

MARIA AMÉLIA MARCHESI TUDISCO

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES EMPRESARIAIS E O CONTROLE GERENCIAL

Piracicaba

2014

MARIA AMÉLIA MARCHESI TUDISCO

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES EMPRESARIAIS E O CONTROLE GERENCIAL

Dissertação apresentada como exigência parcial
para obtenção do grau de Mestre em Direito pela
Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP,
sob orientação do Professor Dr. Antonio Martin.

PIRACICABA

2014

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP
Bibliotecária: Luciene Cristina Correa Ferreira CRB-8/8235

S114p Tudisco, Maria Amélia Marchesi.
A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações empresariais e o Controle Gerencial /Maria Amélia Marchesi Tudisco. – Piracicaba, SP: [s.n.], 2013.
127 f.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito / Programa de Pós- Graduação em Direito - Universidade Metodista de Piracicaba, 2013.

Orientador: Dr. Antonio Martin.

Inclui Bibliografia

1. Direitos fundamentais. 2. Capitalismo. 3. Sociedade Anônima. 4. Poder de Controle. I. Martin, Antonio. II Universidade Metodista de Piracicaba. III Título.

CDU 34

MARIA AMÉLIA MARCHESI TUDISCO

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES EMPRESARIAIS E O CONTROLE GERENCIAL

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, sob a orientação do Professor Dr. Antonio Martin.

Dissertação aprovada em ____/____/____, pela comissão julgadora:

Prof. Dr. Antonio Martin/UNIMEP

Prof. Dr. Jorge Luis Mialhe/UNIMEP

Prof. Dr. Luiz Machado Fracarolli/USP

Piracicaba

2014

Ao meu marido Rafael, pelo amor e compreensão incondicionais.

À minha mãe, *in memoriam*, que me ensinou que a busca pelos sonhos, mesmo que árdua, sempre vale a pena.

Ao Professor Antonio Martin, por ter aceitado a orientação deste trabalho, pelo empréstimo de livros e vastas trocas de experiências. Dedico-lhe minha admiração.

AGRADECIMENTOS

A jornada do Mestrado foi uma das maiores aventuras que já vivi, com muito trabalho, mas com a esperança de muitos sonhos acadêmicos a serem realizados.

Agradeço inicialmente a DEUS, autor da vida, que colocou em meus caminhos a oportunidade deste curso bem como me ajudou a perseverar, o que não foi fácil, obrigada por mais esta benção e mais essa promessa cumprida em minha vida.

Agradeço ao meu marido pela compreensão e pelo não questionamento de minhas ausências devido às horas semanais dedicadas aos estudos. Obrigada pelos gestos de amor, carinho e motivação. Esse é o verdadeiro amor!!

Agradeço a todos os professores da Instituição que colaboraram para o meu aprimoramento principalmente ao meu orientador, Professor Dr. Antonio Martin, que fez com que minha paixão pelo Direito Empresarial se tornasse mais evidente.

Agradeço de forma especial à Sueli, secretária do curso de Mestrado em Direito da UNIMEP, por todas as orientações, informações, sempre precisas e rápidas.

Agradeço aos colegas de escritório que me auxiliaram nos momentos de ausência.

Saúdo as famílias Marchesi e Tudisco que jamais contestaram a minha ausência nos eventos familiares e/ou a minha incessante vontade de estudar.

Superação!

RESUMO

O presente trabalho aborda a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações empresariais dando ênfase à visão de que as normas constitucionais não podem significar meras limitações à atuação do Estado bem como que esse reflexo na área empresarial não significa limites à liberdade de iniciativa. Para isso foi utilizada a sociedade anônima, espécie de sociedade empresária que possui formas de socialização dos investimentos, ou seja, possui formas de busca de investimento na sociedade. Com o estudo das sociedades anônimas, no aspecto acima mencionado, faz-se necessária a abordagem sobre a função social da companhia anteriormente ao tema do poder de controle. O poder de controle, como situação de fato, traz o poder de gerir a vida e o futuro da companhia sendo que por isso deve ser utilizado com o intuito de realizar a função social, o objeto social e ainda convergindo os interesses de todos os demais acionistas, trabalhadores e comunidade. O controle gerencial ou administrativo trata-se de tipo de controle exercido pelos administradores que pode ter como causa o absentismo, o desinteresse dos acionistas ou a contratação de administradores especializados. Com isso verifica-se que o controle gerencial existe no Brasil, trata-se de espécie de controle interno devidamente reconhecido pela doutrina e CVM.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Capitalismo. Sociedade Anônima. Poder de controle. Controle gerencial. Mercado de valores mobiliários.

ABSTRACT

This study approaches the effectiveness of fundamental rights in the horizontal business relationships and emphasizes the view that the constitutional rules can not mean mere limitations on state action as well as that this reflex in the business does not mean limits on freedom of initiative. For this was used the joint stock company kind of the business company that has forms of socialization of investment, in other words, it has ways of seeking investment in societies. The study of Brazilian Corporate, in the above aspect mentioned, becomes necessary to approach the social function of the company's before than the theme of power control. The power control as de facto situation, brings the power of management the life of and future of the company and which therefore should be used in order to perform the social function, the corporate purposes and still converges interests of all stockholders, employees and community. The administrative or management control is the kind of control carried out by administrators who may face absenteeism, lack of interest of the shareholders may be with the necessity of hiring specialized managers. Thus it makes clear that the management control exists in Brazil, it is kind of internal control properly recognized by doctrine and CVM.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Horizontal Effectiveness of Fundamental Rights. Capitalism. Joint Stock Company. Power control. Managerial control. Securities market.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1 Teoria Geral dos direitos fundamentais	14
1.2 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais	20
1.3 Conclusões parciais	28
2 A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A EMPRESA	30
2.1 Surgimento da Revolução Industrial	30
2.2 Empresa e o Direito	33
2.3 Sociedades Empresárias	37
2.4 Conclusões parciais	39
3 SOCIEDADES ANÔNIMAS	40
3.1 Sociedades Anônimas e seus aspectos	40
3.1.1 Desenvolvimento histórico das sociedades anônimas	43
3.1.2 Função Social da Companhia	49
3.2 Acionistas	56
3.3 Conclusões parciais	58
4 PODER DE CONTROLE	59
4.1 Natureza Jurídica do Controle	59
4.2 O exame da matéria na doutrina	63
4.3 O controle na Lei 6404/76	66
4.4. Controle Interno e Externo	69
4.5 Técnicas de Controle	73
4.6 Abuso do poder de controle	75
4.7 Conclusões parciais	78
5 EVOLUÇÃO DOS TIPOS DE CONTROLE E O CONTROLE GERENCIAL	80
5.1 Considerações iniciais do controle gerencial ou administrativo	80
5.2 O controle não-societário	85
5.3 O controle administrativo e suas formas de obtenção	87
5.4 O controle administrativo e suas implicações nos órgãos societários	91
5.5 Estruturação do controle gerencial	92
5.6 A responsabilidade civil dos administradores	95
5.7 O Controle administrativo e a CVM	101
5.8 Estudo de Caso	108
5.9 Conclusões parciais	109
CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

A presente dissertação encontra-se enraizada na área do Direito Empresarial e se localiza, teoricamente, junto aos novos estudos da publicização e constitucionalização, tendo por escopo a análise do poder de controle e, mais precisamente, do controle gerencial nas sociedades anônimas. A constitucionalização do Direito Privado, notadamente do Direito Empresarial – e suas consequências entre particulares – é recente no Brasil e deve ter como premissa o processo de fortalecimento da Constituição Federal como carta de direitos efetivos, que se iniciou com a Constituição Federal de 1988, sendo também proveniente do neoconstitucionalismo.

O fenômeno do neoconstitucionalismo – ou constitucionalismo pós-moderno – não trata, como norma suprema, através da Constituição, apenas de limitação de poder, de limitação à atuação do Estado face aos indivíduos, mas do fato de que as normas constitucionais possuem conteúdo axiológico, valorativo e, por esta razão, devem irradiar-se por todo o ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais enquanto concretização do valor da dignidade humana são o fundamento do constitucionalismo pós-moderno, pois não há possibilidade de menção ao Estado de Direito sem menção ao homem e à dignidade, bem como sem que o Estado assuma a posição de garantidor dos direitos essenciais dos cidadãos.

Desta forma, o presente estudo realiza uma reflexão crítica da dimensão meramente negativa atribuída aos direitos fundamentais compreendidos tão somente como um limite de atuação do Estado, como uma proteção do indivíduo face às investidas do Estado, mesmo porque estamos em um momento de desenvolvimento de relações sociais que trazem, por sua vez, como consequência, a tendência das relações privadas – notadamente as que possuem grande poder econômico, como o caso das sociedades anônimas havendo, assim, um aumento das desigualdades sociais em detrimento dos direitos fundamentais.

