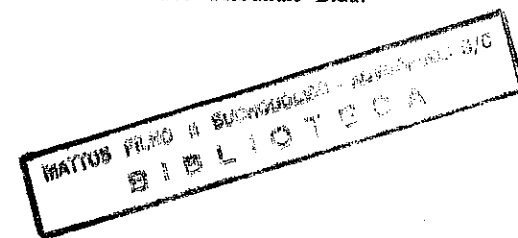


REVISTA DE DIREITO MERCANTIL, INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.



SOCIOLOGIA DO PODER NA SOCIEDADE ANÔNIMA *

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

"Le problème du pouvoir a toujours constitué un problème difficile pour la sociologie des organisations".
Michel Crozier, *Le phénomène bureaucratique*. Paris, Ed. Seuil, 1963, p. 176.

1. A sugestão de tema desta exposição decorreu de uma releitura de um trabalho que publiquei na *RDM* sobre poder e dominação na sociedade anônima e que constituiu o teor de uma comunicação por mim apresentada no curso de pós-graduação em Sociologia do Direito na FDUSP ("Sociedade Anônima: Poder e Dominação", in *RDM* 53/72).

O fenômeno do poder na sociedade anônima tornou-se objeto freqüente de digressões acadêmicas a partir da tese do Prof. Fábio Konder Comparato em seu concurso para professor titular daquela faculdade, em 1975, anterior, portanto, à promulgação da vigente Lei de Sociedades por Ações. A obra do Prof. Comparato, já em sua 3.^a edição comercial, acabou por constituir, como é sabido, verdadeiro marco em nossa paupérrima literatura jurídica, nos domínios do moderno direito mercantil, justamente em função de seu conteúdo crítico e de sua coragem desbravadora (Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3.^a ed., Rio, Forense, 1983).

Pretendo apresentar, nesta oportunidade com que me honra a Universidade Federal de Minas Gerais, algumas reflexões sobre a realidade sociológica do poder na sociedade anônima contemporânea no Brasil, perfeitamente advertido e absolutamente consciente de que o nosso capitalismo, retardado e heterodoxo, não é comparável ao que se desenvolveu nas chamadas economias desenvolvidas do Ocidente. Estou também seguro de que o modelo de sociedade anônima desenhado pelo legislador de 1976 não coincide necessariamente com o tipo de empresa que predominava àquela época, nem com o tipo de empresa que vemos atuar em nossa recém-reformada economia.

Uma das causas desse descompasso reside exatamente na enraizada mas enganada convicção de que a forma jurídica da sociedade anônima, tal como modulada pela lei, pode conter e abarcar toda a realidade econômica da empresa moderna, em um regime que se diz ser de mercado e que se afirma estar baseado no princípio constitucional da livre iniciativa.

Lembro, a esse propósito, que a sociedade anônima, sobretudo aquela sob a qual se exerce a macro-empresa, caracteriza-se como agente econômico, dotado

de uma considerável parcela de poder: poder sobre outros participantes do mercado de bens e serviços, poder sobre a própria estabilidade dos mercados e poder sobre os próprios rumos do controle oficial da economia.

A atuação da empresa na economia tem escapado sistematicamente às previsões legislativas, em razão da incompreensível inércia dos governos quanto à regulação efetiva dos abusos do poder econômico, cuja legislação se encontra escandalosamente atrasada e cuja repressão só agora se cuida de atualizar, com a atabalhoada ressurreição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, em boa hora promovida por iniciativa do ex-Ministro da Justiça, Dr. Fernando Lyra.

Parece no entanto que nós, os juristas, com as exceções de praxe, confiamos demais nas aparências e nos sintomas e sentimos uma preguiça tropical de invadir as essências e as causas dos distúrbios sociais e econômicos que nos incumbe resolver. Talvez a reforma de 28 de fevereiro tenha ousado atingir um pouco mais fundo o desconcertante quadro caótico de nossa mal organizada economia. Ninguém pode negar, porém, que uma terapia de choque, decretada com surpresa e estrépito, não leva em conta, nem razoavelmente seria de esperar que pudesse fazê-lo, as raízes mais remotas e verdadeiramente fundamentais dos problemas nucleares da sociedade brasileira.

