

Atualidades

A FUNÇÃO SOCIAL E O CONTROLE DO PODER DE CONTROLE NAS COMPANHIAS

FREDERICO AUGUSTO MONTE SIMIONATO

I — Introdução. II — Os limites éticos da administração na macroempresa. III — A institucionalização da atividade empresarial — Atividade funcional e orgânica — Interesse da empresa em si ("Unternehmen an sich"). IV — Os fins sociais dos meios de produção sob a forma de empresa. V — A socialização na administração das companhias. VI — Dissociação entre controle e propriedade — Personalidade jurídica como técnica organizacional — Bem comum e função da empresa.

I — Introdução

Na lição de Yves Djian, *controle* possui o significado de verificar, examinar, fiscalizar e de submeter à análise a administração colocada a efeito pelo controlador.¹ Carlos Pasteris, analisando o controle sobre os órgãos administrativos, considera que, em teoria, esses deveriam ser perfeitamente livres, nos limites fixados pelo estatuto, para agirem no melhor modo na consecução do objeto social. Se o grupo de controle coloca-se em posição de exercer influência direta sobre o órgão administrativo, tal influência será normalmente endereçada para fins extra-sociais em vantagem do grupo e em contrariedade com a minoria.²

O controle sobre o poder de controle é o último estágio do desenvolvimento capitalista com a separação entre propriedade e produção e diante do sistema produti-

vo empresarial a questão primordial não se restringe à proteção contra turbações externas, mas à fiscalização do seu exercício evitando o abuso. O "controle do controle", assevera Comparato, "é o desafio permanente que se apresenta nesta matéria".³ O controle é algo único, como uno é o poder e suas formas de direção, seja realizado sob comandos internos, externos ou gerenciais.

II — Os limites éticos da administração na macroempresa

As normas éticas não envolvem somente um juízo de valor a respeito dos comportamentos humanos, entretanto, resultam na escolha da diretriz considerada obrigatória para uma coletividade. *Essa posição axiológica resulta na imperatividade da forma escolhida, que não corresponde a um mero resultado de decisão arbitrária, mas é a expressão de um complexo processo de perspectivas valorativas no qual*

1. *Le Contrôle de la Direction des Sociétés Anonymes*, Paris, Techniques, 1975, p. 6.

2. *Il Controllo nelle Società Collegate e le Partecipazioni Reciproche*, Milão, Giuffrè, 1957, p. 77.

3. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 96.

*o poder decisório se encontra condicionado.*⁴

A norma jurídica, o poder ou qualquer outra força social deve ser dirigido para a igualdade social. Em verdade, indivíduo e todo se complementam. A decisão política deve ter em mira a defesa do organismo. Essa postura de propender para o coletivo torna as relações jurídicas mais seguras, sem retirar proteção ao indivíduo. A complementaridade dos sistemas alcança a moderna concepção da conjugação do liberal e do social, sem renunciar às conquistas transcendentais do indivíduo.

A construção de uma comunidade humana importa equacionar uma série de fatores sociais e econômicos que somente o momento histórico é capaz de tipificar e dar-lhe resposta. A realidade empresarial, por sua vez, e com a instalação do poder econômico que irrompe fronteiras, desperta uma nova condição para a própria conduta do controlador. O discurso que serve de apoio à teoria do liberalismo requer nova análise, talvez mesmo calcada em admitir que a concorrência seja algo distante do cenário comercial contemporâneo. Sob essa perspectiva a administração das sociedades deveria seguir as premissas éticas e os postulados do direito ao desenvolvimento como um direito intrínseco à humanidade.

Como e qual deveriam ser os mecanismos de controle sobre a conduta do controlador na atividade empresarial? Ao relacionar algumas práticas administrativas que são proibidas a legislação societária não levou em consideração a ética que deve presidir a conduta do administrador, com exceção dos deveres (arts. 153-157), constatando-se a falta de uma noção precisa da ética empresarial, a qual, em verdade, é desconhecida pelas próprias empresas que adotam uma política de desperdício e de exploração do consumidor.⁵

Com a economia de massa a ética foi relegada e considerada como limite externo ao sistema então proposto, que na época visava o acúmulo desenfreado de capitais. Esse acúmulo foi notado com bastante intensidade nos países que tiveram tardia industrialização, quando o mercado econômico e de consumo já estavam divididos em blocos, comandados pelos grandes conglomerados econômicos internacionais.

O Código de Conduta para a macroempresa, elaborado pela ONU, ficou como texto normativo de tipo a ser seguido pela legislação interna dos próprios países e certamente essa foi realmente a sua maior função, ou seja, persuadir o legislador nacional a regular decisivamente a atuação dessas empresas. A pressão que os grupos econômicos fazem sobre o poder estatal dificulta o desenvolvimento de política social sobre meio ambiente, a qualidade dos produtos, redução dos preços, distribuição de renda etc. O que pode ocorrer na realidade empresarial é uma administração social pouco preocupada com a situação macroeconômica do país, limitando-se aos reclamos sobre os níveis tributários, com a absoluta ausência de política industrial em âmbito nacional e sua inserção no comércio internacional. A ética da atuação empresarial foi inexoravelmente infirmada com as técnicas de produção mundiais. Fica fácil para uma grande transnacional diminuir a sua produção em determinado país e proceder a importação dos mesmos equipamentos de suas outras filiais localizadas em países com mão-de-obra farta, isenções fiscais etc. Elas têm o comando da política econômica do Estado, como é a grande empresa capitalista que determina os locais de desenvolvimento, de geração de empregos, redução da incidência tributária etc.

As empresas públicas tinham importante função de propulsão econômica das

4. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 33.

5. Waldirio Bulgarelli, *Manual das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Atlas, 1996, pp. 173-174;

M. W. Childs e D. Cater, *A Ética em uma Sociedade Mercantil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1957, 178 pp.

regiões não industrializadas e com pequeno desenvolvimento financeiro e social. Essa função foi desvirtuada pelos governos que viam na empresa pública uma forma de auferir ganhos políticos com o prejuízo da sociedade e das próprias empresas. Essa situação provocou a ruptura lógica do sistema, que não mais suportava a falta de liquidez. A privatização demonstrou com toda a força como a ética administrativa não se encontra entre os princípios do estado mínimo.