Com o enfoque do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo, a Constituição Federal passa a ser um filtro pelo qual todas as demais normas devem

passar, ou seja, atualmente as normas constitucionais devem se irradiar por todas as demais normas, inclusive nas relações de Direito Empresarial. A Constituição Federal é vista como o centro do sistema jurídico, com força normativa. Assim, no presente trabalho, será desenvolvida a ideia do deslocamento do direito privado como centro do ordenamento jurídico, para o Direito Constitucional.

Mesmo na perspectiva de que a Constituição Federal é o centro de todo o ordenamento jurídico, em nenhum momento atentamos contra a autonomia e liberdade privadas, quando do deslocamento do centro do Direito Empresarial para o Direito Constitucional, pois mesmo que haja a irradiação de efeitos das normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico, em momento algum o Direito Empresarial deixa de possuir suas características específicas. Não se trata da ideia de que os indivíduos não poderão exercer a atividade empresarial livremente, mas da ideia de que o empresário deve exercer a atividade empresarial sob o manto das regras constitucionais, para além das regras empresariais.

Além da questão constitucional, este trabalho se insere na nova teoria da empresa em relação ao Código Civil, na qual o Direito Empresarial protege a atividade econômica, lembrando que até o Código Civil de 2003, vigorava a teoria dos atos de comércio. Desta forma, num primeiro momento, foram estudados os direitos fundamentais em sua eficácia horizontal, ou seja, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas entre particulares, bem como as teorias de aplicação. Estas podem ser caracterizadas como: diretas, indiretas ou não-modelo, no sentido de que as normas constitucionais podem ou não ser aplicadas sem intermediação legislativa ou judiciária no direito privado, tendo em vista que esta possibilidade não existe no mundo jurídico, conforme posição da teoria não-modelo.

Apesar das controvérsias a respeito da extensão dos direitos fundamentais nas relações privadas, é indiscutível entre os doutrinadores pesquisados que os mesmos têm influência nas relações entre particulares. A título de ilustração, em breve consulta ao repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível verificar facilmente algumas decisões nas quais este Tribunal impediu, de

certa forma, o desenvolvimento da atividade empresarial em virtude da função social da empresa.¹

No segundo capítulo trataremos da empresa sob os vieses econômico e jurídico, junto às nuances que devem ser observadas para a qualificação jurídica da empresa; o que significa, atualmente, a empresa para o Direito, bem como a visão da empresa anteriormente ao Código Civil de 2003. No terceiro capítulo, o tema central serão as sociedades anônimas como tipo de sociedade empresária, tendo em vista que, independente do objeto a ser explorado, a mesma deve possuir seu ato constitutivo registrado na Junta Comercial, órgão incumbido de execução dos atos referentes ao registro de empresa, conforme artigo 32 da Lei 8.934/94².

Nesse sentido, será analisado que a sociedade anônima é estatutária e institucional – um tipo de sociedade empresária na qual seu ato constitutivo se materializa através de um estatuto social e possui seu capital social dividido em ações, regulada especificamente pela Lei nº 6.404/1976. Esta também é considerada sociedade de capital por permitir que terceiros ingressem ou se retirem da sociedade, independente de consentimento de todos os acionistas tendo em vista

¹ EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. STA AgR 171 – Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28.02.2008).

² Art. 32. O registro compreende:

I – a matrícula e seu cancelamento: dos leiloeiros, tradutores públicos e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns-gerais;

II – o arquivamento:

- a) Dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas;
- b) Dos atos relativos a consórcio e grupo de sociedade de que trata a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
- c) Dos atos concernentes a empresas mercantis estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil;
- d) Das declarações de microempresa;
- e) De atos ou documentos que, por determinação legal, sejam atribuídos ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins ou daqueles que possam interessar ao empresário e às empresas mercantis;

III – a autenticação dos instrumentos de escrituração das empresas mercantis registradas e dos agentes auxiliares do comércio, na forma de lei própria.

que, para essas sociedades, a qualidade subjetiva dos acionistas não deve ser levada em consideração, somente o investimento de cada um é considerado.

Ainda neste capítulo, trataremos da função social da companhia, tendo em vista que atualmente há novo ramo no Direito Empresarial vindo dos fenômenos constitucionais, pois as sociedades empresárias não podem ter como objetivo somente o lucro, ou melhor, não podem levar em consideração somente os direitos fundamentais da pessoa jurídica e de seus acionistas, pois devem ser sopesados, inclusive, os direitos fundamentais de terceiros que estão envolvidos na empresa. Nesse viés, o dever social traduz-se na possibilidade de colocar seus interesses em consonância com os interesses da sociedade, como bem salienta Frazão (2011)

O interesse social abrange outros que não apenas os dos acionistas, ainda que subsistam muitas dúvidas quanto aos caminhos adequados para a compatibilização de tais interesses e que a racionalidade empresarial precisa direcionar-se igualmente para o atendimento de padrões mínimos de justiça. (p.206)

A função social da empresa trata da tentativa de inserir a solidariedade e a dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares, notadamente quando uma das partes é uma sociedade empresária, como as sociedades anônimas. Este tema tem bastante relevância diante do fato de que as sociedades anônimas possuem poder em suas mãos e esse poder se traduz no poder de controle, pois o acionista que detém o controle possui condições de decidir, muitas vezes sozinho, o futuro da companhia e, conseqüentemente, dos demais acionistas, bem como de todos os envolvidos na atividade empresarial. Desta forma, verifica-se uma relação de subordinação e mando tão grande, que pode ser equiparada à relação vertical Estado e indivíduo.

Torna-se relevante, nesse sentido, o estudo sobre os acionistas – seus deveres e direitos – para podermos adentrar ao assunto do poder de controle e suas técnicas e compreendermos a natureza jurídica do controle, bem como os conceitos e delimitações trazidos pela legislação brasileira. Acreditamos que o tema seja de extrema relevância para o mercado de capitais uma vez que, atualmente, ocorre a chamada dispersão acionária, que traz como consequência o desaparecimento da figura do acionista controlador. O poder de controle pode ser obtido, nas

companhias, através de diversas formas, interna ou externamente, sendo que o controle gerencial constitui uma forma de controle considerada interna, independente de participação acionária.

No capítulo IV será analisado o tema do poder de controle, sua natureza jurídica, como é tratado pela doutrina e pela legislação acionária bem como suas técnicas e hipóteses de abuso do poder de controle.

Finalmente, no quinto capítulo, abordaremos mais especificamente o controle gerencial, através da possibilidade de obtenção do controle da companhia independente de participação acionária, ou seja, quando o controle gerencial tenha como causa a dispersão acionária e pode ser obtido pelo absenteísmo dos acionistas diante do atual perfil destes nas macroempresas; no entanto, observamos que o controle gerencial não se verifica apenas nas companhias com capital diluído, mas também nas de capital concentrado.

A presente dissertação está fundamentada, no campo metodológico, na obra “Teoria Tridimensional do Direito”, tendo em vista que atualmente não há possibilidade de se considerar somente a norma:

Já é tempo de abandonar a visão oitocentista, e que comprometeu grande parte do pensamento de nosso século, de um processo dialético de caráter evolutivo e progressivo, partindo sempre de formas inferiores ou rudimentares até se atingirem momentos superiores ou finais. (Reale, 2011, p.101)

É importante pontuar, neste sentido, que a visão oitocentista leva em consideração a norma, a lei, o que impediria o desenvolvimento e estudo do poder de controle, pois, conforme será observado no decorrer deste trabalho, a Lei nº 6.404/76 somente trata do controle exercido pelo acionista controlador, temas que serão explicitados adiante.

O controle gerencial, tema da presente dissertação, não possui fundamento legal, pois está enraizado na doutrina, jurisprudência e sua existência é reconhecida pela Comissão de Valores Mobiliários, o que justifica a metodologia utilizada. Segundo Reale (2001) “A norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para

percorrer um caminho, devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor”. (p.118-119) Este estudo, portanto, parte do princípio de que não somente a norma deve ser considerada, mas também fato e valor, abordando o poder de controle, mais especificadamente, o controle gerencial, temas inseridos nos atuais estudos da constitucionalização do Direito Empresarial.