No que respeita especificamente à vida econômica (que só analiticamente se pode dissociar, para fins de estudo, da experiência social concreta), a regulação jurídica ainda caminha pelos cômodos rumos do formalismo, ignorando, às vezes de forma inexplicável, que os conflitos verdadeiros se travam nos bastidores da cena. Essa é a razão pela qual a análise sociológica do poder se deve colocar como tema de debate e discussão para que, na medida do possível, a realidade se desvende, libertando-se da forma e da aparência.

O romancista Jorge Amado, que quase sempre soube bem captar, na ficção, o real do Brasil, afirmou, recentemente, que "a lei não deve atingir apenas o funcionário do supermercado, que é obrigado a remarcar o preço, e que é preso, mas que atinja o dono, aquele que manda remarcar o preço, aquele que é o ladrão" (*O Estado de São Paulo* de 15.3.86, fls. 23).

Ora, a dificuldade em atingir o dono do supermercado está em que a lei, ao menos em matéria penal, se aferra ao princípio da autoria direta do ilícito, sendo certo que o mandante do crime com freqüência se dissolve no emaranhado estrutural da empresa e se resguarda num velho axioma liberal segundo o qual a responsabilidade se apura sempre e sempre segundo a concepção da culpa individual.

Por isso mesmo observa-se todo dia o argumento de defesa de Nuremberg, mercê do qual inúmeros criminosos por genocídio candidamente escaparam das punições clamadas pela consciência universal: não se castiga aquele que se limita a cumprir ordens superiores. Como é difícil rastrear as ordens superiores, salvo se se penetrar o formalismo do direito privado, continuaremos, no Brasil, a prender gerentes de supermercados e diretores-empregados de instituições financeiras, para soltá-los a seguir, restando impunes aqueles que efetivamente se beneficiam dos próprios abusos.

O poder é um fato que se oculta e esconde, fato refratário à luz e dissimulado por estruturas jurídicas armadas justamente para organizá-lo do ponto de vista formal, mas que terminam por subtraí-lo à incidência da normatividade.

* Conferência pronunciada na Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais em 17 de março de 1986.

II. No que respeita às sociedades anônimas, a lei vem a exprimir, de fato, e como já escrevi, uma noção exemplar de racionalização, noção essa que, nas palavras de Raymond Aron, fez a unidade do método, das pesquisas e da filosofia de Max Weber (art. cit., p. 72).

A pedra de toque da racionalização do poder, na sociedade anônima, se encontra na organização de competências: o acionista controlador elege a maioria dos administradores da companhia (art. 116, "a") e usa efetivamente o poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (art. 116, "b"); o Conselho de Administração, quando existe, tem, entre outras funções, a de fixar a orientação geral dos negócios da companhia, bem como a de eleger e destituir seus diretores e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto (art. 141, I e II); a representação da companhia é privativa dos diretores (art. 138, § 1.º).

No que tange ao poder do acionista controlador, tem ele foro próprio, que vem a ser a assembléia geral, em que seu voto prepondera, mas é inegável que o exercício daquele poder se verifica também fora da assembléia geral, mediante a utilização de uma força informal, insuficientemente normatizada, que se traduz na fórmula legislada de "dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia".

Dir-se-á que o elenco não-taxativo de modalidades de abuso do poder de controle, que a Lei 6.404 registra no art. 117, § 1.º, compreende não só o abuso do direito de voto em assembléia geral, mas também o abuso do poder verificado fora da reunião acionária, mediante ordens e determinações sem forma nem figura, impostas ao Conselho de Administração e/ou aos diretores sem qualquer formalidade.

Claro está que as ordens e determinações que redundam em ilícito serão manifestadas com fundamento último no poder de destituir os administradores, o que expressa uma espécie de coação branca que escapa da transparência legalmente necessária das deliberações tomadas em assembléia geral.