O controle do controlador, dentro da Lei n. 6.404/1976, permanece sem efetividade prática. A Lei coloca normas de controle sem que haja um órgão social que represente com mais ênfase os trabalhadores e a sociedade, o que poderia ser feito nos moldes do sistema jurídico das sociedades por ações como na Alemanha. *A implementação de um sistema eficaz de controle da gestão exigiria a reformulação jurídica das sociedades em função da importância que cada uma delas possui na coletividade, porque parece um tanto quanto irrealizável aplicar um mesmo sistema de controle da gestão sobre as grandes, médias e pequenas empresas.*⁶

A discussão, nesse caso, ocorre sobre a forma de representatividade. Toda sociedade precisa possuir uma sistemática de controle. Esse controle varia conforme a qualidade da sociedade, ou seja, o tipo societário, mas o princípio é o mesmo, alterando-se somente a composição dos representantes e sua atuação. Esse é um princípio secular que nenhuma legislação conseguiria alterar. Há casos ainda em que podem ser encontradas sociedades desse tipo, inclusive de grandes proporções. Em parecer sobre tal assunto, o Prof. Fábio Konder Comparato analisa a participação dos sócios dentro de uma sociedade em nome coletivo. *Se os sócios em nome coletivo se unem para comerciar em comum, isso significa que todos participam, neces-*

*sariamente, da administração, mesmo que exista diversidade nessa participação.*⁷

O controle sobre a conduta do controlador se intensifica nas *holdings*, que precisamente também estão vinculadas às noções sociais do comando empresarial, obedecendo ao capítulo do abuso de poder e do desvio de finalidade. Com efeito, o art. 117 da Lei n. 6.404/1976 determina a responsabilidade do controlador quando promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o objetivo de auferir, para si ou para outrem, vantagem em prejuízo dos acionistas, dos trabalhadores e dos investidores. Essa hipótese pode ocorrer nos grupos de sociedade, quando das reorganizações societárias.

A existência e o funcionamento dos grupos de sociedade estão fundamentados antes de tudo sobre a noção de controle. A distinção entre a administração do patrimônio social e a direção técnica da empresa coloca em prática uma função importante na constituição e na organização dos grupos de sociedade. A *holding* estabelece o esquema de divisão de poderes que deve ser seguido nas sociedades filiadas. Nesse sistema os administradores subordinados têm conhecimento do poderio dos comandantes e seguem as ordens que lhe são transmitidas com presteza, mantendo-se os vínculos de subordinação e de poder.⁸

Tal perspectiva de distribuição de poder é profundamente bem desenvolvida, o que permite o controle dos órgãos sociais das filiadas, os quais devem observar as decisões da direção do grupo. Com isso, facilita-se, sobremaneira, que a administração seja feita no interesse do grupo (*holding*), principalmente na distribuição dos recursos, investimentos, acordos com empresas concorrentes e outras formas de aproveitamento da sua posição dominante e de controle.

7. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 161.

8. Claude Champaud, *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, Paris, Sirey, 1962, p. 102.

6. R. Contin, *Le Contrôle de la Gestion*, cit., pp. 499-500.

O controle do controlador também tem lugar nos casos dos grupos de fato e de direito, o que se torna evidente diante das posturas sociais que a administração das sociedades tem demonstrado. A Lei n. 6.404/1976 trata dos Grupos de Sociedades principalmente sobre a noção de "Convenção de Grupo". As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a *coordenação ou subordinação* dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas pela convenção do grupo, *mas cada sociedade conservará personalidade jurídica e patrimônios distintos* (art. 266). O art. 273 deixa claro o nível de hierarquia do grupo. Assim, aos administradores das sociedades filiadas, sem prejuízo de suas atribuições, poderes e responsabilidades, compete observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos administradores do grupo, que não sejam contrários à Lei e ao estatuto.

O art. 245 estabelece que os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades observem condições comutativas (igualdade), ou com pagamento compensatório adequado, respondendo por atos praticados em contrário.

O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o componham, a qual deve conter: *a designação do grupo; indicação da sociedade de comando e das filiadas; as condições de participação das diversas sociedades; prazo de duração e as condições de extinção; condições para a participação de novas sociedades e para a retirada das anteriores; os órgãos e cargos da administração dos grupos, suas atribuições e as relações entre a estrutura administrativa do grupo e das sociedades integrantes; a declaração de nacionalidade do controle do grupo; as condições para as alterações da convenção* (art. 269).

Quanto ao grupo de sociedades, que na verdade é uma sociedade de sociedades,

deveria ser aumentada a responsabilização dos controladores, o que alteraria a noção de personalidade jurídica, que passaria a ser vista como uma técnica empresarial, e não somente com a limitação patrimonial. É estranho que o comando do grupo pode ser único, mas a responsabilização muitas vezes fica segmentada entre as sociedades participantes.

III — A institucionalização da atividade empresarial — Atividade funcional e orgânica — Interesse da empresa em si ("Unternehmen an sich")

É através da perspectiva institucional da empresa que se outorga melhor tratamento ao controle sobre o controlador, ou seja, a postura institucionalista é aquela que atende aos requisitos de uma nova atuação empresarial. A consequência mais clara do *Fuhrerprinzip* na empresa é que o controlador se comporta como um legislador. A afirmação do caráter funcional desse poder legislativo não é uma coisa irreal. Controles e sanções estão previstos no caso dessa função ser desviada do seu fim maior, como no caso de seguir interesses egoísticos.⁹

O conceito institucional da empresa é uma forma de tipificar os fenômenos sociais, tanto que podem ser consideradas instituições básicas da sociedade o Estado, a igreja, a família e, conforme alguns autores, a empresa. De imediato surge no intérprete o questionamento em considerar a empresa como uma instituição e a possibilidade de incluí-la entre as instituições clássicas.¹⁰

9. Michel Despax, *L'Entreprise et le Droit*, Paris, LGDJ, 1957, pp. 224-225.

10. "A teoria filosófica da ciência, nos dias de hoje, documenta o discurso, enquanto ação teórica, com deveres retóricos. Em síntese: quem fala tem de poder justificar sua fala. Só o preenchimento dos deveres discursivos, especialmente a observação dos deveres de defesa e de esclarecimento, garante suficientemente afirmações confiáveis, nas quais existe indubitavelmente um interesse geral" (Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, Brasília, MJ, 1979, p. 107).

Ao analisarmos o fator político e econômico de uma sociedade chegamos ao entendimento que a constituição das “formas” exteriores de dominação econômica são passageiras, mas a dominação econômica em si é também perpétua (ao lado do Estado, da igreja, da família etc.). Como a empresa representa a exterioridade de um sistema econômico, ela pode ser inserida dentro da característica da perpetuidade institucional absoluta; porém, ela torna-se relativa quando analisamos as suas formas.