CAPÍTULO I: DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1: Teoria Geral dos Direitos Fundamentais

Antes de iniciar a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na esfera empresarial, faz-se necessária a análise dos direitos fundamentais, pois não há possibilidade de analisar a extensão dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, mais especificadamente nas sociedades anônimas sem, contudo, realizar um estudo, mesmo breve, a respeito da evolução dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são conceituados como sinônimo dos direitos humanos, na realidade sempre serão direitos fundamentais diferindo na forma da externalização, ou seja, na forma na qual são materializados, visto que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pelo Estado e integrantes da ordem jurídica interna positivada, enquanto os direitos humanos fazem parte da classe dos direitos universais, constantes em tratados internacionais. Não há dissenso no fato de que ambos representam as condições mínimas de sobrevivência do indivíduo. Como observa Sarlet (2011), não há indícios de um Estado que ainda não tenha reconhecido um rol, mesmo que singelo, dos chamados direitos fundamentais.

A menção sobre os direitos fundamentais e direitos humanos é imprescindível, pois em Cartas Constitucionais de alguns Estados há referência de ambos, inclusive na Constituição Brasileira, que ora menciona direitos fundamentais, garantias individuais, liberdades individuais e ora direitos humanos, mas quer significar o mesmo conteúdo valorativo, isto é, os direitos inerentes ao homem. Para Steinmetz (2009) os direitos fundamentais são direitos institucionalizados por normas jurídicas e, por isso, fazem parte do sistema jurídico e, nas Constituições de Estados democráticos, ocupam posição diferenciada ou preferencial, pois na base dos direitos fundamentais encontram-se a igualdade, liberdade e dignidade. Quanto a este assunto, verificamos a seguinte ponderação de Robert Alexy *apud* Dimoulis e Martins (2011):

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que

encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (p.49)

Os aspectos históricos dos direitos fundamentais constituem tema relevante para a elucidação do assunto que, posteriormente, será desenvolvido nesse trabalho, qual seja, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo que, segundo Dimoulis e Martins (2011), para referenciar os direitos fundamentais é necessária a presença dos elementos Estado, Indivíduos e texto normativo, a fim de regular as relações entre Estado e Indivíduos.

Para esses constitucionalistas, sem a existência do Estado a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática; a existência de indivíduos, mesmo parecendo um elemento supérfluo, faz valer os direitos individuais como liberdade, igualdade e propriedade. O texto normativo permite ao indivíduo conhecer sua esfera de limite de atuação sem a interferência estatal.

O século XVIII, mais precisamente em sua segunda metade, marcou o reconhecimento dos direitos fundamentais, pois foi na Declaração da Virgínia, de 1776 e na Declaração Francesa dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, que, pela primeira vez, os direitos fundamentais foram garantidos em textos constitucionais. Como observam Dimoulis e Martins (2011):

No ano da Declaração da Independência das 13 ex-colônias da Inglaterra na América do Norte proclamou-se, no Estado da Virgínia, em 12 de junho de 1776, uma "Declaração de Direitos" (Bill of Rights). Em seu texto, foram enunciados direitos tais como a liberdade, a autonomia e a proteção da vida do indivíduo, a igualdade, a propriedade e a livre atividade econômica, a liberdade de religião e de imprensa, a proteção contra a repressão penal. (p.24)

Em relação à Declaração Francesa dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, Sarlet (2011) explicita sua importância para a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França. O autor faz observações quanto às duas declarações que foram o germe da garantia dos direitos fundamentais em textos constitucionais:

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. (p.43)

Além das duas declarações acima mencionadas ocorreu em 1803, nos EUA, um fato que também marcou, ali, o reconhecimento dos direitos fundamentais: a Corte Suprema, no caso *Marbury vs. Madison*³, decidiu que o texto constitucional é superior em relação aos textos legais (inclusive os federais). Desta forma, os juízes americanos passaram a ser vistos como garantidores da ordem constitucional, *status* até então inexistente, o que constituiu grande passo para a construção do constitucionalismo, conforme apontam Dimoulis e Martins (2011).

Não menos importante é a análise da divisão dos direitos fundamentais em gerações, sendo que alguns autores, como os acima referidos, preferem o termo

³ O Caso "Marbury contra Madison" foi decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo considerado a principal referência para o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Poder Judiciário. Nesse julgado firmou-se uma evidência de imaculável clareza, mas tantas vezes questionada por força de interesses de momento, isto é, o princípio da supremacia da decisão judicial, abrindo caminho para a chamada "Judicial Review", a possibilidade de o Judiciário rever os atos do Congresso praticados em ofensa à Constituição. A decisão envolveu o equilíbrio dos Poderes naquele país. Como diz o Min. Sidnei Agostinho Beneti (no livro "Da Conduta do Juiz") - "(....) Ainda estamos, em nosso país, à espera de uma decisão que divida as águas com essa força, como ocorreu com Marbury versus Madison, mas é preciso constatar que o Poder Judiciário no Brasil se afirma progressivamente e é acatado, a despeito das névoas dos mais diversos matizes político-econômico-ideológicos que sempre surgem diante das decisões judiciais fortes, as quais sempre tiveram e terão o dom de incomodar". Na eleição presidencial dos EUA de 1800, Thomas Jefferson derrotou John Adams. Após a derrota, John Adams resolveu nomear vários juízes em cargos relevantes, para manter certo controle sobre o Estado. Entre eles se encontrava William Marbury, nomeado Juiz de Paz. O secretário de justiça de John Adams, devido ao curto espaço de tempo, não entregou o diploma de nomeação a Marbury. Já com Jefferson presidente, seu novo secretário de justiça James Madison, se negou, a pedido de Jefferson, a intitular Marbury. Marbury apresentou um *writ of mandamus* (Mandado de Segurança) perante a Suprema Corte Norte-Americana exigindo a entrega do diploma. O processo foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, em 1803 e concluiu, segundo interpretação própria que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para emitir *mandamus* contrariava a Constituição Federal. Como a lei que dava competência a Suprema Corte era inconstitucional, não cabia à Suprema Corte decidir o pedido do *mandamus*.

A decisão tem muitas falhas, por exemplo:

- O Juiz John Marshall, que decidiu o julgado, tinha atuado como Secretário de **John Adams** e fora o responsável pela não titulação de Marbury.
- Marshall podia adotar várias soluções mais plausíveis, mas fez um raciocínio complexo no intuito de contrariar o Poder Executivo e confirmar o poder dos Tribunais em deixarem de aplicar leis federais inconstitucionais.

Por ser a primeira decisão de um Tribunal a proclamar a competência de afastar leis inconstitucionais mesmo sem previsão constitucional nesse sentido, o caso é mundialmente célebre e sempre estudado nos cursos de direito constitucional. http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Marbury_contra_Madison. Acesso em 08/01/2014 às 9h52.

‘dimensões’; fato é que são reconhecidas três gerações de direitos fundamentais, mas há quem também reconheça quarta, quinta e sexta gerações. Os direitos fundamentais de primeira geração, vindos do pensamento liberal do século XVIII são marcados de forma individualista, afirmando os direitos do indivíduo face ao Estado funcionando, na verdade, como direitos de defesa e de cunho negativo. Nessa primeira geração de direitos fundamentais são incluídos os direitos civis e políticos, ou seja, os direitos à vida, à propriedade, às liberdades, o direito de igualdade e de participação política.

No âmbito do processo de industrialização e de seus impactos nas relações sociais surge a segunda geração dos direitos fundamentais, pois ocorre o abandono da proteção do indivíduo perante o Estado, para fazer nascer a liberdade através do Estado. Tratava-se de anseios e respostas aos indivíduos da época, materializados com os direitos sociais como a educação; lazer; segurança; saúde; dentre outros, bem como a proteção dos trabalhadores com o direito de greve; da sindicalização; férias e repouso semanal remunerado. Na realidade, os direitos fundamentais de segunda geração são originados de lutas dos trabalhadores e, segundo doutrinadores constitucionalistas, “esses direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente, já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo, direitos a prestações sociais estatais, como assistência social; saúde; educação; trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.”⁴ (p.47)

A inclusão dos direitos sociais nos textos constitucionais não pode ser estudada sem menção à Constituição Mexicana, de 1917, a primeira Constituição que garantiu uma longa lista de direitos sociais. Com o fim da Primeira Guerra Mundial, mais precisamente em 1919, a República de Weimar, também proclamou direitos fundamentais no texto referido:

⁴ Sarlet (2011).