Daí porque, sociologicamente, o poder é um fato.

Ora, sendo privativa dos diretores a representação da companhia, cabe àqueles manifestar, no mundo exterior, a impropriamente denominada "vontade social", que, em última análise, emana do próprio acionista controlador. Prescreve a lei que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa (art. 157).

Quer isso significar que os administradores passam a agir não em função de seus eleitores-acionistas, mas sim em função dos interesses da sociedade. Ainda em complemento, aduz o § 1.º do art. 154 que o administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

Juridicamente, os administradores sociais são, pois, independentes. Trata-se, porém, de independência não garantida, tal como a dos magistrados sob o império do Ato Institucional 5, de 1968, pois que sua demissibilidade *ad nutum* pelo acionista controlador (que domina a Assembléia Geral, a qual por sua vez domina o Conselho de Administração) se coloca como um fator de coerção potencial que, do ponto de vista sociológico, anula, de fato, a vocação dos administradores para

a persecução do interesse da sociedade, do bem público e da função social da empresa.

Aí está, em rápidos traços, a organização racional do poder na sociedade anônima, vista não pelo ângulo jurídico-formal, mas pelo prisma de autêntica realidade sociológica. A isso chamei, em meu referido artigo, a distorção do modelo jurídico da sociedade anônima (p. 77). Em uma perspectiva weberiana, a burocracia administrativa cumpre apenas seu papel de instrumentar o exercício efetivo do poder (*Macht*), com o propósito deliberado de realizar a dominação (*Herrschaft*) no plano concreto.

Por essas razões, que foram mais bem desenvolvidas em meu precedente artigo, é que me animo a refletir cada vez mais sobre a sociologia do poder na sociedade anônima, com o ânimo de demonstrar que o aparato estatutário, apoiado no modelo legal, corresponde a um meio instrumental da organização do poder do acionista controlador. Nem mesmo a discriminação de competências exclusivas, como a competência de representar a companhia, que pertence unicamente aos diretores, é capaz de disfarçar convenientemente a realidade do poder de controle.

Mais que as doutrinas de penetração da personalidade jurídica, em seus variados matizes, a presente constatação me parece substancialmente útil para a correta identificação do foco último do poder na sociedade anônima, principalmente naqueles casos em que o acionista controlador não atua diretamente como administrador da sociedade. Se se pretende atingir a realidade, parece-me que se deva submeter a sérias reservas o princípio de que a sociedade anônima se institucionalizou, passando a ter vida própria e interesses próprios.

Na verdade, o arcabouço legal da sociedade anônima pode conduzir a essa ilusão. Mas a análise sociológica do poder demonstra, segundo penso, e aqui me refiro ao Brasil, que a sociedade anônima representa, não uma instituição, mas um instrumento de realização do interesse do acionista controlador.

Como já escrevi, pelo menos do ponto de vista da análise sociológica, a estrutura burocrática da administração social pode ser levada a atender não o interesse da companhia, como em princípio quer a lei, mas a funcionar precisamente como o meio pelo qual se dá guarida aos interesses do acionista controlador, num típico esquema de dominação legal, no sentido weberiano (art. cit., p. 76).

III. Lamentavelmente, ainda pretendemos legislar, no Brasil, com base no discurso silogístico e isso porque, também lamentavelmente, somos tradicionalmente avessos à experiência e à estatística, como fontes empíricas da normatividade.

Seria incidir em rematado truísmo de minha parte assinalar que simplesmente não temos uma jurisprudência coesa e segura em matéria de sociedades anônimas no Brasil, o que aliás se justifica em função do próprio estágio incipiente do nosso capitalismo, mais ideológico que eficiente. Por isso, não teria viabilidade entre nós a materialização da célebre expressão do juiz Holmes, segundo quem o direito seria o resultado não da lógica mas da experiência.

