídica como um centro de comunicação, movida por um reconhecimento dos interesses de terceiros pela empatia e da organização da produção para atender a tais interesse, adequa-se também à visão de boa governança da maior vertente filosófica de matriz asiática, o confucionismo. Em seu mais reconhecido conjunto de lições, os *Analectos*, Confúcio descreve o bom governo da seguinte forma: “Quem governa com virtude é como a estrela polar, que permanece

devrait-elle pas contribuer à expliquer les intuitions et les aperçus qui font que nous osons quelquefois, non sans hésitation, reconnaître que certaines formes de vie sont ‘mauvaises’ ou ‘gaspillées’ ?”. HABERMAS, Jürgen. Comment répondre à la question éthique ? In: COHEN, Joseph; ZAGURY-ORLY, Raphael (dir.). *Judéités* : Questions pour Jacques Derrida. Paris: Éditions Galilée, 2003. cap. 9, p. 181-196, p. 186.

855 O conceito de assimetria cognitiva será melhor desenvolvido adiante. Ver item 11. A Assimetria Cognitiva e os Limites da Análise dos Custos de Agência.

imóvel no seu lugar enquanto todas as outras estrelas circulam respetosamente em torno dela”⁸⁵⁶.

A visão do bom governo para Confúcio elucidada bem o conceito da pessoa jurídica como centro de comunicação, seguindo a imagem muito ilustrativa da estrela polar. Confúcio não estava, obviamente, comentando sobre pessoas jurídicas, mas sobre o governo, sendo que o Estado era, em tal tempo, a figura mais próxima do conceito de pessoa jurídica como atualmente formulado. Assim, sua visão de boa governança como algo não baseado em um sistema de regulações coercitivas e punições, mas com base na prestação de exemplos que emulam uma visão de virtude comum a todas as pessoas e que faça com que os demais se alinhem ao comportamento indicado pelo governante, é mais adequada à concepção contemporânea da ética corporativa⁸⁵⁷.

É esta perspectiva empática que justifica entendermos a pessoa jurídica como um centro de comunicação. A ideia da pessoa jurídica como centro de imputação reflete apenas algumas poucas fagulhas da vida das companhias, em que se demanda a estrutura estatal de resolução de conflitos. Crescentemente as companhias estabelecem um vínculo ideológico com consumidores, trabalhadores, investidores e fornecedores, e até com os próprios órgãos reguladores. Para construir tal vínculo, o principal elemento é a capacidade de se comunicar. A ética corporativa dominante, entre o coletivismo e o individualismo, reflete a preocupação com a capacidade de as companhias se comunicarem internamente, criando um organismo. No caso da ética empática, a preocupação é identificar as companhias como um centro de comunicação não apenas para os atores internos da governança corporativa, como acionistas e administradores, mas para os externos, cuja predominância no processo comunicativo determina o surgimento desta nova governança corporativa.

856 CONFÚCIO. *Analectos*. Trad. Cláudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 7.

857 “Guia-o por meio de manobras políticas, contém-no com castigos: o povo se tornará dissimulado e desavergonhado. Guia-o pela virtude, contém-no pelo ritual: ele desenvolverá um senso de vergonha e um senso de participação.” CONFÚCIO. *Analectos*. Trad. Cláudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 7.

Investigaremos a seguir em que medida iniciativas recentes no sentido de estabelecer um equilíbrio com relação à proteção aos consumidores, ao meio ambiente, aos direitos humanos de forma geral, às diversidades de gênero, raça, orientação sexual, religião e condição física, e à integridade nas relações com governos colaboraram para o surgimento de uma nova perspectiva sobre a governança corporativa. Ao final, desenvolveremos o tema da inteligência artificial para debater como tal mudança no padrão tecnológico representa um desafio a este projeto de tornar a ética um aspecto central do movimento de governança corporativa.

9.3. O SURGIMENTO DA GOVERNANÇA SOCIOAMBIENTAL (ESG) E SUA RELAÇÃO COM POLÍTICAS DE INVESTIMENTO INTERNACIONAL

O debate sobre a responsabilidade social corporativa surgiu dentro de um contexto internacional de preocupações concretas com questões ambientais, em um momento inicial, e, posteriormente, englobando todos os direitos humanos e questões pertinentes às relações entre empresas e governos. Analisaremos o tema de uma forma histórica, partindo do surgimento do debate sobre o que chamaremos de “governança socioambiental”, para depois discutirmos o surgimento do debate em torno de “negócios e direitos humanos” e, mais a frente, debatermos o destaque dado ao tema da diversidade.

Optamos por denominar o tema de “governança socioambiental” ao invés da tradução literal do termo em inglês, *environmental, social and governance* (“ambiental, social e governança”), o qual passou a ser conhecido muito mais por sua sigla, ESG, do que pelo seu conteúdo. Isso porque é fundamental compreender a integração entre tais temas, evitando-se que sejam tratados como questões separadas, o que já tem demonstrado problemas de efetividade. Mas vejamos a origem do tema para contextualizá-lo com o debate de governança corporativa atual.

Em 1972 foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, na qual diversos líderes de nações se reuniram para discutir problemas ambientais internacionais pela primeira vez de forma