Com o fracasso militar e os graves problemas econômicos e geopolíticos decorrentes da imposição pelos vencedores do Tratado de Versalhes, que impôs sanções econômicas, políticas e territoriais muito rigorosas, e surgidos logo após o término da Primeira Guerra Mundial, a instabilidade política estava na ordem do dia. Os alemães não estavam somente com o seu orgulho e sentimento de soberania feridos; eles foram de fato e, pelo menos segundo a ótica dos vencedores com boas razões, aliados da nova ordem econômica mundial firmada pelo Tratado de Versalhes. A burguesia procurou neutralizar os movimentos revolucionários, negativamente, mediante repressão, e, positivamente, por meio de um projeto de república democrática e social que foi a República de Weimar. Por isso, a Constituição da República de Weimar foi considerada pelos historiadores como um compromisso ou pacto social firmado entre a burguesia e as demais forças sociopolíticas existentes à época. Esse compromisso implicou a positivação de direitos fundamentais de naturezas diversas no texto constitucional. (Dimoulis e Martins, 2011, p.30)

Os direitos de terceira geração são os de titularidade indeterminável, como o meio ambiente e a sadia qualidade de vida, também denominados de direitos de solidariedade e fraternidade, ou seja, são voltados à proteção da coletividade e não do indivíduo, assim considerado de forma individual. Nesse sentido, segundo a doutrina constitucionalista:

Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação. (Sarlet, 2011, p.49)

A esse respeito, segundo Dimoulis e Martins (2011):

Isso indica que é inexato se referir a “gerações” dos direitos fundamentais, considerando que os direitos sociais sejam posteriores aos direitos de inspiração liberal-individualista ou que estes tenham substituído, ultrapassado os direitos fundamentais clássicos da dita “primeira geração” liberal-individualista. Não há dúvida de que a parcela do orçamento estatal dedicada ao financiamento dos direitos sociais após a Segunda Guerra Mundial é bem maior do que aquela de inícios do século XIX. Mas essa é uma alteração quantitativa. Sinaliza uma mudança nas políticas públicas e não uma inovação no âmbito dos direitos fundamentais, cuja teoria e prática conheceram, desde o início do constitucionalismo, os direitos sociais. (p.32)

Verifica-se, assim, que a classificação dos direitos fundamentais em gerações tem, notadamente, uma função histórica e não normativa e, como se sabe, tais

gerações são cumulativas, na medida em que uma não exclui a outra, como salienta Botrel (2009):

A classificação dos direitos fundamentais em função das gerações ou dimensões tem mais um sentido histórico do que normativo, devendo-se compreender que as gerações dos direitos fundamentais são cumulativas, de maneira que os direitos de uma nova geração não excluem ou se alternam àqueles de uma geração anterior, mas a eles se somam, em um processo de verdadeira complementaridade. (p. 20).

No Brasil, o reconhecimento dos direitos fundamentais e sua positivação ocorrem desde a Constituição do Império, de 1824 e que permaneceu nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/1969, até culminar na atual Constituição de 1988. A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º extenso rol de direitos fundamentais, mas não os esgota, tendo em vista que os próximos dispositivos fazem menção aos direitos sociais e direitos dos trabalhadores.

Para esclarecer o assunto sobre a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil segue Gonzalez (2010):

No Brasil, desde seu nascimento como Estado Independente, foram os movimentos sociais que deram sentido e efetividade aos direitos fundamentais e à cidadania. Verificou-se, em nosso processo histórico, uma inversão, pela qual os direitos fundamentais criados nos textos constitucionais, doados de cima para baixo pelas elites, nunca foram conhecidos pela população e adquiriram muito pouca efetividade. Foram as lutas e os movimentos sociais que deram significado e efetividade aos poucos direitos fundamentais que sustentam a frágil cidadania no Brasil. Por essa razão os direitos fundamentais não possuem uma natureza jurídica individual ou subjetiva, como se tem dito comumente, mas decorrem de movimentos sociais que, em suas lutas reivindicatórias, geraram e continuam gerando os direitos fundamentais que adquirem uma natureza coletiva e difusa. (p. 8).

Para finalizar esse tópico a respeito da teoria geral dos direitos fundamentais faz-se necessário compreender que a legislação constitucional necessita, muitas vezes, da infraconstitucional para sua aplicação, como ocorre em seus efeitos horizontais no Direito Empresarial – assunto que será tratado quanto às técnicas de aplicação –, até mesmo porque as normas constitucionais, ou melhor, os direitos fundamentais, são genéricos e abstratos, segundo Dimoulis e Martins (2011).

Realizados os comentários imprescindíveis a respeito da teoria geral dos direitos fundamentais, o próximo tópico abordará a eficácia horizontal dos direitos fundamentais como um novo viés da ciência jurídica atual, segundo o qual os direitos fundamentais não se aplicam somente nas relações verticais entre Estado e indivíduos, mas também nas relações entre particulares.

1.2: A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Inicialmente, é importante registrar que a pesquisa referente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais torna-se possível devido ao abandono da ideia primitiva de que os direitos fundamentais possuem a função de somente proteger o indivíduo das investidas estatais, visto que a função dos direitos fundamentais se alterou com a evolução da sociedade advinda do surgimento do capitalismo. Na realidade, a evolução tecno-científica implica necessariamente na evolução do Direito, compreendido não somente como ciência, mas como direito positivo, como salienta Lotufo (2007)

Temos, portanto, que a evolução tecno-científica implica a evolução do Direito não só como ciência, mas como direito positivo.
No Brasil temos como fruto de permanente evolução social a atualização legislativa representativa de esforço científico, no início desse século, com o advento do novo Código Civil. (p.7)

Após a Revolução Industrial, a sociedade passou por várias transformações e uma delas é a visão de que os direitos fundamentais possuem função importante nas relações em que há uma desigualdade presente. Certo é que, quando há referência à desigualdade, primeiramente nos vem a ideia da relação vertical entre Estado e indivíduos, na qual o Estado é superior e, portanto, se faz necessária a invocação dos direitos fundamentais para proteção dos mesmos. A desigualdade não é verificada apenas nas relações entre Estado e indivíduos, pois nas atuais sociedades anônimas – vistas como máquinas de coletar capitais, como sinônimo do capitalismo moderno – o poder econômico é tão latente que traz como consequência essa desigualdade. Desta forma, os direitos fundamentais também devem ser invocados nessas relações de Direito Privado, ou seja, nas relações entre particulares. Essa desigualdade não significa desigualdade material, mas desigualdade no interior da relação jurídica específica.

Nas relações empresariais, quando uma das partes consiste em sociedades anônimas com grande poder econômico, a dominação pode até mesmo assemelhar-se a uma relação vertical, uma vez que essa dominação traz a ideia da presença estatal e isso se justifica, pois as sociedades anônimas são caracterizadas como fruto do capitalismo moderno diante do fato de existir a possibilidade de busca de recursos na sociedade, através da emissão dos valores mobiliários.

A invocação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é possível através da constitucionalização do Direito Empresarial, isto é, na alteração do centro do sistema do Direito Privado para o Direito Constitucional, bem como com os efeitos originados do neoconstitucionalismo, tendo em vista que, segundo Botrel (2009), a Constituição não pode mais ser vista como um Estatuto de Estado, mas se constitui como fonte de direitos que se irradia por todo o ordenamento jurídico produzindo também, portanto, seus efeitos na esfera empresarial.

Nesse sentido, conforme Virgílio Afonso da Silva (2011), na obra “A constitucionalização do Direito” a constitucionalização do Direito trata da irradiação dos efeitos das normas constitucionais aos demais ramos do Direito. Neste trabalho, consideramos essa irradiação nas normas de Direito Empresarial: nesse enfoque, as normas de Direito Empresarial devem ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais, o que não significa que as normas privadas deixaram de ter sua importância, mas a Constituição Federal é vista como o centro de todo o ordenamento jurídico. Em momento algum o fato do deslocamento do centro do sistema do direito privado para o direito constitucional significa que o Código Civil não possui importância ou que deixa de ter sua utilidade. Com o movimento da constitucionalização do direito, apesar da carga axiológica das normas constitucionais com produção de efeitos por todo o ordenamento jurídico, a legislação infraconstitucional – leia-se aqui, o Código Civil e a Lei nº 6404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) – ainda mantém papel fundamental, como espécie de eixo da matéria, como aponta Timm (2008).

Sobre essa questão, o autor continua afirmando que o fenômeno da constitucionalização do direito também pode ser conceituado como descodificação, pois os códigos modernos possuem conceito diverso dos antigos. Na concepção clássica, pode-se dizer que uma área do ordenamento jurídico encontra-se codificada quando suas regras estão previstas em textos normativos unitários e sistematizados. No entanto, atualmente não é mais possível essa visão clássica de código, pois no pós-guerra surgiram várias leis esparsas, todas elas sob o comando constitucional, portanto temos atualmente a ideia de sistema de forma policêntrica, ou seja, um corpo de leis especiais reguladoras de matérias específicas, sem qualquer relação uma com a outra e extraindo sua unidade da ordem constitucional.

