

Homenagens

A INFLUÊNCIA DA OBRA DO PROFESSOR FÁBIO KONDER COMPARATO NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO¹

CARLOS KLEIN ZANINI

1ª frase: “A mão invisível que governaria os mercados seria cada vez mais invisível...”. 2ª frase: “A nova realidade do direito empresarial é a da prevalência do lucro sobre a produção. Hoje, é impossível tratar de grupos societários sem falar de multinacionalidade”. 3ª frase: “A função primordial do Direito é impor limites ao arbítrio”. 4ª frase: “O problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela”.

Há exatamente 20 anos, em agosto/1997, o professor Comparato iniciava a última das disciplinas que ministraria no Programa de Pós-Graduação da USP sobre o Direito Comercial, intitulada “Grupo de Sociedades”, tendo ao seu lado o professor Calixto Salomão Filho.

Tive a sorte de ser seu aluno nessa disciplina. A Cadeira iniciou com mais de 30 alunos inscritos. Poucos chegaram até o final. Eu sobrevivi, e a concluí ao lado dos meus então colegas Satiro e Munhoz, hoje destacados Professores desta Casa, cujo invulgar brilho já se anunciava.

Gostaria de dizer que é uma honra estar aqui! Em primeiro lugar, sou sabedor de que não estou à altura do encargo. Sinto-me até mesmo deslocado ao me ver rodeado pelos mais destacados Professores desta Escola quase bicentenária, dos quais sinto-me sempre aluno.

O tema que me foi dado consiste em falar da influência do professor Comparato no

direito comercial brasileiro. E aqui vou cometer o primeiro deslize, para falar não apenas da influência da obra do professor Comparato no Direito Brasileiro, mas também do alcance que sua fecunda obra conquistou no exterior.

Falo da efusiva acolhida que teve sua tese de Doutorado, publicada na França em 1964, *Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé*, pela prestigiosa Dalloz. As palavras de ninguém menos que André Tunc, proferidas há mais de 50 anos, prenunciavam a grandeza que viria a ser assumida pelo nosso personagem.

Sobre a pessoa e a obra de Comparato disse o grande Tunc (1964): “Elle révèle un juriste aux qualités si marquantes qu'on peut certainement lui prédire qu'il deviendra un grand juriste s'il ne laisse pas absorber par la pratique – ou si le destin ne l'appelle pas à servir son Pays dans des fonctions politiques où sa mission ne serait pas moindre, mais serait différente”.²

1. Notas da palestra proferida em agosto/2017 na Faculdade de Direito da USP no evento comemorativo dos 190 anos de sua fundação.

2. “[A obra] revela um jurista com qualidades tão marcantes que podemos certamente prever que se tornará um grande jurista caso não se deixe absorver

O professor Comparato, todos sabemos, deu ouvidos ao conselho sutil de Tunc: não se deixou absorver pela prática.

A dimensão do feito alcançado por Comparato pode ser medida pelo elogio que lhe foi endereçado por Tunc ao qualificar sua tese como tendo sido a obra capaz de preencher uma lacuna existente no Direito Francês: “En l’espèce, ce qui manquait au Droit Français c’était un ouvrage dont l’auteur aurait, par une recherche systématique, montré ce que l’analyse dualiste de l’obligation pouvait expliquer dans le droit positif français contemporain. C’est ce ouvrage qu’a écrit Fábio Konder Comparato”.³

Não se trata de um elogio qualquer. Estamos falando de elogio feito por um francês a um brasileiro... E não se trata de um francês qualquer, mas de André Tunc, que dá nome ao Instituto de Pesquisas Jurídicas da Sorbonne.

Arremata Tunc (1968): “Ainsi, un étudiant brésilien venu à Paris approfondir sa connaissance du Droit Français aura laissé à celui-ci, avant de partir, une contribution importante: une analyse de l’obligation en Droit Français plus poussée qu’aucune autre. Son travail lui fait grand honneur, comme il honore les universités brésiliennes qui l’ont formé”.⁴

É justa e merecida, portanto, a homenagem que se lhe presta na comemoração dos 190 anos desta Casa.

pela prática – ou se o destino não o convocar a servir seu País em funções políticas, quando sua missão não seria menos importante, mas seria diferente” (tradução livre).

3. “Nesse caso, o que faltava ao Direito Francês era uma obra onde o autor tivesse, por uma pesquisa sistemática, mostrado aquilo que a análise dualista da obrigação poderia explicar no direito positivo francês contemporâneo. É esta a obra que escreveu Fábio Konder Comparato” (tradução livre).