Dentre as teorias que explicam atualmente a formação e a atividade da sociedade por ações, sem dúvida, *a mais aceita pela doutrina e jurisprudência é a da instituição*.¹¹ Conforme Santoro-Passarelli, o conceito fundamental de empresa deve ser o de “um organismo autônomo que não é ligado, na sua atividade e nas suas atribuições, à existência da pessoa do seu proprietário”.¹²

Francesco Galgano considera que a intervenção e a institucionalização representam formas de preservação do capitalismo.¹³ Esta observação é correta, tanto que a institucionalização ocasiona a consolida-

ção de um sistema econômico que tende à perpetuidade. Por isso do postulado da preservação da empresa como algo absoluto.

A tendência que fundamentou várias reformas foi a da intervenção estatal com a completa regulamentação da configuração social e com restrição sobre a liberdade estatutária, situação bem diversa da ocorrida quando da codificação no século XIX. Essa tendência é a consagração da teoria da instituição, relegando a uma função secundária a Assembléia Geral, como se percebe tanto na Alemanha e nos Estados Unidos da América.¹⁴

O sistema societário deve permitir um equilíbrio de poderes, sem esquecer da importância dos vários tipos de acionistas: rendeiros, especuladores e empresários. Principalmente sobre o acionista rendeiro não se pode esquecer que é ele que traz liquidez ao mercado acionário e permitem o desenvolvimento e financiamento empresarial. Há, no sistema francês, tendência de centralizar o debate do controle dos órgãos administrativos sobre a proteção da minoria. É bem verdade que a legislação societária francesa é uma das mais desenvolvidas nesse aspecto, e o *conseil de surveillance* representa uma das perspectivas mais interessantes, principalmente pela sua composição.

O controle desse órgão sobre a administração não se resume nas questões financeiras, mas se estende aos aspectos técnicos e comerciais da gestão da diretoria. É, portanto, o bom funcionamento da empresa que o *conseil* verifica. Ele pode fixar os objetivos a serem seguidos pela empresa, principalmente no que diz respeito às estratégias industriais ou comerciais, porém, não deve descer aos detalhes dessa execução, que fica a cargo da diretoria.¹⁵ Na França, em 1986, deferiu-se às sociedades por ações a faculdade de introduzir em seus estatutos dispositivos permitindo que os tra-

11. Fran Martins, *Novos Estudos de Direito Societário*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 28.

12. Francesco Santoro-Passarelli, “L’impresa nel sistema del diritto civile”, *Rivista del Diritto Commerciale*, XL, 1942, pp. 392-393. Portanto, “la nozione di istituzione è stata elaborata dalla scienza del diritto pubblico, in Italia specialmente da Romano, e precedentemente in Germania da Gierke, in Francia da Hauriou. Istituzione è ogni organizzazione di persone — volontaria o coatta — fondata su un rapporto di gerarchia e di cooperazione tra i suoi membri in funzioni di uno scopo comune (...). Il conferimento della personalità giuridica a un’organizzazione di persone ha essenzialmente lo scopo di riferire a un soggetto diverso dai singoli i rapporti giuridici *esterni* dell’organizzazione. Il riconoscimento di un’organizzazione di persone come istituzione implica solo il riconoscimento di un determinato modo di essere dei rapporti *interni* tra i componenti dell’organizzazione in relazione a un fine comune” (Alberto Asquini, “Profili dell’impresa”, *Rivista del Diritto Commerciale*, XLI, Parte II, 1943, pp. 17-18).

13. *Tratato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, Pádua, Cedam, 1984, v. 7, p. 62-63.

14. Waldirio Bulgarelli, *Manual...*, cit., p. 26.

15. Yves Guyon, *Droit des Affaires*, t. I, Paris, Economica, 1990, p. 360.

balhadores participem do *conseil de surveillance* com voz deliberativa.¹⁶

A forma acionária não se restringe a simples contrato, no sentido liberal, mas é verdadeira instituição que supera os seus fundadores ou acionistas, tornando o contrato apenas instrumento de organização que deve observar posturas outras do individualismo e dos interesses egoísticos.

Outro fator decisivo para a institucionalização da sociedade por ações é o conceito de personalidade jurídica como técnica organizacional. Comentando a noção institucional de Maurice Hauriou, o Prof. Miguel Reale assevera que “a justiça e a ordem social são duas coordenadas, segundo as quais o Direito estabelece as regras dos relacionamentos políticos e econômicos”.¹⁷ *O aspecto institucional possui o sentido de algo a realizar ou de um valor a atingir, os quais conseguiram se concretizar e continuar existindo num meio social.*¹⁸ Há, portanto, relação entre o matiz institucional e a perpetuidade do organismo social.

Otto von Gierke afirma que “as organizações são pessoas coletivas reais, autônomas entes coletivos com unidade própria, como um todo orgânico, que se compõem mediante a reunião de pessoas individuais, mas sem se identificar com a soma das suas partes”.¹⁹ O que se coloca é verificar se as forças de poder foram equilibradas e se o exercício do poder de controle (soberania ou tecnocracia) está atendendo aos princípios da função social da propriedade. *A legislação das S/A na Alemanha em 1965,*

*que serviu de modelo para a francesa, segue a tendência da institucionalização, tendência essa que teve sua origem nas primeiras décadas deste século. No direito das sociedades por ações admitiu-se que os administradores constituem um organismo da sociedade com poderes próprios que lhes são atribuídos diretamente pela lei e não pelos acionistas.*²⁰

A Assembléia Geral, convocada e instalada de acordo com a Lei e o estatuto, possui poderes necessários para decidir todos os negócios referentes ao objeto da companhia e tomar as decisões que julgar convenientes para sua defesa e desenvolvimento. Isso é o que determina o art. 121 da Lei n. 6.404/1976. Quando o legislador fala em Assembléia Geral deve-se entender controlador, quem realmente determina a expressão vontade social.

Ninguém contesta que a Assembléia das grandes companhias tenha se transformado num sofisticado exercício formal, com a retórica capitalista que se assemelha ao despotismo esclarecido.²¹ O dilema está em como realizar o controle da administração. A Lei n. 6.404/1976 inclinou-se decisivamente para a defesa das prerrogativas do controlador. Os limites à sua administração são de restrita dimensão e permitem ampla liberdade. Para Modesto Carvalhosa, a Lei n. 6.404/1976 adotou o institucionalismo germânico da empresa em si (*Unternehmen an sich*), segundo o qual os controladores e administradores deveriam administrar a companhia para o bem da empresa e dos seus empregados.²²

A função da empresa seria certamente o desenvolvimento da sociedade em que ela atua, promovendo o crescimento econômico, empregando pessoas, pagando os tributos. Ela não é nada mais que um centro de

16. Georges Ripert e René Roblot, *Traité de Droit Commercial*, t. I, Paris, LGDJ, 1989, p. 964.

17. Miguel Reale, *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Ed. RT, 1972, p. 222.

18. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 151.

