

**FABRÍCIO OLIVEIRA
NELSON ROSENVALD**

**O ILÍCITO NA GOVERNANÇA
DOS GRUPOS
DE SOCIEDADES**

2019

CAPÍTULO PRIMEIRO

O problema central posto para a compreensão e normatização da dinâmica das forças atuantes nos grupos de sociedade gravita em torno do interesse geral do grupo. É o que, ao nosso ver, está posto por meio da dogmática jurídica. No entanto, entendemos que o que se produz no Direito a partir dessa proposta é algo tão nebuloso, quanto o que se produziu ao longo dos tempos em relação ao interesse da sociedade, quando está sob análise a sociedade isolada.

Buscando a demonstração desse problema, trataremos, em primeira linha, do interesse da sociedade por meio do estudo das teorias da empresa (que mais fortemente influenciam o direito societário na contemporaneidade) e, algumas inserções críticas sobre as teorias que estudam as pessoas jurídicas (no caso, as sociedades), tomando por base a relação que propomos entre empresa, sociedade e governança. Está em causa nessa proposta o potencial dessas construções para explicar (e em alguns casos normatizar) a criação e o funcionamento da empresa, bem como, quando for o caso, a constituição das sociedades (como pessoas jurídicas) e a relação entre os seus constituintes (entre si e para com a sociedade. Lembrando que entre os constituintes pode figurar uma ou várias sociedades.). Para melhor situar o leitor quanto as finalidades dessas discussões, identificaremos, com suporte em William W. Bratton, Jr., três conjuntos de perguntas postas à reflexão:

- a) O primeiro conjunto de questões indaga sobre a existência da sociedade - ou seria da empresa? A explicação será dada ao longo do livro. Uma primeira resposta: são reificações, resultantes dos processos mentais tanto daqueles internalizados na estrutura societária, quanto daqueles outros externos à estrutura, mas por ela afetados.

Uma segunda resposta: a empresa ou a sociedade possui existência, como um ser metafísico, à parte das pessoas a ela relacionadas.¹

- b) O segundo conjunto de questões indaga acerca da distinção entre a empresa e as forças que dela decorrem ou a sociedade e a reunião dos seus constituintes, sejam essas a empresa ou a sociedade, reificadas ou reais. Nessa linha de problematização o que está em causa é a maior ênfase dada (ou que deve ser dada) ou ao grupo resultante de comportamentos individuais ou aos seus indivíduos. Se o ente apresenta uma existência cognoscível, os esforços ocorrem para investigar a origem e a forma que se dá a sua separação dos seus constituintes. Aqui, a personificação das sociedades, compreendida como a atribuição a elas de características humanas, provê uma maneira metafórica para o seu insulamento de seus constituintes. De outro modo, se a noção da entidade não encontra elementos no plano da realidade fática, a sua natureza e a sua origem são determinadas pelas relações mantidas pelos seus constituintes. Esse último posicionamento fundamenta as posições tidas como contratualistas. E mais, podemos perceber que esse segundo conjunto de questões deriva do primeiro.² As teorias econômicas que atualmente dão suporte aos contratualismos tendem a não subjetivar as empresas, por outro lado. Mesmo aquelas que as têm como algo diferenciado do mercado (insulando-as), focam as transações entre indivíduos (a unidade básica de análise). Frequentemente, para as teorias econômicas, a empresa em si é considerada uma ficção jurídica ou até mesmo uma função econômica.
- c) Por fim, há um conjunto de questões afetas às políticas públicas. Aqui o problema básico é o de saber se as empresas ou as sociedades derivam (positivamente) da atuação do Estado. Uma possível resposta é dada pela teoria da concessão (a ser explicada a seguir). Outra, contrária a essa, é denominada contratualista, já que afirma que tais entidades derivam da vontade de seus constituintes. No entanto, as teorias da concessão apresentam-se em diferentes graus (identificáveis quando analisada a força conferida ao Estado no que

1. BRATTON JR, William W. The new economic theory of the firm: Critical perspectives from history. *Stanford Law Review*, p. 1471-1527, 1989.