4. “Assim, um estudante brasileiro vindo a Paris para aprofundar seu conhecimento do Direito Francês lhe terá deixado, antes de partir, uma contribuição importante: uma análise da obrigação no Direito Francês mais aprofundada que nenhuma outra. Seu trabalho lhe presta enorme honra, assim como honra as universidades brasileiras que o formaram” (tradução livre).

Mas devo voltar ao tema: a influência do professor Comparato no direito comercial brasileiro. A receita básica, nesses casos, seria falar de sua obra.

Há professores, todos sabemos, que, para nossa infelicidade, escreveram pouco. Há outros cuja dimensão da obra escrita excede em muito o que efetivamente têm a dizer... O que lamentavelmente é incentivado hoje no Brasil por meio de um controle quantitativo, mas não qualitativo, do que se escreve. Conta mais o número de artigos publicados do que efetivamente a qualidade do que se escreve. Para saciar os *rankings* do Governo e merecer o beneplácito das agências de pesquisa, disputando seus poucos recursos, abundam os textos jurídicos vazios de conteúdo ou, mesmo, “requentados”. Importamos a máxima *publish or perish* (“publique ou pereça”) sem nenhum recato. Aliás, teria sido melhor importar o recato com que usualmente se comportam os juizes da Suprema Corte norte-americana.

No caso do professor Comparato, para regozijo de todos os *estudantes e estudiosos* do direito comercial, aos quais falou Vivante noutro célebre “Prefácio”, nada disso ocorreu. Sua obra é profícua, profunda e sagaz. Até mesmo por isso, a missão que me foi dada pelo professor Erasmo é impossível: falar da influência do professor Comparato no direito comercial brasileiro em apenas 30 minutos.

Para evidenciar essa impossibilidade basta notar que a consulta ao catálogo da Biblioteca da Faculdade de Direito da USP feita tendo Comparato como autor aponta 473 entradas. Como resumir, em 30 minutos, uma obra tão vasta?

Convencido dessa impossibilidade, optei por um caminho inusitado. Reli minhas anotações, feitas há 20 anos, no caderno da última disciplina de Direito Comercial ministrada na Pós-Graduação pelo professor Comparato, na companhia do professor Calixto, por quem já àquele tempo manifestava abertamente elevado respeito intelectual.

Revi também o material cuidadosamente preparado e distribuído pelo professor Comparato em cada uma daquelas aulas. E, neste clima de nostalgia e saudade, busquei separar, dentre essas notas de aula, algumas frases marcantes que nos foram brindadas pela genialidade do professor Comparato.

O que eu lhes proponho hoje, muito modestamente, é um convite para percorrermos juntos algumas daquelas aulas da disciplina sobre “Grupos de Sociedades”, reveladoras da visão aguda do professor Comparato sobre temas capitais do direito societário. E que, 20 anos depois, como sói ocorrer com os clássicos, conservam sua atualidade.

1ª frase: “A mão invisível que governaria os mercados seria cada vez mais invisível...”

Ensinou-nos o professor Comparato:

“A ideologia capitalista, construída a partir do final do século XVII com Hobbes e desenvolvida no século XVIII com Adam Smith, sustenta que, se cada qual cuidar racionalmente de realizar o seu próprio interesse, uma ‘mão invisível’ acabaria por engendrar o bem comum.”

De fato, o tempo, senhor da razão, se encarregou de mostrar que efetivamente a tal mão invisível seria cada vez mais invisível.

O terreno mais fértil para uma demonstração seria o do direito da concorrência, mas não faltam exemplos dentro do direito societário.

Para falar de um deles, cita-se a remuneração dos administradores. Como se sabe, o tema da remuneração dos administradores tem atraído amplo debate acadêmico, e vem se constituindo em verdadeiro cavalo de batalha de importantes publicações, dentre as quais destaca-se a *The Economist*.

A crítica seguramente se agudizou pelo fato de a remuneração dos administradores nos Estados Unidos da América ter atingido níveis estratosféricos. Coincidentemente, o fenômeno se intensificou na medida em que se acentuou o controle gerencial. Para que se tenha uma ideia, em 2015 a remuneração média

de um CEO de uma companhia integrante do S&P 500 passou a ser de 10 milhões de Dólares ao ano. Nos últimos 10 anos, o aumento foi de 10 vezes! Digno de nota, também, que a relação entre a remuneração do CEO de uma companhia listada e a média de seus funcionários atingiu a proporção de 335 para 1.