19. “Perciò, non soltanto la vita esterna delle persone collettive è oggetto dell’ordinamento giuridico, ma anche la vita interna, che allo stesso tempo è vita esterna delle persone collegate” (Otto von Gierke, “Sulla storia del principio di maggioranza”, *Rivista delle Società*, VI, 1961, p. 1.118).

20. Fábio Konder Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, São Paulo, Ed. RT, 1970, p. 47.

21. Fábio Konder Comparato, *Aspectos...*, cit., p. 21.

22. *Comentários à Lei das S/A*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. XLVIII.

interesses convergentes que comanda a economia moderna e seria ilógico que esse centro fosse criado para desrespeitar os ditames da função social.

Na Alemanha a fiscalização sobre o controlador é muito mais eficaz, tanto que podem ser encontrados órgãos específicos para tal fim. A evolução das sociedades por ações conduziu à realização de um controle que não é mais exclusivamente organizado para e pelo acionista. Foi reconhecido esse mesmo poder de fiscalização às outras categorias de interessados na empresa.²³ O contínuo crescimento dessa esfera de poder já determinou o que deve ser feito para imprimir o caráter institucional às companhias.

Nada mais óbvio que a empresa passasse a conjugar uma série de situações econômicas que representam a realização do desenvolvimento qualitativo das suas funções em sociedade e limitação da noção contratual das sociedades. Diante de tal situação, a evolução jurídica contemporânea tende a romper com a clássica diferenciação entre público e privado. *Quer no âmbito dos particulares ou do Estado vai se afirmando a esfera social dos bens ou valores coletivos, insuscetíveis de apropriação. Nesse caso, ninguém pode pleitear privilégios ou poderes adquiridos. Todos são obrigados a satisfazer as necessidades e os interesses comuns da população na iniciativa empreendedora.*²⁴

Com efeito, a grande empresa não é uma organização de interesse privado, mas, sobretudo, é um fator da economia nacional que deve estar a serviço do interesse público.²⁵ O problema da empresa em si é colocado não somente para a sociedade comercial, como para a atividade comercial individual. Partindo da noção funcional da

empresa como comunidade de trabalho e produção, há especialmente a disciplina dos trabalhadores e do controle sobre o exercício da empresa. Isso evidencia o assim chamado perfil institucional da empresa.²⁶

No âmbito social, quanto mais a empresa cresce mais ela afirma sua função pública, transcendendo o limite dos sócios e alcançando outros setores.²⁷ A mencionada transcendência é fruto da própria realidade. A empresa não se constrói somente pela atuação e conversão de fundos dos detentores do capital, mas pela presença dos empregados e demais acionistas que não participam da gestão. Eles também uniram esforços para que a empresa alcançasse estágio de desenvolvimento superior. A mais-valia dos salários, os consumidores e os recursos financeiros dos acionistas e debenturistas sempre merecem proteção.

O controle da administração é o corolário da análise da empresa como instituição social, correlacionada aos reflexos que a atividade empresarial produz e nos limites dessa exteriorização. Andre Tunc considera as sociedades por ações como uma instituição essencial para a atual sociedade capitalista, afirmando que devem existir novos meios de efetivar o controle sobre elas.²⁸

A atividade empresarial exercida, principalmente através da forma acionária, constitui verdadeira técnica de organização sob a estrutura do contrato plurilateral. Esta atividade envolve inúmeros interesses, inclusive o da própria empresa. Continua afirmando que a proteção ao interesse próprio da empresa não excluiria os demais, porém, esses, quaisquer que sejam, estão subordinados àquele interesse maior. A proteção de todos os interesses que envolvem a em-

23. R. Contin, *Le Contrôle de la Gestion*, cit., p. 497.

24. Fábio Konder Comparato, "A reforma da empresa", *RDM* 50/60, nova série, abr.-jun. 1983.

25. Walther Rathenau, "La realtà della società per azioni", *Rivista delle Società*, V, fasc. 4-5, jul.-out. 1960, p. 935.

26. Alberto Asquini, "I battelli del Reno", *Rivista delle Società*, IV, fasc. 4-5, jul.-out. 1959, p. 618.

27. R. Contin, *Le Contrôle de la Gestion*, cit., p. 501.

28. *Le Droit Anglais de Sociétés Anonymes*, Paris, Dalloz, 1971, p. 1.

presa seria assegurada com a proteção ao interesse da empresa em si.²⁹

O Prof. Fábio Konder Comparato entende que "o reconhecimento de que o controle empresarial não é uma propriedade, implica uma revolução copernicana no estatuto da empresa, com a alteração do ponto de vista sobre os fins da empresa".³⁰ Essa reformulação, no tocante à empresa, conduziria à perspectiva institucional e à defesa da empresa como ente social sem desprezar a vontade individual, mas através da sua complementação com o todo, que é o fator realmente decisivo para a perpetuação coletiva. A empresa continuaria a ser administrada pelos atuais órgãos sociais, entretanto, eles não devem ser a reprodução da vontade ou mesmo interesses de certa classe de acionistas; a empresa está acima deles. Na gestão econômica da empresa, o controlador deve deixar em plano secundário seu interesse pessoal, consentindo em certos sacrifícios no interesse do bom funcionamento da empresa.³¹

O controle incidiria diretamente sobre os órgãos e atingiria, conseqüentemente, o controlador que não poderia impor política administrativa contrária à empresa ou aos demais setores envolvidos. *O acionista controlador deve utilizar o seu poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto social e cumprir sua função social, tendo deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, os que nela trabalham e para a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender* (art. 116).

Por outro lado, a Lei consagra uma série de prerrogativas ao controlador como senhor único das deliberações sociais. O Conselho de Administração e a Assembléia Geral representam, na verdade, um instrumento para a defesa da vontade do contro-

lador numa sistematização normativa em que o art. 116, parágrafo único permanece esquecido, apesar de revolucionário. O tratamento institucional da sociedade por ações não se limitaria à retórica legislativa, mas através da criação de um órgão específico que controlaria a gestão. A posição desse órgão seria de complementaridade com os atuais, precisamente com Conselho Fiscal.³²

O órgão máximo de fiscalização seria composto de representantes do controlador, dos acionistas, dos trabalhadores e da sociedade civil nos moldes do *conseil de surveillance* francês. Ele não interferiria diretamente na gestão. Sua função seria fiscalizar *a posteriori* os administradores, o que não se contrapõe decisivamente sobre o próprio controle administrativo. O controle desse órgão repercutiria mediatamente sobre a administração, impondo-lhe limites e estabelecendo responsabilização. Seria um órgão que defenderia o interesse da empresa. O Conselho promoveria reuniões deliberativas quando todos os setores teriam a oportunidade de expressar sua opinião sobre os caminhos administrativos, cabendo aos dissidentes fazer consignar sua divergência. Verificada a ocorrência de abuso de poder ou desvio de finalidade, esse órgão, ou cada um dos seus integrantes, deveria proceder às medidas societárias para responsabilizar todo aquele que agisse de maneira contrária ao interesse social.³³

32. "Le rôle principal de l'*Aufsichtsrat* n'est pas de vérifier les comptes, mais de surveiller la gestion sociale. Le rapport qui lui est remis par les contrôleurs du règlement et les contrôles comptables qu'il peut lui-même effectuer accessoirement en se faisant assister au besoin par des experts ne sont que des moyens auxiliaires lui permettant d'exercer sa mission fondamentale, le contrôle de la gestion de la direction" (Yves Djian, *Le Contrôle de la Direction des Sociétés Anonymes dans le Pays du Marché Commun*, Paris, Sirey, 1965, p. 84).