2. BRATTON JR, William W. The new economic theory of the firm: Critical perspectives from history. *Stanford Law Review*, p. 1471-1527, 1989.

diz respeito a causa das empresas ou a das sociedades). Sua versão mais estatista, e nesse aspecto, mais forte, atribui a existência, agora no caso específico das sociedades, a um ato jurídico de direito público. Sua versão mais liberal, atribui a sua existência à conformidade com a regulação estatal. Por outro lado, ainda nesse plano de análise – das políticas públicas – a posição contratualista defende que as liberdades individuais implicam no direito de organizar a produção e as trocas mercantis por intermédio da empresa, podendo ser conformada pela sociedade, e sem a interferência do Estado. Variações dessa proposta sugerem que as sociedades não podem ser objeto da regulação estatal porque as atividades por elas exercidas não possuem caráter público, mas privado.³

Eric Orts perspectiva essas discussões no terceiro conjunto de questões apresentadas, tendo em conta a tensão histórica presente entre duas concepções de políticas públicas: as caracterizadas como *top-down* e as *bottom-up*.⁴

Num estudo histórico, Eric Orts, em relação ao Direito romanista, se apoia em Gaius⁵, transcrevendo-o:

Parterships, “collegia”, and bodies of this sort may not be formed by everybody as will; for this right is restricted by statutes, “senatus consulta” (rules), and imperial “constitutions” (edicts). In a few cases only are bodies of this sort permitted. For example, partners in tax farming, gold mines, silver mines, and salt works are allowed corporations. Likewise, there are certain “collegia” at Rome whose corporate status has been stablished by (law), for example, those of the bakers and certain others of the shipowners. Thosse permitted to form a corporate body consisting of a “collegium” or partnership... have the right on the pattern of the state to have common property, a common treasury, and a attorney... trought whom... what should be transected and done in common is transected and done.”⁶

3. BRATTON JR, William W. The new economic theory of the firm: Critical perspectives from history. Stanford Law Review, p. 1471-1527, 1989.

4. ORTS, Eric W. Business persons: A legal theory of the firm. Oxford University Press, 2013.

5. Gaius, Provincial Edict 3 Apud ORTS, Eric W. Business persons: A legal theory of the firm. Oxford University Press, 2013. p. 10.

6. Queremos, entretanto, destacar a importância do estudo sobre as *Societas* romanistas e as sociedades modernas presente na tese de doutorado de Max Weber (The History of Commercial Partnership in the Middle Ages), da qual apontamos o trecho: <em referência às *societas*>, “as merely a complex of obligatory relations among the socii, is of no concern to third parties; in its legal consequences, a transaction a socius makes on the account of the partnership is no different from any transaction made on a personal account. If transactions made on the account of the partnership generate a loss, then it appears to third parties solely as the loss of the person who made the deal. However, in this situation a partner’s financial account incurs a claim against the other partners to be indemnified proportionately, and this claim becomes a part of his

Conclui sobre o problema tratado pelo romanismo que as sociedades empresárias somente existiram, naquele tempo, em função do interesse do Estado⁷. Percebam que já aqui se identifica a sua proposta de estudo: a compreensão, nesse caso, da *societas* por meio da abordagem *top-down*. Note-se que a análise se dá agora em relação à sociedade e não à empresa.

Em reforço da sua tese, o autor cita trecho do voto proferido pelo *Chief Justice John Marshall* no caso *Dartmouth College versus Woodward*, o qual reproduzimos aqui:

*“a Corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it, either expressly, or as incidental to its very existence.”*⁸

Propondo que a abordagem *top-down* trata as sociedades empresárias e, por extensão, qualquer pessoa jurídica que abrigue a empresa, como subordinada ao Direito e, como consequência, ao Estado que as normatiza (o grau de autonomia dessas pessoas frente ao Estado é o ponto colocado em causa).

Entretanto, entendemos que o problema identificado pelo *Chief Justice John Marshall* no caso *Dartmouth College versus Woodward* situa-se em momento posterior àquele reproduzido por Eric Orts. Analisemos algumas reflexões presentes em seu voto, logo a seguir ao trecho transcrito pelo autor:

O primeiro ponto arguido é se pelo fato de as sociedades serem criações do Direito, tendo a dogmática jurídica se valendo da forma da personalidade

assets in case of bankruptcy. A bankruptcy proceeds only against the assets of an individual partner and involves only those as creditors with whom he had contracts, which in such case might include the other socii. (In WEBER, Max. The history of commercial partnerships in the middle ages. Rowman & Littlefield, 2003. p. 54). Note-se que, ao contrário, a eficácia da sociedade moderna e contemporânea frente a terceiros é algo sedimentado.