Ora, a sociedade assiste a uma série de graves desajustes na vida empresarial. Felizmente, existem forças reagentes que começam a atuar, embora em ritmo lento, no sentido da justiça no plano econômico, o que sem dúvida é saudável e desejável. A conscientização dos direitos do consumidor, a proteção dos patrimônios ecológicos e a disciplina do mercado de bolsa, por meio de uma

eficiente ação corretiva da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, representam anteparos ao abuso de empresas que exercem atividades predatórias aos interesses comunitários.

Mas será necessário, e com muita urgência, repensar todo o direito empresarial, principalmente no que tange, de um lado, ao equilíbrio dos mercados (o que somente se logrará mediante imprescindível revisão da legislação sobre os abusos do poder econômico) e, de outro lado, à definição de responsabilidades por ilícitudes — o que implica não só acelerar a repressão criminal ao crime econômico como também rever os esquemas conceituais clássicos da responsabilidade civil.

Sob este último aspecto, cumpre recordar que a correlação entre poder, de um lado, e responsabilidade, de outro, deveria corresponder a um dado da realidade, no plano normativo assim como no plano fático, este último interessando especificamente à sociologia do direito e o primeiro dizendo respeito à dogmática jurídica.

A partir do texto legal, pode-se verificar que o legislador de 1976 procurou a correspondência entre o poder e a responsabilidade do acionista controlador, não apenas enumerando, no § 1.º do art. 117 as modalidades mais frequentes de exercício abusivo do poder e prescrevendo, no *caput* do artigo, a responsabilidade do acionista controlador pelos danos causados por esses atos, se não também, no parágrafo único do art. 116, impondo-lhe um *standard* de conduta que, se não é eficaz do ponto de vista prático e concreto, pelo menos se mostra altamente didático e exemplar, do ponto de vista teórico.

Ali se alude à função social da empresa e em deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Mirabile dictu! Mas tem sido realmente assim no Brasil? Qual o conteúdo concreto dessa proclamada “função social da empresa”, sabendo-se que o cumprimento da função social pode implicar em sacrifício do interesse societário, o que, aliás, frequentemente ocorre, por exemplo, no universo das sociedades de economia mista?

Quanto a estas, o conflito emana do enunciado do art. 238, segundo o qual a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (arts. 116 e 117), mas — continua o preceito legal em enigmática adversativa — poderá orientar a companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

Pretender que o interesse da empresa coincida sempre com o interesse público é por certo ignorar o que, no regime capitalista, a realidade demonstra. Basta que uma medida de congelamento de preços seja decretada para que se ilumine a enorme distância que vai do interesse em lucros a nível ótimo, a repartir entre os acionistas, e o interesse público.

No caso das sociedades de economia mista, o dilema se revela ainda mais agudo e tanto mais problemático quanto se sabe, pela experiência, que o interesse público é muitas vezes confundido (erroneamente) com o interesse do Estado ou mesmo do Governo.

IV. O que se deve entender por função social da empresa?

A essa questão, que está em aberto, a sociologia do direito dará uma resposta e a dogmática provavelmente outra. A lei dispõe, como ficou dito, que o

acionista controlador tem deveres e responsabilidades para com os que trabalham na empresa e para com a comunidade em que esta atua.

Ninguém duvida, em boa hermenêutica, de que a Lei de Sociedades por Ações deixou de integrar os trabalhadores à empresa, o que equivale a dizer que a força de trabalho se liga à sociedade por contrato, ainda que revestido de características peculiares e sujeito a especial tutela publicística. A inexistência de regras legais que assegurem aos trabalhadores participação na gestão e nos lucros sociais confirma que, conforme a doutrina clássica, é apenas o capital que encontra sua organização no direito das sociedades.

Mas do ponto de vista sociológico, ganha terreno a interação entre capital e trabalho na empresa, que sob ela ou por meio dela se exerce.

A empresa como organização de produção não prescinde da força de trabalho. Para a Sociologia, a existência de um vínculo de subordinação se verifica entre a sociedade e o trabalhador e decorre de uma imposição de tipo normativo, vale dizer, deflui de uma regra jurídica. O sociólogo do direito será assim levado a considerar a realidade da empresa, que abstrai o contrato de trabalho e o poder disciplinar do empregador.