33. "Constatons simplement que, dans le système français, les rapports organiques à l'intérieur de la société anonyme sont aménagés selon des règles et des principes sur lesquels est sans prise la volonté des associés. L'idée de *structure* rend compte assez fidèlement du phénomène. Elle possède également

29. *Le Contrôle de la Gestion*, cit., pp. 495-496.

30. "A reforma da empresa", *RDM* 50/70.

31. Michel Despax, *L'Entreprise et le Droit*, cit., p. 196.

É da própria característica funcional do controle que surge a noção institucional. No controle gerencial característico da macroempresa a tecnocracia assume o poder. Vale aqui o comentário de Ripert quando dizia que os proprietários no sistema atual se tornaram credores. Berle e Means³⁴ já afirmavam que, na verdade, o acionista tem, no dividendo, um emprego (renda), um seguro ou um crédito a receber.

No controle gerencial a diretoria comanda a empresa e essa tecnocracia altamente treinada possibilita a realização de grandes negócios para a empresa, tornando-a rentável e deixando os acionistas tranqüilos e completamente alheios à política social. Por isso do controle sobre a administração dessas companhias quando manipulam o mercado, ou impõem política contrária à empresa do próprio grupo, como o fechamento de companhia próspera. Está cada vez mais corriqueira a aquisição de empresas brasileiras por conglomerados internacionais, com o encerramento ou reorganização das atividades produtivas. Na esfera societária o controle seria realizado diretamente sobre a diretoria. Todo ato administrativo deveria ter que ser justificado *posteriormente*, mostrando as suas consequências econômicas e sociais para a companhia e coletividade.

IV — Os fins sociais dos meios de produção sob a forma de empresa

Toda atividade humana possui um sentido finalístico. A atividade empresarial não é diferente, tanto que a Constituição Fede-

ral determina a sua obrigação em observar a função social. É bem verdade que a norma Constitucional foi pouco precisa nesse aspecto, preocupando-se mais decisivamente com a empresa pública. Tal situação causa espécie, principalmente pelo atual processo de privatização, que tantos prejuízos trouxe, colocado a efeito num estado liberal.

Claude Champaud afirma que o principal está em saber se pode ser colocado em causa o mito da democracia acionária e se o poder econômico pode ser objeto de pesquisas e de decisões objetivas. A sociedade possui dupla finalidade que deve ser observada, a qual não se cinge apenas aos acionistas.³⁵ A empresa não deve ser analisada como propriedade absoluta do empresário, mas sim como a comunidade de trabalhadores, capital e coletividade.³⁶

O art. 5º, XXIII, da Constituição, determina que a propriedade atenderá sua função social. Entre os princípios da atividade econômica estão a soberania, propriedade privada e função social da propriedade (art. 170).

Fábio Konder Comparato afirmava, antes mesmo da atual Constituição de 1988, que “é preciso estabelecer distinções e precisões fundamentais para lograr algum avanço na regulação constitucional da propriedade. Quando se trata de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade torna-se um poder-dever do controlador em dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos”.³⁷

A função social também deve ser analisada em razão da propriedade particular. Mesmo que se possa referir à função social

35. Cf. R. Contin, *Le Contrôle de la Gestion*, cit., p. 494.

36. Rubens Requião, “A função social da empresa no Estado de Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná* 19/270, 1978-1980.

37. “Função social da propriedade dos bens de produção”, *RDM* 63/71-74, jul.-set. 1986.

le mérite de souligner qu'un tel aménagement jouit d'une dynamique propre, d'exigences de fonctionnement inhérentes à son existence autant qu'à son objet. L'observation révèle ainsi un intérêt social institutionnel, tendant, toute autre préoccupation exclue, au fonctionnement satisfaisant des organes” (J. Schapiro, “L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme”, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1971, p. 961).

34. *Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*, São Paulo, Nova Cultural, 1987, 335 pp.

das empresas estatais essa noção também atribui vínculo específico à atividade empresarial particular.³⁸ *No estado liberal a ordem jurídica é vaga ou alheia aos fins determináveis. O Direito limita-se a fixar regras mínimas, sem conceder privilégios a qualquer dos envolvidos, considerando-os iguais. A grande transformação se realizou quando foram tidos como legítimas a organização estatal e a construção da ordem jurídica em função dos objetivos sociais.*³⁹

Ao reconhecer a função social da propriedade, “a Constituição não negou a propriedade exclusiva do dono sobre a coisa, mas exige que a sua utilização atenda à coletividade”.⁴⁰ Como todo poder é fruto de uma situação social, a Constituição consagra a propriedade como algo que não é absoluto. *A noção de função social é o dever de dar ao objeto da propriedade destinação própria ou de ajustá-lo a certo fim. Quando se está diante de um interesse coletivo, essa função social corresponde ao poder-dever do proprietário, controlado pela ordem jurídica.*⁴¹

O planejamento qualifica a intervenção do Estado sobre e no fator econômico na medida em que essa, quando necessária para o seu prévio exercício, resulte mais racional.⁴² Fábio Konder Comparato, no seu magistério brilhante, já afirmava que *os deveres sociais dos controladores das empresas, estabelecido em tese por algumas normas, somente poderão ser desempenhados com clareza e cobrados com efetividade quando os objetivos sociais a serem atingidos forem impostos no quadro de uma pla-*

*nificação vinculante para o Estado e diretiva da atividade econômica particular.*⁴³

V — A socialização na administração das companhias

O art. 7º da Constituição de 1988 estabelece uma série de garantias para o trabalhador. O art. 7º, XI, determina que *é direito do trabalhador participar nos lucros ou resultados, desvinculados da remuneração e, excepcionalmente, a participação na gestão da empresa.*

A Constituição não reflete a realidade empresarial brasileira ao estabelecer o número mínimo de duzentos empregados. A função do representante também é bastante limitada, tanto que o texto Constitucional expressamente determina competir-lhe a promoção de *entendimento* com os controladores. O trabalhador não terá meios de realizar a fiscalização, ou tampouco exercer o controle. Apenas dispensa-lhe uma atuação formal, despida de resultados eficazes. O trabalhador continua alheio à administração, e o termo “entendimento” é profundamente prolixo, e deixa claro que a representação somente terá lugar nos momentos de crise.