7. Questão outra é a diversidade de pessoas jurídicas e de autonomias a elas atribuídas. É ilustrativo, em linhas gerais, o trecho da decisão proferida pela *US Supreme Court* no caso *Dartmouth College versus Woodward*: “There are divers sorts of corporations; and it may be safely admitted that the legislature has more power over some, than over others. Some corporations are for government and political arrangement; such, for example, as cities, counties and the towns in New England. These may be changed and modified, as public convenience may require, due regard being always had to the rights of property. Of such corporations, all who live within the limits are, of course, obliged to be members, and to submit to the duties which the law imposes on them as such. Other civil corporations are for the advancement of trade and business, such as banks, insurance companies, and the like. These are created, not by general law, but usually by grant; their constitution is special; it is such as the legislature sees fit to give, and the grantees to accept.” Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/17/518.html>>. Acesso em: 1.12.2019.

8. ORTS, Eric W. Business persons: A legal theory of the firm. Oxford University Press, 2013.

jurídica para abrigar ditas relações, o Estado poderia intervir no seu objeto. Um dos principais aspectos a serem analisados no que diz respeito ao problema da extensão dessa personalidade – em princípio construída para abrigar as pessoas naturais – às sociedades empresárias (mas não somente), é a característica da imortalidade dessas últimas. Na expressão do *Chief Justice John Marshall*:

*Among the most important are immortality, and, if the expression may be allowed, individuality; properties, by which a perpetual succession of many persons are considered as the same, and may act as a single individual. They enable a corporation to manage its own affairs, and to hold property, without the perplexing intricacies, the hazardous and endless necessity, of perpetual conveyances for the purpose of transmitting it from hand to hand.*⁹

No entender de John Marshall, a função principal da personalidade jurídica, assim encontrada em sua gênese, é a de acomodar um conjunto de interesses de pessoas naturais para resolver os problemas resultantes de suas sucessões (derivados da circunstância da mortalidade do ser humano). Para cumprir essa função, a pessoa jurídica (no caso, a sociedade empresária) permite que uma sucessão de indivíduos atue para desenvolver (ou explorar) um determinado objeto, como um ser imortal. Mas isso não torna automaticamente essa pessoa parte do Estado, a menos que seja esse o objetivo de sua constituição. A sua imortalidade não lhe confere maior ou menor poder político ou modificação em sua natureza (pública ou privada), do que a imortalidade poderia conferir a uma pessoa natural.

John Marshall conclui seu argumento afirmando que: “*It is no more a state instrument, than a natural person exercising the same powers would be.*”¹⁰

Essa lógica é aplicada por John Marshall para contextualizar o problema: se em relação a uma pessoa natural, nomeada por outras pessoas privadas, para educar jovens, ou para organizar um seminário no qual jovens são educados, esse mister não transforma a sua natureza, de privada para pública, então, ainda valendo-se da analogia, indaga:

“how is it, that this artificial being, created by law, for the purpose of being employed by the same individuals, for the same purposes, should become a part

9. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/17/518.html>>. Acesso em: 1.12.2019.

10. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/17/518.html>>. Acesso em: 1.12.2019.

*of the civil government of the country? Is it because its existence, its capacities, its powers, are given by law? Because the government has given it the power to take and to hold property, in a particular form, and for particular purposes, has the government a consequent right substantially to change that form, or to vary the purposes to which the property is to be applied?*¹¹

Entretanto, se acima, a analogia da pessoa jurídica com a pessoa natural permitiu ao juiz concluir pela não alteração na natureza da pessoa (se pública ou privada), agora, John Marshall sutilmente traz à superfície outra questão, quando afirma que os objetivos para os quais uma sociedade empresarial é constituída são amplos, o que atende aos anseios do Estado, sendo tidos em conta por beneficiar à comunidade. Mais enfaticamente, fundamenta: “*and this benefit constitutes the consideration, and in most cases, the sole consideration of the grant.*”¹² Para após, explicar a sua lógica: na maioria dos casos de entidades caritativas, o objeto seria de difícil exploração e, em alguns casos, mesmo impossíveis de serem explorados sem a solução da personalidade jurídica (no texto original a referência é a sociedade anônima). A preocupação aqui se dá em relação à capacidade de financiamento dessas estruturas jurídicas (e não somente das sociedades anônimas), sem a qual não haveria incentivo para que pessoas aderissem ao projeto.