Seria a tal mão invisível capaz de promover uma autorregulação eficiente, justa e adequada, da remuneração paga aos administradores das sociedades?

Lucian Bebchuk (2016), festejado Professor de Harvard, manifestou seu ceticismo quanto à efetividade da autorregulação da remuneração paga aos administradores. Quando confrontado com o argumento de que os desvios no tema da remuneração dos administradores seriam marginais, limitados e transitórios, enfim, secundários, anotou: “I think they are first order, and that the self-correcting mechanisms of the market cannot be relied on”.⁵

O tema, todos sabemos, é propício ao debate. E o debate é antigo. Mas o problema recrudescer na medida em que cresce o controle gerencial. Alguns sustentam que a definição da remuneração dos executivos é um jogo de cartas marcadas, no qual o Conselho de Administração, recheado de *insiders*, privilegia uma espécie de *inner circle*, habitado por conhecidos e amigos. Outros defendem que o mercado estabelece a remuneração de modo adequado, na medida em que as companhias competem pelos melhores executivos. Afinal, a melhor remuneração seria necessária para atrair os maiores talentos.

Em 29.4.2016 a remuneração básica de EUR 6 milhões do Diretor-Presidente (CEO) da Renault foi rechaçada pela maioria dos acionistas presentes na Assembleia-Geral. Não obstante, como o voto era opinativo, não vinculante, tal remuneração foi mantida.

As coisas mudaram, e a Lei Sapin II na França agora reconhece aos acionistas o

5. “Creio que são prioritários, e que os mecanismos autocorretivos do mercado não são dignos de crédito” (*The Economist*, edição de 25.6.2016).

direito de votar na remuneração dos executivos. Seria este um sinal de novos tempos? A reconhecer o acerto da assertiva do professor Comparato de que efetivamente não se pode confiar nesta mão invisível?

2ª frase: “A nova realidade do direito empresarial é a da prevalência do lucro sobre a produção. Hoje, é impossível tratar de grupos societários sem falar de multinacionalidade”.

A aguçada percepção da evolução histórica é marcante na obra do professor Comparato, traço característico comum aos grandes autores. Afinal, como bem disse o magistral Juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Holmes (1991, p. 37): “The history of what the Law has been is necessary to the knowledge of what the law is”.⁶

Em sua obra seminal, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Comparato colocou a evolução do direito comercial em perspectiva, ao divisar as três fases, marcadas por distintos momentos da realidade das empresas: a da empresa individual, a da empresa societária e a dos grupos de empresas.

A migração para o mundo digital talvez agora nos apresente novas questões. As tecnologias chamadas disruptivas nos apresentam problemas novos. Veja-se o conflito entre o Uber e os motoristas de táxi. Entre o Airbnb e as Prefeituras de Nova York e Londres. Mas em todos esses conflitos, ainda que se apresentem com nova plumagem, subjaz o tema tratado com maestria pelo professor Comparato: o do poder da/na sociedade anônima.

A propósito, o termo “disruptivo” não deveria assombrar os comercialistas. Pelo contrário. Como mostram os grandes comercialistas historiadores, Goldschmidt,

6. “A história do que o Direito tem sido é necessária para o conhecimento do que o Direito atualmente é” (tradução livre).

Rehme, Braudel e, mesmo, Ascarelli, o direito comercial sempre trouxe consigo o gene da inovação.

Afinal, o que poderia ser mais inovador do que desafiar as próprias leis naturais, como a superação do brocardo latino *Nemo plus iuris transferret potest quam ipse habet* (“Ninguém pode transferir mais direitos do que possui”), para lançar as bases da teoria geral dos títulos de crédito?

3ª frase: “A função primordial do Direito é impor limites ao arbítrio”.

O caráter inovador do direito comercial manifesta-se na dissociação entre propriedade e controle. Trata-se do rompimento de um dogma clássico do direito privado: o de que o controle de uma coisa pertence ao seu dono. O tema da dissociação entre propriedade e controle, eixo central da magistral e mais influente obra de Comparato, não se cansa de apresentar novos problemas.

Na medida em que o centro do poder na companhia se desloca da figura do acionista para a dos administradores, é preciso lidar com essa nova realidade e a problemática que lhe é própria. Com esse novo poder dos administradores vem o arbítrio. E a necessidade de o Direito, atento à sua função primordial, impor-lhe limites. Como vaticinava o poeta Juvenal, citado por Comparato: *Sed quis custodiet et ipsos custodes?*.