Outro aspecto que merece análise é a forma de atuação empresarial. Com a produção em massa a empresa atingiu um patamar de responsabilidade sobre os caminhos da coletividade muito semelhante ao estatal. Não podem existir diferenças fundamentais sobre a finalidade social do setor privado e estatal. Todos são responsáveis pela promoção de uma sociedade na qual os bens de produção atendam objetivamente aos reclamos sociais. A socialização não deve ser confundida com os processos de estatização do setor produtivo e o favorecimento da acumulação de riqueza pela elite econômica que, posteriormente, recebe o patrimônio estatal na privatização.

38. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 249.

39. Fábio Konder Comparato, “A reforma da empresa”, cit., p. 59.

40. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 353.

41. Fábio Konder Comparato, “Função social da propriedade...”, cit., p. 75.

42. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica...*, cit., p. 159.

43. “Função social da propriedade...”, cit., p. 79.

Deve-se enfatizar a diferença circunstancial na qual embora o capitalismo reclame a estatização assim o faz em virtude na sua própria renovação. *A estatização não configura a realização da socialização e, pelo contrário, o exercício do Estado na função de acumulação de capitais promove a renovação do capitalismo.*⁴⁴

Com a importância da atividade empresarial e do interesse da empresa, a disciplina constitucional deveria ser realizada por norma enfática, traçando o relacionamento empresarial com os diversos setores. Reflexo dessa sistematização estaria no surgimento de legislação que estabelecesse os níveis de relacionamento entre as empresas e o Estado, com repercussão nas questões tributárias — alterando a competência legislativa federal. O sistema jurídico postula essa regulamentação e cabe à legislação constitucional disciplinar o *controle do poder de controle dos bens de produção* como a nova noção de propriedade.⁴⁵

O controle é algo que não pode ser apropriado. Ele deveria pertencer à empresa. O sobrevalor da ação de controle deveria permanecer com a empresa e, no caso de venda, os acionistas controladores receberiam apenas a variação da cotação das suas ações como qualquer outro acionista. Seria ilógico que os acionistas controladores, mediante ocupação, se apropriassem de um valor que de antemão já não lhes pertencia. Essa característica do valor pertencer à empresa promoveria a realização de uma administração empresarial mais equânime com a realidade.

Rubens Requião compara o controle com o aviamento para justificar o fundamento da apropriação do controle por ocupação. Assim, observando a tradição, e em analogia com outros bens da mesma categoria imaterial, afirma que o controle acionário é um bem apropriável, *segundo os*

*cânones do direito natural.*⁴⁶ Por mais que essa solução tenha vencido na prática societária, ela é claramente contrária ao interesse da empresa. Ela mantém o cânone da propriedade como algo absoluto. A defesa do seu fundamento natural fomenta a desequilíbrio societário. É bom notar que a empresa não alcança elevado nível de crescimento apenas pela atuação dos sócios. Privar-se, conforme a doutrina dominante, a distribuição eqüitativa de um valor que pertence à empresa, prejudicando os trabalhadores e os acionistas minoritários e debenturistas. Essa situação poderia ocorrer no caso de alienação do controle de instituição financeira em dificuldades econômicas nas quais a carta patente possui um valor elevado. Se o mercado é deixado livre dentro da sua legalidade intrínseca, ele leva em consideração somente o objeto e esquece-se da pessoa.⁴⁷ É preciso insistir pela reformulação da administração societária e a sua socialização seria o corolário desse sistema.

VI — Dissociação entre controle e propriedade — Personalidade jurídica como técnica organizacional — Bem comum e função da empresa

Caracterizando a resultante clássica entre limitação ética, institucionalização, fins sociais e a socialização, a dissociação controle-propriedade ultrapassa os limites da sociedade e do próprio controlador. O administrador exerce sua atividade no interesse da companhia, observando um poder próprio. Seus poderes de deliberação, de gestão e representação são exercidos na proteção da função social da empresa.⁴⁸ A mudança de perspectiva é completa. A empresa como fonte produtiva assume a função primordial na realização e na consecução

46. Rubens Requião, "O controle e a proteção dos acionistas", *RDM* 15-16/31, XIII, 1974.

47. Max Weber, *Economia e Sociedade*, v. 1, Brasília, Ed. UnB, 1994, p. 420.

48. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei...*, cit., v. 3, pp. 23-24.

44. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica...*, cit., p. 340.

45. Idem, *A Ordem Econômica...*, pp. 340-341.

ção não apenas do seu objeto social ou da vontade dos acionistas.

Esse é o fenômeno fundamental que predomina sobre a consideração da personalidade jurídica como entidade distinta dos seus componentes.⁴⁹ Quando a atividade empresarial assumiu o comando das relações coletivas imediatamente ela recebe em contrapartida a responsabilidade pelo desenvolvimento do próprio organismo que ela coordena. Do contrário, seria um processo econômico calcado na diluição de responsabilização.

A dissociação entre empresa e empresário é uma das conseqüências da personalidade jurídica como técnica organizacional. Com a crescente separação das funções administrativas, cada setor da empresa representa uma parcela do poder, possuindo comandos normativos específicos. Quando os órgãos da empresa se movimentam, não é o seu controlador que ordena, mas eles atuam conforme as necessidades e obrigações decorrentes. Por mais que o controlador queira ser o senhor único do comando dentro da empresa, fica em aberto certa discricionariedade aos órgãos sociais, quanto mais nas grandes sociedades.

Cabe ao controlador estabelecer as liberações gerais para as companhias. O poder muitas vezes está nos diretores, que sabem das condições de mercado, e não se limitam a assessorar as decisões do controlador. Eles, na verdade, dizem o que deve ser feito. Essa situação não foi determinada pelo art. 116, b, da Lei n. 6.404/1976. O texto normativo determina que é controlador aquele que *possui direitos de sócio e utiliza efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.*

A prática empresarial do controle externo e gerencial mostrou-se contra o texto normativo. Na verdade, é comum que os diretores escolham os caminhos sociais a

serem seguidos pela empresa, restando ao controlador apenas sua homologação em Assembléia. A busca por mercados, como exportação e importação, compra de equipamentos de alta tecnologia e investimentos nas Bolsas de Valores, se resolve por tecnocratas que se arvoraram sobre o comando empresarial. Isso não é ficção. Situações corriqueiras acontecem e comprovam a existência de um poder concorrente ao do controlador, o qual acaba ficando sem o comando da administração.