Pensamos que esse é o fundamento apontado no voto que melhor esclarece a posição de John Marshall, e nessa medida, concordamos com Eric Orts, trata-se de um exemplo da abordagem *top-down*, já que justifica a existência das pessoas jurídicas (de maneira mais ampla) por atenderem a interesses públicos e não, propriamente, a interesses privados.¹³

Já a abordagem *bottom-up* reclama uma alternativa teórica. Apesar do Direito (mas não somente) fornecer a estrutura (instituições) básica para a constituição e o funcionamento das empresas, seus investidores (referência àqueles que investem em capital, trabalho, tempo e conhecimento) buscam justificar a atribuição da personalidade jurídica em razão da empresa em si considerada. Ditos investidores buscam na empresa o reconhecimento do valor de seus próprios interesses e não daqueles patrocinados pelo Estado. Já nessa abordagem há uma relação forte entre empresa e sociedade, já que

11. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/17/518.html>>. Acesso em: 1.12.2019.

12. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/17/518.html>>. Acesso em: 1.12.2019.

13. Alertamos o leitor que não estamos aqui fazendo referência a periodização histórica da evolução das sociedades anônimas. Para esse fim, remetemo-lo a obra: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Curso de direito comercial. 4 ed. Edições Almedina, 2013. Páginas 77 a 79.

um dos possíveis meios jurídicos (instituições jurídicas) para a conformação da empresa, é a sociedade.

Eric Orts, com suporte em Friedrich Hayek, explica essa segunda abordagem por meio de uma “ordem espontânea” das empresas, que se desenvolvem em diferentes formatos e magnitudes, uma vez que uma determinada estrutura jurídica básica é fornecida. Prosseguindo, aqui há uma analogia entre os conceitos dicotômicos *top-down* e *bottom-up* com os conceitos de “ordem social imposta” (*taxis*) e de “ordem espontânea” (*kosmos*), sendo que a economia (não no sentido de ciência, mas enquanto objeto de estudo) constitui uma “*catallaxy*”, que é uma ordem espontânea especial produzida pelo mercado por meio de indivíduos que atuam dentro de uma estrutura normativa (estrutura institucional). A lógica por detrás desses conceitos pode ser descrita assim: apesar das empresas terem de se conformar ao Direito, constituem-se e definem-se e, a partir daí, legitimamente solicitam um direito de existência autônoma.¹⁴ A subjetividade jurídica é conferida por vezes pela sociedade.

Para ilustrar essa posição na jurisprudência estadunidense, Eric Orts cita o controvertido caso *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad*. Entretanto, se esse caso é tido como o primeiro nos EUA a normatizar juridicamente a equivalência das pessoas naturais com as pessoas jurídicas, no ano de 1886, não nos parece ter ocorrido nele um debate envolvendo tal analogia. Nesse sentido, Tom Tyler sugere que:

(...) “because a court reporter chose such language in writing the head note to the case, the decision is now viewed as having granted corporations constitutional pro-