A grande questão é como os direitos fundamentais podem ser aplicados nas relações jurídicas entre particulares tendo em vista que, como o tema fica a cargo da doutrina e jurisprudência, com exceção de algumas constituições, como a suíça e a portuguesa. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva (2011) aponta que há teorias que negam a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e há teorias que entendem que possuem vinculação direta ou, ainda, indireta. Os defensores da vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no Brasil se fundamentam no art. 5º, § 1º da Constituição Federal⁵, pois este expressa que os direitos fundamentais têm aplicação imediata e, desta forma, devem surtir efeitos diretamente nas relações verticais e horizontais. Nesse ponto, o autor entende que o dispositivo constitucional acima referido não pode ser utilizado como instrumento de embasamento da doutrina que entende pela aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, visto que há confusão entre eficácia e aplicabilidade, pois o texto constitucional quando dispõe que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, se refere à capacidade de produzir efeitos imediatamente.

A ideia faz sentido porque eficácia, ainda segundo o autor, efeitos e aplicabilidade são conceitos distintos, mas que muitas vezes são lidos como sinônimos: a eficácia é a aptidão, a capacidade de produzir efeitos, o que não se confunde com os próprios efeitos; já a aplicabilidade é uma qualidade do que é

⁵ § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

aplicável, ou seja, que reúne outros elementos ao ponto de ensejar a conexão com o caso concreto. A grande questão referente ao tema é ter conhecimento de como os direitos fundamentais vão surtir efeitos nas relações entre particulares, ou seja, como os mesmos serão aplicados no direito privado. Para tanto, existem os chamados modelos de aplicabilidade, que são os diretos e indiretos e ainda o não-modelo, caracterizado pela impossibilidade da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Para Dimoulis e Martins (2011), os direitos fundamentais vinculam, de forma imediata, o Estado e também trazem consequências a outros titulares de direitos pela via indireta. O Estado, portanto, além de observar a esfera de liberdade individual garantida, tem o dever de proteger os direitos contra agressões de particulares: trata-se do efeito horizontal. Não menos importante é sua afirmação de que o efeito horizontal tem caráter mediato/indireto, pois se refere à obrigação do magistrado de observar o papel dos direitos fundamentais, sob pena de prolatar uma sentença inconstitucional. Já o efeito imediato/direto refere-se ao vínculo direto das pessoas aos direitos fundamentais ou de sua imediata aplicabilidade para a solução dos conflitos interindividuais. Mesmo no caráter direto, as relações entre particulares somente ficam submetidas aos direitos fundamentais mediante atuação do Estado, pois somente o Estado-Juiz está diretamente vinculado.

O modelo de efeitos indiretos é unânime em sua aceitação entre os países que reconhecem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois parte do pressuposto da existência de um direito geral de liberdade que traz como consequência o fato de que os direitos fundamentais não são absolutos nas relações entre particulares, mas podem ser flexibilizados em tais relações com a existência dessas cláusulas gerais, como a boa-fé e bons costumes, cláusulas existentes nos diplomas de direito privado. Segundo Virgílio Afonso da Silva (2011), o estudo e a aplicação do modelo nas relações entre particulares são possíveis através do reconhecimento de que esses direitos possuem um sistema de valores que deve ser aplicado por todo o ordenamento jurídico, isto é, não são apenas declarações de direitos isoladas.

Na Alemanha, um dos países pioneiros nas pesquisas acerca do tema e no qual é reconhecido o modelo de efeitos indiretos, há um caso concreto famoso e considerado precursor: trata-se do “Caso Lüth”, mencionado por Silva (2011), no qual em 1950, Erich Lüth, presidente de uma associação de imprensa em Hamburgo, na Alemanha, em uma conferência na presença de diversos produtores e distribuidores de filmes para cinema, defendeu um boicote ao filme *Amantes imortais (Unsterbliche Geliebte)*, do diretor Veit Harlan que, na época do regime nazista, havia dirigido filmes anti-semitas e de cunho propagandístico para o regime em vigor. Diante disso, o produtor do filme ajuizou ação contra Lüth – considerada procedente pelas instâncias inferiores – com o intuito de exigir indenização e proibi-lo de continuar defendendo tal boicote, com base no § 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “[...] aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo” (p.80).

Em face do resultado, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional que anulou as decisões inferiores, sustentando que as mesmas feriam a livre manifestação do seu pensamento. A decisão, no entanto, não se fundou em uma aplicação direta do direito à manifestação do pensamento ao caso concreto, mas em uma exigência de interpretação do próprio § 826 do Código Civil alemão, especialmente do conceito de bons costumes, pois, segundo o Tribunal: “[...] toda disposição de direito privado deve ser interpretada sob a luz dos direitos fundamentais” (p. 80).

Ainda segundo o autor, apesar da aceitação unânime entre os países que reconhecem esses efeitos, como a Alemanha, não há possibilidade de fugir às críticas até mesmo porque estas, muitas vezes, são utilizadas como instrumentos de enriquecimento e aprofundamento da própria teoria. As críticas ao modelo de efeitos indiretos residem no fato de que as cláusulas gerais nos diplomas privados podem ser insuficientes para abarcar os direitos fundamentais, bem como no fato de que o reconhecimento do sistema de valores contidos nos direitos fundamentais também pode não ser absolutamente aceito.

Através do modelo de aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, os primeiros não podem incidir de maneira imediata e

direta nas relações privadas; assim, para ocorrer essa incidência deve haver mediação legislativa ou judicial, ou seja, ou o Poder Legislativo cria leis conforme os valores estabelecidos na Constituição, ou o Poder Judiciário interpreta as normas previstas nessas leis conforme a Constituição, como aponta Antunes (2012).

Na Alemanha, por volta dos anos 1950, segundo Silva (2011) surgiu o modelo de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou seja, para os adeptos desse modelo, os direitos fundamentais, pelo seu valor, não necessitam de nenhuma intermediação legislativa para serem aplicados, não necessitam de cláusulas gerais como pressuposto de aplicação. Para este modelo, os direitos fundamentais são aplicados nas relações entre particulares da mesma forma que são aplicados nas relações verticais entre Estado e indivíduos, sem nenhuma ação intermediária, sendo que sua aplicação iniciou-se através de um caso concreto no Tribunal Federal do Trabalho alemão. Neste caso concreto, o magistrado Nipperdey concluiu pela aplicação direta dos direitos fundamentais e o mencionado caso referiu-se a igualdade de salários entre homens e mulheres. Assim como o modelo de aplicabilidade indireta, esse modelo também sofreu críticas, no sentido da insegurança jurídica e pela possibilidade de ocorrer a extinção da autonomia privada.

Segundo Antunes (2012), a partir da década de 1950 a teoria da eficácia direta passou a ser defendida; entende-se, no caso, que não há necessidade de intervenção do Poder Legislativo para que haja a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e essa aplicação deve ser feita de forma direta pelo Poder Judiciário. A ideia teve início na Alemanha, com Nipperdey, Juiz do Tribunal Federal do Trabalho do referido país, mas se irradiou para outros países como Portugal, Espanha, Brasil e Argentina. As críticas à teoria direta se referem à possibilidade de insegurança jurídica e à extinção ou perda da força da autonomia privada.

No Brasil, novamente segundo Silva (2011), o modelo de aplicabilidade direta já serviu como fundamento para várias decisões do Supremo Tribunal Federal, apesar de não ser assunto que ocupa de forma explícita e rotineira suas decisões.

Há um caso concreto de um funcionário não francês da empresa aérea Air France para o qual não tinham sido estendidos os direitos dos funcionários franceses previstos no plano de carreira da empresa, caso este trazido pelo Recurso Extraordinário 161.243.⁶ Este modelo também já foi utilizado pelo STF para fundamentar decisão em outro caso concreto através do Recurso Extraordinário 158.215, no qual houve o julgamento do caso de uma cooperativa que havia expulsado um associado sem observância das regras contidas no estatuto e sem garantir a esse associado o direito de ampla defesa⁷.

Pelos julgados mencionados o modelo de aplicabilidade direta foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, através da aplicação direta pelo Poder Judiciário, sem necessidade alguma de intermediação legislativa, o que nos leva a concluir que este modelo prevalece no Brasil contrariamente aos países que são

⁶ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. 161243 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 29/10/1996. Órgão Julgador: Segunda Turma. J 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756. www.stf.jus.br. Acesso em 09/06/2013.

⁷ DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. RE 158215 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a) Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 30/04/1996. Órgão Julgador:-SEGUNDA TURMA. J 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307. RTJ VOL-00164-02 PP-00757. www.stf.jus.br. Acesso em 09/06/2013.

considerados precursores na pesquisa e que aplicam o modelo indireto, como é o caso da Alemanha.