Enquanto fato social, a empresa combina capital e trabalho, de tal forma que o processo decisório empresarial muitas vezes leva em conta a influência *factual* do fator trabalho, que exerce *poder*, na acepção sociológica do termo.

Por mais rudimentar que se considere essa espécie de poder, ou por menos influente que se mostre, sua avaliação no contexto da política empresarial deixou de se considerar marginal para se tornar não raras vezes prioritária e condicionante dos rumos da empresa, não apenas em função do custo da mão de obra se não também em função de seu peso específico no processo de tomada de decisões.

Juridicamente, a co-gestão tem sido contestada a partir exatamente da confusão, já apontada por Ripert, entre a sociedade anônima e a empresa. A sociedade, afirmava Ripert, é o capital organizado; os trabalhadores não têm que intervir nessa organização do capital, da mesma forma que os acionistas não têm que fazê-lo nos comitês de empresa (*Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, trad. bras. de Gilda G. de Azevedo, Rio/S. Paulo, Ed. Freitas Bastos, 1947, pp. 321-2).

Sociologicamente convém verificar até que ponto, na realidade, o acionista controlador é livre e independente da força de trabalho, para ditar os rumos da empresa sem o risco, por exemplo, de uma paralisação por greve ou sem o risco de arcar com custos diretos que afetem a viabilidade financeira do empreendimento.

Para o jurista, o trabalhador é credor da empresa pelo salário contratado. Para o sociólogo, a força de trabalho converge unitariamente com o capital para a produção. Interessa à análise sociológica não o título jurídico da remuneração, mas o seu quantitativo, na medida em que o salário seja ou não suficiente para atender adequadamente o nível de vida do prestador de mão de obra.

E, mais importante ainda, em uma análise sociológica do poder na sociedade anônima, a realidade econômica da empresa sobrepuja a forma pela qual o capital se organiza na estrutura societária.

V. Como se pode observar, a sociologia do direito das sociedades oferece campo fértil à reflexão dos juristas, desde que naturalmente depurada de qualquer espécie de condicionamento ideológico ou de compromisso político. Em si, a

análise sociológica do poder é neutra, na medida em que descreve e procura compreender a realidade para além do formalismo jurídico e sempre a partir do pressuposto de que o poder é um fato não-normativo, que pertence ao universo do *ser* e não do *dever ser*.

Ao sociólogo interessa, *e. g.*, a realidade do exercício do poder na sociedade (ou na empresa) e não a forma pela qual o legislador pretende ou impõe que seja exercido.

Procurei ser fiel a essa metodologia, com base nas lições de Carbonnier, para quem entre o direito dogmático e a sociologia do direito a diferença não se refere ao objeto: é uma diferença de pontos de vista, de ângulo de visão (*Sociologia Jurídica*, trad. port. de Diogo Leite de Campos, Coimbra, Ed. Almedina, 1979).

Da análise sociológica do poder nas sociedades anônimas podem defluir importantes contribuições ao direito positivo, desde que dessa análise resulte a compreensão do poder em sua funcionalidade e em sua expressão real.

Possam estas indicações servir de tal propósito, ao menos como estímulo ou sugestão.

VI. Como conclusão, passo a resumir meu pensamento:

1. A estrutura legal da sociedade anônima no Brasil ainda não permite a institucionalização da empresa, que reflete, fundamentalmente, a predominância decisória do acionista controlador. Internamente, a estrutura de poder da s. a. estabelece uma subordinação de fato (ainda que não de direito) do interesse da sociedade ao interesse prevaemente do acionista controlador.

2. No Brasil, ao contrário do que acontece nos EUA, a independência dos administradores é antes teórica que concreta, pois existe, no modelo legal e na experiência vivida, um vínculo bastante forte de subordinação entre os administradores e o acionista controlador.