14. ORTS, Eric W. *Business persons: A legal theory of the firm*. Oxford University Press, 2013. p. 11. Oliver Williamson, também em considerações sobre políticas públicas, contrasta, primeiramente, duas possíveis abordagens - a de *spontaneous governance* e a de *intentional governance* - para explicar as formas de atuação do Estado sobre a economia. A primeira sendo identificada como uma abordagem *bottom-up* e a segunda como *top-down*. O autor concorda com Hayek no que diz respeito ao papel da *spontaneous adaptation* (“the economic problem of society is mainly one of rapid adaptation to changes in the particular circumstances of time and place”). Afirma que a proposta de Hayek para a economia se apoia no mecanismo de preço para sinalizar oportunidades, sobre as quais tomadores de decisões descentralizados, que possuem informações locais, poderiam adaptar-se. A partir dessa premissa contesta a eficiência de modelos centralizados no que se relaciona à alocação de recursos. As críticas feitas a Hayek, nesse aspecto, dizem respeito ao papel da empresa: em Coase, é justamente a presença de custos associados ao mecanismo de preços que pode explicar a existência das empresas. Em Williamson, a crítica é a de que, apesar de Hayek reconhecer a importância dos mecanismos de gerenciamento do controle de custos, ele não percebe a empresa como um instrumento de adaptação. (In WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. Oxford University Press, 1996. p. 148/149).

tection under the Fourteenth Amendment (the amendment was originally enacted to secure due process and other constitutional rights to newly released slaves).¹⁵

Entre outros casos julgados pela *US Supreme Court* destaca-se o recente *Citizens United v. Federal Election Commission*. O Tribunal entendeu que a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos não limita o direito de as sociedades empresariais participarem ativamente nas campanhas eleitorais realizadas nesse país, financiando transmissões políticas independentes. Há a analogia entre pessoas naturais e pessoas jurídicas.¹⁶

No entanto, entendemos que o ponto central na análise feita por Eric Orts – e esse é o aspecto que nos interessa para efeito do nosso trabalho, e não propriamente elaborar uma crítica a analogia entre as pessoas naturais e as pessoas jurídicas – é a sua defesa do institucionalismo.

Por outro lado, é importante compreender qual a visão institucionalista advogada por Eric Orts. E mais, de qual institucionalismo trata o autor. É uma forma de institucionalismo jurídico, que pretende normatizar a sociedade como tendo interesses próprios e diferente dos de seus constituintes ou é uma forma de institucionalismo econômico que pretende explicar a causa da existência das empresas.

Em primeira linha, cabe-nos identificar o sistema de classificação que influencia Eric Orts. Para ele, há três importantes linhas de pensamento que inspiram os estudiosos quando está em causa o problema da personalidade jurídica: a) a teoria da concessão; b) a teoria dos constituintes; e c) a teoria institucionalista.

A teoria da concessão, uma espécie de abordagem *top-down* acerca das políticas públicas, defende que as empresas, inclusive as conformadas pelas sociedades, são criaturas do Estado. Segundo essa teoria, as empresas somente existem em função da vontade do Estado e que, por conta disso, o poder estatal não deve encontrar limites ao agir sobre o seu objeto, negócio ou a natureza da sua atividade. É o modelo que mais atende a uma visão de capitalismo de Estado porque coloca a empresa numa situação de supervisão, ou mesmo de subserviência aos interesses estatais.

A teoria dos constituintes assume uma perspectiva *bottom-up* nas políticas públicas, atenta que está à relevância dos interesses individuais

15. TYLER, Tom R.; MENTOVICH, Avital. Punishing collective entities. *JL & Pol'y*, v. 19, p. 203, 2010.

16. TYLER, Tom R.; MENTOVICH, Avital. Punishing collective entities. *JL & Pol'y*, v. 19, p. 203, 2010.

daqueles que se organizam internamente na empresa. Uma vez organizada e realizados os diversos investimentos, possibilitados por uma estrutura institucional (normativa), há uma alteração na dinâmica de poderes: os constituintes passam a deter legítimos interesses dentro da organização (acomodada pela sociedade), os quais não podem ser derogados pelo Estado.

A liberalização promovida pelos Estados para a constituição das sociedades anônimas – no Brasil identificada comumente com o período da regulamentação – respondeu aos anseios dos defensores dessa segunda teoria: respondeu a pressões políticas contra privilégios concedidos pela lei ou pelo monarca em favor de certas companhias. Note-se que essa classificação não coloca em causa quais interesses devem ser internalizados na empresa, via sociedade, porque o maior ou menor espectro de internos depende da forma de capitalismo presente em cada espaço. Ou de outra forma: *“the legal recognition of a firm follows from the recognition of the aggregated rights and interests of the people who constitute it.”*¹⁷