Segundo Silva (2011), os modelos de aplicabilidade indireta e direta são predominantes, mas também há o modelo que nega a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois entende pela sua aplicação somente nas relações verticais, ou seja, pugnam pela afirmação de que não há violação dos direitos fundamentais pelos particulares, somente pelo Estado, mas ocorre que essa negação é apenas aparente, pois se trata de imputar ao Estado a responsabilidade pelos atos privados ou equiparar os atos privados aos atos estatais.

A doutrina da *state action*, não reconhece de forma expressa que os direitos fundamentais podem ser aplicados nas relações horizontais, mas reconhece que um ato privado que viole os direitos fundamentais pode ser objeto do controle judicial: assim, essa doutrina americana equipara a ação privada à ação estatal, mas essa equiparação somente é realizada através de formas artificiais. Nesse sentido, o autor acima referido entende que no Brasil, apesar de não haver preocupação alguma com a negação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações horizontais ocorre, em alguns julgamentos dos remédios constitucionais de mandados de segurança e *habeas corpus*, a equiparação de entes privados a entes públicos.

Além da doutrina da *state action*, outra teoria também trabalha no sentido de negar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais através da aparente negação: trata-se da chamada *Teoria de Schwabe*, que carrega esse nome devido ao jurista alemão Jürgen Schwabe, seu precursor. Para essa teoria, não há nenhum tipo de equiparação de ato privado ao ato público, mas imputação de responsabilidade ao Estado em caso de ausência de previsão legislativa infraconstitucional para solução de algum caso concreto; desta forma, caso haja violação de um direito fundamental por particulares e não haja regulação legislativa infraconstitucional, presume-se que essa violação foi permitida pelo Estado, passando a ser de sua inteira responsabilidade, nesse sentido Silva (2011).

Assim, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser aplicados nas relações privadas através dos modelos de aplicabilidade indireta ou direta, ou seja, através do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, quando elabora as leis conforme as regras constitucionais, quando as aplica no caso concreto ou, ainda, quando invoca as chamadas cláusulas gerais oriundas do direito civil, como a boa-fé, bons costumes, ou, pelo modelo direto, quando independe de cláusulas gerais, bem como de atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou seja, os direitos constitucionais são aplicados, sem intermediações, nas relações entre particulares.

1.3: Conclusões parciais

Este capítulo objetivou a análise da teoria geral dos direitos fundamentais através dos aspectos históricos de seu desenvolvimento quanto ao reconhecimento e positivação desses direitos, expondo a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776 bem como a Declaração Francesa dos direitos do homem e do cidadão, de 1789. Além disso, foram mencionadas as Constituições Mexicana, de 1917 e de Weimar, de 1919; também foi necessária a análise do reconhecimento e efetividade dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras. Tais considerações acerca da teoria geral dos direitos fundamentais foram imprescindíveis para o início do estudo sobre sua eficácia horizontal, ou seja, quando tais direitos podem ser invocados e aplicados em relações particulares.

Os direitos fundamentais, como observamos no transcorrer deste capítulo, não possuem como finalidade apenas a proteção dos indivíduos, mas têm uma função importante nas relações nas quais há uma desigualdade presente, verificada não somente nas relações entre Estado e indivíduo, mas também nas relações entre particulares. No presente estudo, essa desigualdade será analisada sob a ótica das sociedades anônimas, nas quais o poder, denominado 'poder de controle', traz a necessidade de proteção dos envolvidos na atividade empresarial.

Esse estudo se torna viável no âmbito da constitucionalização do Direito Empresarial, uma vez que as normas jurídicas empresariais devem ser interpretadas

à luz dos direitos constitucionais; nesse sentido, atualmente figura o chamado Direito Societário Constitucional. Nas sociedades anônimas, tipo societário – assunto a ser tratado no decorrer deste trabalho – há a possibilidade de busca de valores na sociedade, ou seja, de socialização dos investimentos através da emissão de valores mobiliários no mercado acionário. Diante dessa possibilidade e do poder de controle que, efetivamente, comanda o futuro da sociedade – tema que também será analisado mais detalhadamente em momento posterior –, verifica-se uma desigualdade material entre os envolvidos na atividade econômica, motivo pelo qual surge a demanda da invocação dos direitos fundamentais.

Todos os envolvidos na empresa devem receber tratamento igualitário e uniforme e isso somente se torna possível através da análise do Direito Societário Constitucional, no sentido em que as regras de proteção dos acionistas, dos futuros acionistas, dos empregados da sociedade empresária e da própria sociedade estão, primeiramente, disciplinados pela Constituição Federal e, posteriormente, pela Lei 6.404/76, bem como por normas reguladoras da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), constituída como autarquia federal responsável pela fiscalização e regulação das sociedades anônimas abertas e do mercado de capitais.

CAPÍTULO II: A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A EMPRESA

II.1: Surgimento da Revolução Industrial

A presente dissertação possui como tema central o controle gerencial de uma sociedade empresária e esta está enraizada na esfera econômica. Como no próximo tópico será realizada a análise da visão entre a empresa, a economia e o direito – compreendido por L. Baudin *apud* Ripert (2002) como uma cristalização da economia –, um estudo a respeito da Revolução Industrial e do fortalecimento do capitalismo constitui etapa necessária para o desenvolvimento deste estudo, tendo em vista que a Revolução Industrial é uma das mais importantes revoluções verificadas no processo histórico e isso se justifica pelas transformações ocorridas na história mundial.

Não há como negar que a Revolução Industrial foi uma das revoluções mais importantes diante da transformação do cenário mundial, por isso é considerada um fenômeno singular, unívoco, conforme salienta Arruda (1988). Para o historiador, não se tratou especificamente de uma revolução, com rápidas mudanças e violentos conflitos sociais, mas de uma lenta evolução da Revolução Inglesa:

A especificidade desta Revolução Industrial tem que ser buscada no quadro mais amplo da formação da sociedade capitalista e, no plano mais restrito, das revoluções burguesas no mundo ocidental. Neste prisma, a Revolução Industrial é o complemento direto da Revolução Inglesa do século XVII, que cria as condições básicas para a eclosão do maquinismo no final do século XVIII, consolidando a ideia de Revolução Inglesa como célula-mãe da Era das Revoluções Burguesas, por destravar as forças produtivas rumo à Revolução Industrial. *Lato sensu*, a Revolução Industrial é a culminância de um processo secular, com suas raízes fundidas na crise do sistema feudal, que consolida o modo de produção capitalista, instaurando um sistema econômico-social, com sua forma peculiar de Estado e ideologia específica. (p.08)

Nesse sentido, é importante pontuar que a fase intermediária entre a crise do Feudalismo e a Revolução Industrial é dominada pelo capital mercantil:

A fase que medeia entre a crise do sistema feudal e a Revolução Industrial é dominada pelo capital mercantil, pelo processo de acumulação originária

de capitais e a coexistência de formas diversas e antagônicas de produção, dentre as quais, a forma mais avançada é a manufatura. O conjunto destes elementos constitui a transição e a sua superação seria condição *sine qua non* para a passagem do modo de produção feudal ao modo de produção capitalista. (Arruda, 1988, p. 24)

Verifica-se, assim, que a manufatura, que antecedeu ao capitalismo, possuía características próprias, como a intensificação da divisão do trabalho – neste caso, o trabalho de cada indivíduo não tinha relação com a do outro, ou seja, não havia o trabalho coletivo e o próprio indivíduo é quem controlava a produção:

Como o princípio característico da manufatura é a extrema divisão do trabalho, resulta o isolamento das diferentes fases da produção e a independência relativa entre os trabalhadores. [...] Fundamentalmente, estamos diante de um indivíduo que domina o seu *mister* e controla os meios de produção mesmo sem ter a sua propriedade e, por isso mesmo, determina o curso do ciclo produtivo. Este controle é exercido de modo objetivo, pois o limite da produção é dado pela capacidade física do artesão, e subjetivo, pois o trabalhador aciona o instrumento que é uma extensão de suas mãos, segundo sua própria vontade. Os limites naturais da força humana impõem limites à produção, tanto no nível da procura por mercadorias, quanto da acumulação de capital, que é o cerne dinâmico do sistema capitalista, cujas flutuações determinam uma parada imediata no processo de desenvolvimento resultando, portanto, numa crise. (Idem, p. 28-29)

Com o desenvolvimento dos mercados no decorrer da história, bem como com o fortalecimento dos mercados interno e externo na Inglaterra, a manufatura foi substituída pela maquinofatura que trouxe como característica a utilização da força motriz no lugar da força humana. Essa transição, segundo o autor, poderia ocorrer de duas formas: no caso do produtor se tornar mestre-manufatureiro e, assim, comerciante e capitalista ou no caso do comerciante-manufatureiro apoderar-se da produção preservando, no entanto, o antigo modo de produção artesanal.