O comandante da empresa não pode fazer face à multiplicidade das suas obrigações. Ele deve se proteger de colaboradores, aos quais confiará seu poder. *Sob esse ponto de vista, a distinção das funções da administração e direção técnica podem ser consideradas como a resultante da organização da grande empresa.*⁵⁰

As organizações empresariais cada vez mais tendem ao aumento da especificidade das atribuições da diretoria. O fato importante que surge dessa situação está em questionar como surge uma vontade social única dentro dos conglomerados, diante da diversidade de setores administrativos. O esquema de poder dentro das companhias retoma o feudalismo. É a hierarquia rígida que determina a sorte da empresa. O poder dentro de cada diretoria é limitado por um chefe que sabe qual a solução que mais agrada à empresa. Cada setor deve agir da maneira que seja mais proveitosa para a empresa. O risco e a distribuição dos recursos dentro dos órgãos determinarão a forma de atuação, como para os sistemas de publicidade.

O art. 154 é enfático. O administrador deve exercer suas atribuições para realizar os fins e interesses da companhia, satisfazer o bem público e a sua função social. A intenção da Lei n. 6.404/1976 ficou bem determinada, quando no art. 156 estabelece que as normas referentes aos deveres e responsabilidades serão aplicadas aos membros de quaisquer órgãos, criados pelo es-

49. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle*, cit., p. 285.

50. Claude Champaud, *Le Pouvoir de Concentration...*, cit., p. 89.

tatuto, com *funções técnicas ou destinadas a aconselhar os administradores*.

O legislador deixou bem claro que todo aquele que participa dos comandos administrativos deverá observar as regras éticas de conduta. A Assembléia Geral seria o lugar para que todos os segmentos sociais se reunissem e apresentassem suas razões. As decisões da diretoria e dos órgãos técnicos ganharam destaque e "autonomia". Eles comandam a sociedade controlando seus negócios. O poder de controle não está somente na posse de direito de sócio. Está também no controle gerencial.

A dissociação empresa e empresário, consagrando a teoria institucional, revela essa situação típica do elevado nível de desenvolvimento capitalista e financeiro, repercutindo no moderno direito falimentar com a dissociação entre a sorte do empresário e da empresa. O sócio controlador pode ser destituído, mantendo-se a atividade da empresa. Fala-se, modernamente, em administrador judicial e plano de reorganização. Todos enfatizam o aspecto técnico da administração, com a sua revisão dentro do processo concursal.

A Constituição Federal determina que a propriedade atenderá sua função social. No art. 170, está previsto que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na *livre iniciativa*, tem por objetivo assegurar existência digna, conforme os ditames da justiça social. Entre os seus princípios estão: a soberania, propriedade privada, função social da propriedade e livre concorrência.

Conforme a doutrina, a Lei n. 6.404/1976 seguiu a teoria institucional da empresa em razão dos limites dualistas existentes entre a minoria e as prerrogativas do controlador, como as reservas financeiras, porém, o que diferencia mesmo as legislações, é a presença de órgãos de controle da gestão e principalmente a composição deste órgão. Fábio Konder Comparato já defendia a existência de estatuto jurídico específico da macroempresa que possuísse a

natureza institucional e não contratual. *Isso permitiria equacionar dentro de um esquema racional os diversos segmentos que convergem na grande empresa capitalista: o do empresário, investidor, trabalhadores e coletividade, todos representados no Conselho de Administração.*⁵¹

O Conselho de Administração na Lei n. 6.404/1976 mantém a representação apenas dos acionistas. Para os minoritários relega-se a possibilidade do voto múltiplo. Suas funções principais são: fixar a orientação geral da companhia, eleger e destituir diretores, fiscalizar a gestão, examinar os livros e títulos da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados e por celebrar, convocar a Assembléia, manifestar-se previamente sobre atos ou contratos quando o estatuto assim o exigir, autorizar a alienação de bens do ativo permanente e a constituição de ônus reais e garantias às obrigações de terceiros, contratar auditorias.

O que não pode continuar é o controlador como senhor único das deliberações sociais, porque, mantendo o atual esquema de poder, existirá uma noção parcial do conceito de empresa que não se ajusta ao critério institucional. É imperiosa a reforma da legislação, o que deve repercutir sobre a prática da atividade empresarial. Quem trabalha na empresa ou compra os produtos por ela produzidos também deve ter informações sobre a administração, recebendo explicações sobre o andamento dos negócios, situação dos preços, perspectivas de investimentos, movimentos grevistas, automação, interferência no meio ambiente, poluição, auxiliando os órgãos estatais de controle.⁵² A responsabilidade coletiva que a atividade empresarial pos-

51. *Aspectos...*, cit., pp. 88-89.

52. Essas medidas são usuais em alguns países, como Alemanha e Suécia, quando as pessoas participam de organizações civis de proteção do meio ambiente, sobre atividades nucleares, sindicatos, possibilidades de novos empregos, centros de colocação profissional, investimentos em saúde, fundos particulares para pesquisa científica etc.

sui na sociedade é imensa. O mundo jurídico vem há muito tempo tentando dar uma solução tradicional aos efeitos provocados pela atuação das empresas na coletividade. Quando a Constituição fez essa opção legislativa ela encerrou uma série de preceitos que poderiam constar do seu texto, servindo como norma enfática sobre o controle das empresas e não com dualismo inaceitável entre público e privado, como se fossem esferas diversas e com fins diversos.

O controle será abusivo quando orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou favorecer outra companhia, em prejuízo dos acionistas minoritários; promover a liquidação de companhia próspera ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter para si ou para outrem vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos trabalhadores e do mercado; contrariar a vontade da empresa; eleger administrador ou conselheiro inapto para o cargo; induzir ou tentar induzir administrador ou conselheiro fiscal a praticar ato ilegal; contratar com a companhia diretamente ou através de terceiro em condições de favorecimento ou não eqüitativas; aprovar contas irregulares; subscrever ações para aumento de capital com bens estranhos ao objeto social.

O Conselho de Administração precisa cumprir fielmente a função de fiscalização e controle que, frise-se, é prevista no ar. 142, III-VIII. Cabe ao Conselho de Administração fiscalizar a gestão dos diretores, examinar livros e títulos da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados e por celebrar; manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da companhia; deliberar sobre emissão de ações ou bônus de subscrição; autorizar a alienação de bens do ativo permanente e onerar a sociedade.