Para nós, comercialistas, como controlar o controlador? Em especial a partir do momento em que, na modalidade de controle gerencial, se introduz uma perigosa coincidência entre administrador e controlador.

4ª frase: “O problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela”.

Lecionava o professor Comparato: “A grande novidade trazida pela sociedade acio-

nária foi a possibilidade de concentrar o poder econômico, desvinculando-o da propriedade dos capitais e da responsabilidade pessoal; de organizar tanto a macroempresa quanto a exploração unipessoal; de ensinar o exercício da atividade empresária pelo Estado, em concorrência com os particulares”.

Como nos ensinava já há 20 anos o professor Comparato, a nova realidade da dissociação entre controle e titularidade colocou na mesa situações absolutamente inusitadas, como a do controle externo: “O poder de controle é também o poder de fato, exercido *ab extra* sobre os administradores de uma pessoa jurídica privada, ou sobre os que detêm oficialmente o poder político”.

Comparato demonstrou que a Lei brasileira de Sociedades por Ações já antevia essa nova realidade a partir do disposto no parágrafo único do art. 249:

“Art. 249. A companhia aberta que tiver mais de 30% (trinta por cento) do valor do seu patrimônio líquido representado por investimentos em sociedades controladas deverá elaborar e divulgar, juntamente com suas demonstrações financeiras, demonstrações consolidadas nos termos do art. 250.

“Parágrafo único. A Comissão de Valores Mobiliários poderá expedir normas sobre as sociedades cujas demonstrações devam ser abrangidas na consolidação, e: a) *determinar a inclusão de sociedades que, embora não controladas, sejam financeira ou administrativamente dependentes da companhia*; b) autorizar, em casos especiais, a exclusão de uma ou mais sociedades controladas” (grifos nossos).

Também a Lei de Intervenção e Liquidação Extrajudicial contemplava a possibilidade de um controle externo:

“Art. 51. Com o objetivo de preservar os interesses da poupança popular e a integridade do acervo das entidades submetidas a intervenção ou a liquidação extrajudicial o Banco Central do Brasil poderá estabelecer idêntico regime para as pessoas jurídicas *que com elas tenham integração de atividade ou vínculo de interesse*, ficando os seus administradores sujeitos aos preceitos desta Lei.

“Parágrafo único. Verifica-se integração de atividade ou vínculo de interesse quando as pessoas jurídicas referidas neste artigo forem devedoras da sociedade sob intervenção ou submetida a liquidação extrajudicial, ou quando seus sócios ou acionistas participarem do capital desta [com] importância superior a 10% (dez por cento) ou seja[m] cônjuges, ou parentes até o segundo grau, consanguíneos ou afins, de seus diretores ou membros dos conselhos, consultivo, administrativo, fiscal ou semelhantes” (grifos nossos).

Notem, Srs., que estamos falando de leis da década de 1970! Mudam os tempos, mudam as formas, mas permanecem atuais as lições de Comparato.

Atualmente, no bojo da grave crise que assola as empresas brasileiras, inovou-se. Empresas em dificuldades estão hoje sob o controle de instituições financeiras credoras.

Recentemente chamou-me a atenção o caso de uma grande exportadora que, em apuros financeiros, se viu obrigada, sob pena de ter sua falência decretada, a fazer eleger administradores indicados pelos bancos. E mais, foi ainda obrigada a suportar os custos dos advogados indicados pelas instituições financeiras para representá-las. Estupefato, fui consultar com um amigo advogado experiente na lida de empresas em crise que me disse ser algo normal e corriqueiro.

Pois bem, a primeira providência implementada por esta junta jurídico-financeira designada pela banca privada foi a de determinar o fechamento de duas fábricas, com a demissão de centenas de pessoas. Afinal, era preciso rapidamente pagar os credores, a quem os administradores eleitos deviam vassalagem...

Estamos diante de uma nova modalidade de controle. Já não é mais apenas um controle externo. Eu diria que é um controle indecente, espúrio, o qual entra em cena acompanhado de circunstâncias inusitadas, que deveriam, inclusive, merecer atenção de parte da OAB, na medida em que colocam em xeque a autonomia e a independência do exercício da Advocacia.

Como disse, poderíamos falar mais, mas não há tempo. Convém encaminhar as conclusões.