O fato é que essa transição trouxe alterações no cenário industrial, pois a força humana, elemento em destaque na manufatura, não possuía tamanha importância nessa nova fase pelo fato desta força humana passar a ser apenas um instrumento de trabalho diante da introdução das máquinas:

Estamos, neste caso, diante da grande transição. Não se trata da transição do regime de trabalho servil para os produtores independentes,

camponeses ou artesãos, trata-se, isso sim, da passagem dos produtores independentes, ou formalmente subordinados ao capital, para a produção capitalista com subordinação real dos produtores ao domínio do capital. (Idem, p. 48)

Com a introdução da máquina, tornou-se necessária a evolução na produção de energia, pois a força humana não era capaz de atender a nova fase industrial, o que ocorreu com a força motriz que culminou no surgimento da máquina a vapor. Segundo Ripert (2002), o maquinismo conquistou a indústria e novas fontes de energia foram utilizadas; a divisão e a especialização do trabalho acarretaram a substituição da oficina pela manufatura. A máquina da qual nasce a Revolução Industrial substitui o trabalhador que manipula apenas uma ferramenta por um mecanismo que pode operar, concomitantemente, um determinado número de ferramentas semelhantes, acionadas por qualquer tipo de energia motriz, independente de sua forma, como salienta Arruda (1988).

As transformações advindas com a Revolução Industrial, segundo o autor, não ocorreram somente na esfera econômica, mas nas esferas cultural e social, sendo que a sociedade teve que se adequar à nova fase industrial. A introdução das máquinas na indústria acabou acentuando a divisão da sociedade em duas classes distintas: a burguesia e o proletariado. A classe trabalhadora foi a que vivenciou, de forma mais acentuada, as transformações sociais oriundas da industrialização, inicialmente com o crescimento populacional nas cidades que ocasionou, por sua vez, o esvaziamento da área rural. A industrialização também ocasionou o aumento da produção nas fábricas, o que gerou o ingresso das mulheres e crianças no mercado de trabalho, aumento dos acidentes de trabalho e jornadas de trabalho excessivas.

Desta forma, é possível perceber a amplitude das transformações vivenciadas pela classe trabalhadora, uma vez que o trabalhador na manufatura detinha o controle do ciclo produtivo e a força humana era o elemento essencial; com a introdução das máquinas nas fábricas, o trabalhador fica submetido ao capital. Para Ripert (2002), o capitalismo é criação contínua, pois se trata de encontrar as regras jurídicas próprias e assegurar o melhor funcionamento da empresa capitalista. O capitalismo, como novo modelo de produção a submeter o trabalhador ao capital,

necessitava de forma jurídica para exploração desse capital para se fortalecer: essa forma jurídica é a empresa. Nesse sentido, o autor esclarece que o regime capitalista construiu a empresa sobre a propriedade e o contrato: a propriedade dos bens e o contrato com os trabalhadores. A empresa capitalista põe o trabalho a serviço do capital, dá aos capitalistas a propriedade e a direção da exploração.

Nesta perspectiva, a empresa seria identificada com a propriedade, no sentido de se tratar de feixe de direitos de propriedade formados pelo empresário com o intuito de melhor utilizar os bens que estão em seu poder. Como o regime capitalista se utiliza da empresa como forma jurídica para exploração do capital, faz-se necessária a análise da empresa num viés econômico e jurídico.

II.2: Empresa e o Direito

Como mencionamos, é importante a análise das formas que fortalecem o capitalismo, desta forma, antes de iniciarmos o estudo a respeito das sociedades anônimas, serão reservadas algumas linhas para a análise da empresa em seu aspecto econômico e jurídico, tendo em vista que a empresa constitui fenômeno econômico-social que possui desdobramentos na área jurídica:

Assim é que a empresa foi se impondo, pouco a pouco, com fluxos e refluxos sempre, porém, com uma constância remarcável, à consciência de todos – juristas, sociólogos, economistas, religiosos, políticos – a ponto de constituir uma realidade tão gritante que o Direito não pôde resistir ao seu impacto. (Bulgarelli, 1985, p.03)

Atualmente, a empresa constitui atividade econômica organizada, ou seja, o que deve ser preservado para a manutenção dos chamados *stakeholders*, que são todos os que possuem interesse na atividade empresarial, quais são, os credores sociais, empregados, contribuição ao Fisco e a própria sociedade na qual o empresário atua, conformando todos os envolvidos na atividade empresarial.

O Direito Empresarial, devido às transformações sofridas pela Revolução Industrial, necessariamente teve que se modernizar e da mesma maneira ocorreu

com as reuniões de pessoas com objetivo comum, as chamadas sociedades empresárias, conforme registraremos a seguir.

Com relação à história do direito comercial, pode ser destacada a primeira fase, com o surgimento das corporações de ofício que representavam a união da classe de comerciantes; as regras por elas disciplinadas apenas eram aplicadas aos comerciantes que delas participavam. Desta forma, o direito comercial surge com certo aspecto subjetivista. Segundo Coelho (2012)

A história do direito comercial é normalmente dividida em quatro períodos. No primeiro, entre a segunda metade do século XII e a segunda do XVI, o direito comercial é o direito aplicável aos integrantes de uma específica corporação de ofício, a dos comerciantes. Adota-se, assim, um critério subjetivo para definir seu âmbito de incidência. A letra de câmbio, os bancos e o seguro são exemplos de institutos já existentes nesse período. (p.29)

O segundo período é ainda marcado pelo subjetivismo e data entre os séculos XVI e XVIII isso porque mesmo no processo de uniformização das normas jurídicas sobre atividades econômicas na Inglaterra e França, apesar de na Inglaterra já tivesse ocorrido a absorção das corporações pelos tribunais da “Common Law”, na França as corporações de comerciantes perdiam, paulatinamente, a competência jurisdicional para os tribunais do Estado nacional, mas ainda imperava o subjetivismo, nesse sentido Coelho (2012).

Na França, Napoleão Bonaparte patrocina dois diplomas legais importantes: o Código Civil, em 1804, e o Código Comercial, em 1807. Neste último, vigorava o sistema dos atos de comércio, sendo que através desse sistema os atos considerados comerciais estavam expressos, portanto, mesmo que existissem outros – os que não constavam nesta lista não estavam submetidos às regras do direito comercial, mas às regras do direito civil.

A teoria dos atos de comércio influenciou o Código Comercial Brasileiro, datado de 1850: esse sistema vigorava com o diferencial de que o Código sequer mencionava quais atos eram considerados comerciais, o que gerou a necessidade da edição do Regulamento 737, do mesmo ano, para ter a disciplina completa do

que seriam atos de comércio. Segundo Coelho (2012), o Regulamento 737/1850 trazia uma lista do que eram considerados atos de comércio pela legislação brasileira, mas mesmo sendo considerado completo para a época, o regulamento não incluía situações que deveriam ser submetidas ao Direito Comercial.

É importante mencionar, ainda segundo o autor acima referido que, com o surgimento e aplicação da teoria dos atos de comércio, o direito comercial que até então possuía aspecto subjetivista, pois disciplinava apenas os artesãos que participavam das corporações de ofício, passou a ter aspecto objetivista, pois as regras eram aplicadas aos atos considerados pela legislação como comerciais e não mais a determinadas pessoas pertencentes a classes diferenciadas da sociedade. O fato é que o sistema de atos de comércio não incluía segmentos importantes da vida comercial; devido ao fato de que a sociedade desenvolvia-se de forma acelerada e o comércio deveria acompanhá-la, foi inevitável sua substituição por outro sistema, de influência italiana, denominada teoria da empresa.

Na Itália, em 1942, surgiu o Código Civil encampando a denominada teoria da empresa, que deixa de proteger o ato comercial para proteger a atividade econômica organizada, ou seja, a empresa. A teoria da empresa influenciou o Código Civil de 2003, no Brasil, que revogou parte do Código Comercial de 1850, bem como o Código Civil de 1916. Nesse âmbito, o doutrinador Bulgarelli (1985) menciona que:

A profundidade das alterações pretendidas, como é evidente, diz respeito não só à unidade do Direito Obrigacional, sem distinção entre atos civis e mercantis, mas, também, ao fato de que o comerciante deixará de ser o centro nuclear do sistema, igualando-se os tipos de atividades econômicas produtivas (principalmente os da indústria e de serviços), passando todos a figurar em um mesmo plano. O Direito não mais considerará o comerciante e os atos de comércio como peças angulares, como ocorre no sistema atual, pois que o fundamento da qualificação do empresário não será, como agora “o exercício profissional da mercancia” (art. 4º do CComercial), e, sim, a empresa como noção referível à atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida profissionalmente. (p.05-06)

Com a teoria da empresa protegendo a atividade econômica organizada, o conceito de empresário deve ser compreendido como aquele que exerce essa atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços

para o mercado, sendo que esse empresário pode ser individual ou sociedade empresária. O empresário individual se caracteriza quando o exercício da atividade econômica ocorre através de uma única pessoa e a sociedade empresária ocorre quando há reunião de pessoas com o mesmo objetivo de lucro. A empresa, como atividade econômica organizada, conceito atualmente utilizado pelo Direito Empresarial, constitui fenômeno econômico, pois inicialmente seu conceito está abarcado no interesse do lucro, no entanto, quando esse conceito é transportado para o mundo jurídico, podem ser geradas variadas situações.