O Conselho Fiscal deve realizar plenamente a importante função que a Lei lhe determinou. Sobre esse órgão da sociedade, a não ser a participação majoritária do controlador, há disciplinação eficiente, atri-

buindo uma série de poderes-funções ao conselheiro. Um dos aspectos problemáticos do Conselho Fiscal deriva da noção jurídica da matéria que, salvo o posicionamento do Prof. Waldirio Bulgarelli e de Cunha Peixoto que o entendem como órgão social de atribuições individuais, se consideram de natureza colegial e majoritária as deliberações do Conselho Fiscal. Se for sufragada a posição doutrinária do Prof. Waldirio Bulgarelli sobre a atuação individual do conselheiro fiscal, a funcionalidade do Conselho Fiscal seria muito mais proveitosa para a sociedade, representando meio de controle sobre o controlador.

O administrador deve cumprir suas funções na defesa do interesse da companhia, satisfazendo as exigências comuns e a função social da empresa. Ao administrador é proibido realizar qualquer ato que conflitante com o interesse da companhia. Esse é um dever clássico dos administradores. Proposta que pode ser lançada neste momento é a inclusão de novo órgão social nas companhias, que seria composto de representantes dos trabalhadores, dos controladores, minoritários e coletividade.

O Conselho de Administração teria somente a função de fixar a orientação geral dos negócios da companhia, podendo eleger e destituir diretores, mantendo a disciplinação do art. 142, I-II, e sua composição. O órgão encarregado da fiscalização poderia ser denominado de Conselho da Empresa. Sua função seria semelhante ao *conseil de surveillance* francês e ao da Alemanha, e pode existir Comitê ligado diretamente ao Conselho, como o dos trabalhadores.

Na França, o Conselho de Fiscalização exerce o controle permanente da gestão realizada pela diretoria. Os estatutos podem subordinar à autorização do Conselho a conclusão de negócios comerciais específicos. Em qualquer época do exercício social o Conselho de Fiscalização deve realizar a verificação e o controle que julgue necessário e oportuno, requisitando os documentos para o cumprimento da sua

função. Ademais, a cada trimestre a diretoria deve apresentar relatório ao Conselho.

O Conselho de Fiscalização deve deliberar por maioria dos membros presentes. O estatuto pode determinar maioria absoluta para decisões que envolvam matérias determinadas sobre aspectos importantes da administração. O Conselho da Empresa não interferiria diretamente na gestão. Ela realizaria o controle *a posteriori* da administração. Caberia à diretoria informá-lo sempre dos problemas de funcionamento e rentabilidade da empresa, o desenvolvimento e total dos negócios realizados. O Conselho Fiscal deve manter sua função atual, e deveria atuar ao lado do Conselho da Empresa, fornecendo todas as informações importantes sobre a gestão e a regularidade das contas. É vedada a participação conjunta como membro do Conselho da Empresa e da Diretoria. O representante dos trabalhadores possuirá estabilidade contra dispensa. Essa função não se confunde com o processo de co-gestão clássica.

O Conselho da Empresa deve ter poderes e competências próprias, que lhe garantam autonomia diante dos acionistas e mesmo dos empregados. Seus integrantes devem verificar a administração da empresa como ente social que possui vontade e deveres sociais precisos. Na reforma dever-se-ia seguir o esquema traçado pelo Prof. Fábio Konder Comparato. Um dos pontos que o referido jurista comenta está na dificuldade da equiparação dos representantes dos trabalhadores e dos investidores dentro do Conselho de Administração. No Conselho da Empresa precisam estar previstos poderes próprios a determinada categoria de representantes, conforme sua ligação imediata com os diversos setores da empresa. Com efeito, a distribuição de poder dentro do Conselho da Empresa deve ter metodologia que permita a cada setor representado manifestar sua vontade, sem que isso ocasione dificuldade estrutural de funcionamento, permitindo a obtenção de solução razoável para o caso. A consequên-

cia lógica da atuação do Conselho da Empresa é a limitação ao poder do controlador dentro da Assembléia Geral. As manifestações do Conselho devem ser observadas quando da realização da Assembléia, exigindo maioria absoluta (3/4) para reformá-las. Com isso, se estabelece um sistema de equilíbrio dentro da entidade social, sope-sando os segmentos que o integram.

A diretoria será fiscalizada quanto ao mérito das suas decisões, o que terá especial destaque nas grandes empresas sob controle gerencial. No caso das companhias controladas a função do Conselho da Empresa é primordial. Seria esse órgão que poderia detectar com facilidade os caminhos administrativos que estão sendo colocados pelo controlador, inclusive para responsabilizá-lo. A Lei n. 6.404/1976 estabelece uma série de mecanismos de controle sobre o controlador. Pela falta de órgão específico de fiscalização fica fácil para o controlador realizar a sua política administrativa e se livrar das responsabilidades. A presença de órgão próprio, diverso do Conselho de Administração, seria a melhor forma para a determinação dos agentes administrativos e da sua responsabilização por atos praticados contra a empresa.

Sistema que poderia servir de paradigma é o já antigo Projeto de lei da Sociedade Anônima Européia. Dentre os vários modelos, destaca-se o Projeto de 1970, com a disciplinação do *comité européen d'entreprise* (arts. 100 e ss.) que trata da representação dos empregados. Na justificação do Projeto, a Comissão das Comunidades Européias afirmava que "os Estados membros da Comunidade estão certos da convicção que convém dar aos empregados da empresa a possibilidade de defender em comum os *seus interesses* dentro da empresa e de participar de algumas decisões", permitindo, também, representantes dos trabalhadores dentro do *conseil de surveillance*.⁵³

53. Sobre este Projeto. Fábio Konder Comparato, "Sociedade anônima européia", *RDM* 3/97-210, X, 1971.

O Projeto de 1970 é muito significativo porque ele foi realizado sob a influência das legislações francesa de 1966 e da Alemanha de 1965. Por isso, o Projeto possui a conotação social e de fiscalização da administração. No comitê europeu de empresa a participação dos empregados é colocada como órgão da empresa, observando o sistema alemão, que foi consagrado em 1976.⁵⁴ A sociedade por ações não deve

ser vista apenas como máquina de coletar capitais mas, também, de distribuição desse mesmo capital como renda e valorização do trabalho comum. A elaboração da noção da empresa é fruto e consequência da vivência empresarial, dos reclamos justos e necessários da coletividade, vindo na empresa uma entidade não só econômica mas, acima de tudo, jurídica e social, como uma verdadeira constelação de interesses.

54. O sistema de representação dos empregados já era disciplinado na Europa, destacando-se: na Alemanha a *Betriebsräte* de 1952; Bélgica o *conseil*

d'entreprise de 1948; França *comité d'entreprise* de 1945; Itália as *commissioni interne d'azienda*, que foram sendo aprimorados posteriormente.