3. Em consequência, do ponto de vista jurídico, a função social da empresa depende da consciência social do acionista controlador e não de mecanismos independentes de sua vontade e de seu poder.

4. Apesar de a Lei 6.404 ter adiantado de forma progressista a responsabilidade do acionista controlador por atos praticados com abuso de poder, o esquema sancionatório desses atos abusivos é ainda insuficiente, na medida em que (a) não os fulmina de nulidade, mas apenas lhes comina a insatisfatória consequência da responsabilidade por perdas e danos e (b) o acionista controlador, principalmente quando não participe diretamente dos órgãos da administração social, dificilmente é alcançado pela repressão de ilícitos, especialmente no âmbito criminal.

5. Finalmente, a sociedade anônima no Brasil representa uma organização racional *do capital* e do poder que lhe é inerente, muito embora a pesquisa sociológica revele a surgência do poder do trabalho como força crescente na realidade econômica da empresa.

Belo Horizonte, 17 de março de 1986.

ERRATA NO ARTIGO DO PROFESSOR FABIO KONDER COMPARATO —
NATUREZA DO PRAZO EXTINTIVO DA AÇÃO DE NULIDADE DO REGISTRO DE
MARCAS” — PUBLICADO NO N. 77, JANEIRO-MARÇO/1990, DESTA REVISTA

Página	Linha	Onde se lê	Leia-se
57	25	herdade	herdada
58	22	(anspruch)	(Anspruch)
58	31	(anspruch)	(Anspruch)
59	33	(gestaltungsklagerechte)	(Gestaltungsklagerechte)
59	45	anspruch	Anspruch
59	46	gegenstand der verjurung	Gegenstand der Verjährung
62	15	do protocolo	no protocolo
63	50	formaterurs	formateurs

1. O art. 98, parágrafo único, do Código da Propriedade Industrial (Lei 5.772, de 21 de dezembro de 1971) dispõe que “a ação de nulidade (do registro de sinais distintivos) prescreve em 5 (cinco) anos contados da concessão do registro.”

Não obstante a expressão lexical usada pelo Código, tem-se perguntado se estamos efetivamente, aí, diante de um prazo prescricional ou de decadência.

Na verdade, essa indagação supõe existir uma nítida diferença de natureza entre os dois institutos, bem como o acolhimento dessa distinção no direito positivo. Ambas as questões, como se sabe, são controvertidas e já suscitaram montanhas de escritos doutrinários e de decisões judiciais.

Abalanco-me a reabrir o exame do assunto, que aliás nunca foi encerrado, na convicção presunçosa de trazer não propriamente idéias novas, mas pelo menos idéias um pouco menos superficiais.

I. A distinção essencial entre prescrição e decadência

2. No panorama jurídico contemporâneo, somente o direito alemão (teoria e ordenamento positivo) logrou explicar corretamente o instituto da prescrição. Os demais sistemas jurídicos nacionais ainda se atêm a idéias e análises superficiais e confusas do fenômeno, ensejando graves dúvidas na aplicação da lei aos casos concretos.

A razão do êxito do direito alemão na interpretação do instituto da prescrição reside no fato de que a doutrina, desde o período da pandectística, soube decompor as *facultates agendi* do sujeito de direito de forma clara e exata, não se contentando com os conceitos brutos de direito subjetivo e de ação judicial, tradicionalmente utilizados. De um lado, conseguiram os autores alemães distinguir várias espécies de direitos subjetivos, bem como decompô-los em seus elementos essenciais. De outro lado, como sabido, a velha noção de *actio*, herdada do direito romano, sofreu, desde meados do século passado, uma penetrante análise, que deu nascimento à ciência do direito processual.

Dispensando-se as digressões paralelas, convém focalizar aqui, no vasto campo dos direitos subjetivos, apenas duas questões pertinentes à matéria objeto deste parecer. Em primeiro lugar, a distinção entre o direito estático à prestação e o direito de exigir o seu cumprimento. Em segundo lugar, a diferença de natureza e regime jurídico entre esse direito à prestação e o chamado direito formador ou potestativo.