Não por acaso, vê-se que Comparato debruçou-se com particular atenção sobre as grandes contribuições ofertadas pelo direito comercial ao direito privado, como referido por Ascarelli: o seguro (por meio de sua obra *O Seguro de Crédito*), os títulos de crédito e as sociedades anônimas (no indispensável *Poder de Controle*).

Mas, no caso do professor Comparato, até mesmo seu relativo silêncio tardio sobre a matéria comercial é revelador. E me faz lembrar aquela cena de *Cinema Paradiso* em que o projetorista Alfredo, interpretado pelo grande Philippe Noiret, calado, após o incêndio do cinema, questionado pelo menino Toto sobre o porquê de seu silêncio, assevera: “Há um momento na vida em que falar ou não falar já não faz nenhuma diferença”.

É compreensível que alguns, entre os quais me insiro, lamentem um certo abandono do direito comercial pelo professor Comparato em seus últimos escritos. Mas também é compreensível o seu silêncio.

Creio que não exagero ao dizer que Comparato disse tudo o que havia a ser dito, ao seu tempo, de relevante sobre o direito comercial. E talvez o seu silêncio tardio seja, em boa medida, expressão de um certo desalento pelo rumo das coisas.

Ele que dizia, em mais uma de suas frases anotada neste tão querido caderno: “Não existe capitalismo sem o poder do Estado”. O que diria diante dos descalabros revelados diuturnamente dando conta da promiscuidade existente entre o mundo empresarial, a esfera política e o patrimônio público? Neste longo inverno da *Republica...* as árvores da decência, da retidão e da integridade encontram-se totalmente desfolhadas.

Que miserável condição é essa em que nos resta celebrar a delação premiada!

Mas não basta falar da obra. É preciso falar da pessoa. Como qualificá-lo?

Se me fosse dado fazê-lo em três palavras, diria: Reto. Austero. Brillante. Reto, porque nunca se dobrou. Austero, pelo seu conhecido rigor. Brillante, porque com genialidade iluminou o direito comercial brasileiro com uma luz firme e forte.

Apesar de ter se interessado por outros temas e andado por outras paragens, deixando a nós, comercialistas, meio órfãos, creio que o professor Comparato registrou a explicação do porquê assim o fez. Nas palavras finais de seu tocante discurso, a que assisti aqui, no Salão Nobre, quando recebeu o título de Professor Emérito das Arcadas, Comparato se referia ao povo brasileiro como tendo caído nas mãos de assaltantes, que o maltrataram, deixando-o inconsciente à beira da estrada. Por ali passaram, no correr dos séculos, altas personalidades, inclusive professores de Direito. Eles viram o estado lastimável da vítima, mas não se detiveram para socorrê-la.

Pois Comparato se deteve.

Tal como no verso de Tobias Barreto, estampado no monumento das Arcadas, o professor Comparato deixou a folha do direito comercial dobrada, e foi em socorro do povo brasileiro.

É o meu sentimento.

Arrisco dizer que esta é a explicação pela qual sua obra no âmbito do direito comercial não é ainda mais vasta. Mas pergunto: que autoridade teríamos nós para esboçar a menor reclamação, diante da nobreza de seus propósitos?

É conhecida, e plena de autoridade, a frase de Albert Schweitzer, o notável médico alemão, agraciado com o Prêmio Nobel da Paz em 1952, que deixou o conforto da Alsácia para inaugurar um hospital no Gabão: “O exemplo não é a melhor forma de ensinar, é a única forma”.

Comparato ensina-nos pela sua obra. A obra é imortal. Mas que força tem o seu exemplo! E que privilégio tiveram os que privaram de seu convívio!

As palavras com as quais Comparato encerrou aquele discurso, ao receber o título de Professor Emérito, ressoam como um grave chamamento: “Minha ardente esperança é não deixar esta vida antes de ver a nossa juventude, em especial a valorosa mocidade das Arcadas, tal como o bom samaritano da parábola evangélica, vir em socorro do povo brasileiro. Que ela o ajude a pôr-se de pé, a

fim de que possa, juntamente com os demais povos irmãos, construir um mundo novo, fundado na Verdade, na Justiça e no Amor”.

Pela sua obra e pelo seu exemplo, não há dúvida de que o professor Comparato integra o panteão dos notáveis Mestres cujos olhares espreitam a mocidade das Arcadas.

Que essa mocidade não lhes falte!

Obrigado!