A teoria institucionalista, na visão de Eric Orts, ocupa um espaço intermediário entre as teorias da concessão e a dos constituintes. Compreende as empresas como entidades socialmente estabelecidas que são, em um só momento, autorizadas e reconhecidas como detentoras de legítimos interesses pelo Estado, além de serem organizadas e administradas pelos constituintes (participantes internos). Uma vez constituídas e reconhecidas, tornam-se entidades sociais, pessoas, o que em termos jurídicos significa que são capazes de adquirir direitos e obrigações (capacidade que decorre da personalidade jurídica da sociedade), destacando-se aqui: *“the right to self-govern by adopting founding documents, bylaws, and other private statutes.”*¹⁸ Destacamos já de início a ficção teórica da proposta, de certa forma decorrente da realidade jurídica (pessoa jurídica). Estatutos e contratos sociais são produtos criados pela vontade dos participantes internos dentro dos limites (sendo, também, integrados) pelo Direito.

Eric Orts, apesar de reconhecer a potência da teoria institucionalista, afasta-se da proposta formulada por Otto Von Gierke, que compreende as sociedades como portadoras de uma “existência metafísica real”, com uma continuidade orgânica identificável e independente da dos seus constituintes.

17. ORTS, Eric W. *Business persons: A legal theory of the firm*. Oxford University Press, 2013. p. 14.

18. ORTS, Eric W. *Business persons: A legal theory of the firm*. Oxford University Press, 2013. p. 14.

A posição de Eric Orts fica melhor compreendida, se nos valermos da classificação do institucionalismo elaborada por Richard Adelstein, que descreve duas de suas vertentes. A segunda fundamenta e contextualiza melhor o pensamento de Eric Orts. A primeira vertente, inspirada em Otto Von Gierke, compreende as sociedades como um organismo em sua literalidade, reificando--as e as tratando como uma pessoa natural, seres sociais com propósitos identificáveis (o que quer significar vontade diferente da vontade de seus constituintes ou partícipes) e, assim, dotadas de interesses econômicos idênticos àqueles manifestados pelas pessoas naturais. São autônomas, autossuficientes e auto renováveis.¹⁹

Não são ficções, não são simbólicas, mas organismos vivos, com corpo e membros e vontade próprios.²⁰

Já na década de 1920, identifica uma segunda geração de institucionalistas, que abandonam o organicismo explícito para defenderem uma ideia de organizações coletivas. Reconhecem que o corpo organizacional não é em realidade um organismo vivo, mas uma entidade social, identificável por meio de sua unidade.

Eles acreditaram que a realidade social de qualquer corpo coletivo, que o Direito reconheça como uma sociedade, precede e é anterior ao seu reconhecimento jurídico, e que o Direito tem de aquiescer a existência desses grupos socioeconômicos, provendo-os com a capacidade jurídica.²¹

A crítica a essa proposta institucionalista pode ser iniciada quando contrastadas as perspectivas conceitualistas de *Von Jhering* (por exemplo) do direito com as perspectivas realistas do direito: para um conceitualista, a sociedade empresarial pode ser parte em um processo judicial porque é uma pessoa, enquanto que para um realista a sociedade empresarial é uma pessoa porque pode ser parte em um processo judicial.²² Note-se que o

19. ADELSTEIN, Richard. Firms as Social Actors. *Journal of Institutional Economics*, v. 6, n. 3, p. 329-349, 2010.

20. ADELSTEIN, Richard. Firms as Social Actors. *Journal of Institutional Economics*, v. 6, n. 3, p. 329-349, 2010.

21. ADELSTEIN, Richard. Firms as Social Actors. *Journal of Institutional Economics*, v. 6, n. 3, p. 329-349, 2010.

22. Há, em realidade, um substrato econômico no raciocínio jurídico exposto: o papel estrutural das promessas nos contextos de negociação. Um aspecto importante é, não somente o direito de ação (amplamente estudado pelos juristas), mas também o "direito" de ser acionado judicialmente. A colocação feita pelo economista Thomas Schelling, lauerado com o Nobel da Economia em 2005, ilumina esse aspecto: (...) *Among the legal privileges of corporations, two that are mentioned in textbooks are the right to sue and the "right" to be sued. Who wants to be sued? But the right to be sued is the power to make*