Essas situações advêm do fato de que a empresa é conceituada ora como atividade econômica organizada, ora como estabelecimento empresarial e ora como instituição, portanto, a empresa pode ser verificada como fenômeno poliédrico, como bem observa Asquini *apud* Bulgarelli (1985). Nesse sentido, num aspecto subjetivo, a empresa é considerada empresário, aquele que exerce de forma profissional a atividade econômica organizada para a obtenção de lucro através da produção ou circulação de mercadorias ou serviços. No Brasil, o conceito de empresário é verificado no artigo 966 do Código Civil⁸ e a forma organizada inclui a habitualidade, ou seja, o empresário não pode exercer a atividade econômica esporadicamente; em relação à profissionalidade, o empresário não consegue exercer essa atividade econômica individualmente, depende do auxílio de outras pessoas contratadas. Assim sendo, segundo Fábio Ulhoa Coelho (2013), na obra “Manual de Direito Comercial” ocorre o monopólio das informações, no sentido em que o empresário deve possuir todas as informações necessárias ao desenvolvimento dessa atividade econômica.

Num aspecto funcional, a empresa pode ser considerada atividade, ou seja, função de atividade econômica vinda com a teoria da empresa, de influência italiana e que, no Brasil, apenas vigorou a partir do Código Civil de 2003, tendo em vista que até então vigorava a teoria dos atos de comércio, como mencionamos. Como fenômeno poliédrico, a empresa pode ser considerada o estabelecimento

⁸ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

empresarial⁹, num aspecto objetivo ou patrimonial, ou seja, o conjunto de bens materiais ou imateriais necessários ao desenvolvimento da atividade econômica, aqui podendo ser incluídos a sede; os maquinários; o ponto comercial; os direitos industriais, como as marcas e invenções, dentre outros.

Num aspecto corporativo, a empresa pode ser considerada instituição, ou seja, organização de pessoas formada pelo empresário e seus colaboradores para o desenvolvimento da atividade. Com a análise dos perfis da empresa, verifica-se que quando é transportada para o mundo jurídico, a empresa pode ser caracterizada de várias formas, mas o importante é o aspecto da atividade como função, tendo em vista que o Direito protege atualmente a atividade econômica. A seguir, como o foco da presente dissertação é o controle administrativo exercido nas sociedades, faz-se necessária, a análise histórica do surgimento das sociedades e dos motivos do interesse na reunião de pessoas para determinado fim.

II.3: Sociedades Empresárias

O tema central da presente dissertação é o controle gerencial exercido nas sociedades empresárias, portanto, é importante a análise do surgimento das sociedades caracterizadas como reunião de pessoas com o objetivo de atingir o lucro. A atividade empresarial, nesse sentido, pode ser desenvolvida por uma única pessoa, denominada empresário individual, ou através de reunião de pessoas, como sociedade empresária. No entanto, antes da Idade Média, momento no qual se evidenciou o sistema feudal, não é possível falar em reunião de pessoas para desenvolvimento do comércio. Como já mencionamos, no período da Idade Média formaram-se as corporações de ofício, que nada mais eram que reuniões de pessoas com objetivo comum, sendo que a diferença é que as regras do direito comercial somente eram aplicadas aos comerciantes integrantes das corporações.

O século XVII foi marcado pelo surgimento das companhias colonizadoras, frutos da associação dos Estados europeus com comerciantes e investidores, interessados em novos mercados, em novas rotas para o Oriente e, principalmente,

⁹ Art. 1142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

nas mercadorias e riquezas possivelmente existentes nos domínios a serem explorados. Pode ser destacada, no caso, a Companhia das Índias Orientais, fundada em 1602, na Holanda, que admitiu sócios de todas as classes, conforme observação de José Orlando Gonçalves da Silva (2005) em seu artigo publicado no site da Comissão de Valores Mobiliários, intitulado como Acordo de acionistas e poder de controle na sociedade anônima brasileira.

No século XVIII, a Revolução Industrial trouxe amplas e complexas transformações através do ensejo de novos conceitos, incluindo o de produção em larga escala – ocorre a transição da manufatura para o modo industrial de produção com a inserção de máquinas substituindo o trabalho humano, notadamente com a utilização da máquina a vapor e, posteriormente, com máquinas que funcionavam com energia elétrica. Não há como negar o impacto social causado pela revolução tecnológica diante do aumento do desemprego e do deslocamento das famílias para a área urbana na qual se desenvolviam tais transformações. É importante afirmar que, com a Revolução Industrial, desenvolveu-se o sistema capitalista.

Para o autor acima referido, com o desenvolvimento e fortalecimento do capitalismo ocorre um estreitamento das relações entre empreendedor e investidor, pois quanto mais forte a relação entre eles, ou seja, quanto maiores as relações societárias, maior o capitalismo das empresas e o aperfeiçoamento do Direito Empresarial. Como mencionamos neste capítulo, a empresa é a forma jurídica utilizada pelo capitalismo para exploração do capital e esta é exercida pelo empresário de forma individual ou através de sociedade empresária. No início da exploração da empresa através de reunião de pessoas, o vínculo entre elas se verificava por laços familiares ou de amizade, mas atualmente há tipos de sociedades nas quais não há conhecimento pleno de quem são todos os sócios, como ocorre nas sociedades por ações nas quais, por haver a socialização do capital, o número de sócios é grande. O aumento dos empreendimentos fez, portanto, com que os sócios passassem a ter dificuldades para gerir os negócios, sendo imprescindível a delegação a outras pessoas, o que fez surgir a classe dos administradores, a divisão de funções e o início de um sistema de fiscalização e regulação no interior das sociedades empresárias.

II.4 Conclusões parciais

Retomando as informações acerca da Revolução Industrial, neste capítulo nos dedicamos a demonstrar como o modo de produção capitalista fez surgir a empresa e a sociedade empresária. A manufatura possuía como características a intensificação da divisão do trabalho e a força humana como elemento essencial, desta forma, o trabalhador é quem comandava o ciclo de produção. Com a Revolução Industrial, esse quadro foi modificado substancialmente, pois o sistema capitalista introduz a submissão do trabalhador ao capital quando se iniciam as produções em larga escala, o trabalho coletivo, acarretando todas as transformações sociais mencionadas.

O sistema capitalista gera a necessidade de uma forma jurídica para a exploração do capital, qual seja a empresa, que significa atividade econômica organizada. Nesse sentido, é possível concluir que o capitalismo fez gerar a empresa, que pode ser exercida de forma individual ou através de reunião de pessoas com o objetivo de lucro, caracterizada de sociedades. Neste trabalho, nos interessa exatamente o exercício da atividade na forma de reunião de pessoas, notadamente através das sociedades anônimas, tipo societário, através da qual ocorre a socialização do investimento, ou seja, há possibilidade da sociedade empresária buscar recursos na sociedade através da emissão dos chamados valores mobiliários, conceito em abordagem nas próximas linhas. A seguir, partimos para a análise das sociedades anônimas, tipo societário, no qual o controle gerencial ou administrativo é verificado de forma mais tênue.

CAPÍTULO III: SOCIEDADES ANÔNIMAS

Este capítulo terá como foco as sociedades anônimas em sua importância como sociedade empresária; sua importância na economia e sua função social. Falaremos dos acionistas e seus perfis, como forma de introduzir o tema subsequente, qual seja, o poder de controle.

III.1: Sociedades anônimas e seus aspectos

A atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens e serviços é realizada pelo empresário, que pode ser empresário individual ou sociedade empresária. O empresário individual exerce a atividade econômica sozinho, mas se utiliza de profissionais especializados e funcionários; nas sociedades empresárias, a empresa é desenvolvida pela conjugação de esforços pessoais e econômicos, ou seja, as pessoas se unem a fim de desenvolver a atividade com o objetivo de atingir suas metas que, notadamente, se constituem no lucro.

Os sócios não são considerados empresários, pois o empresário é aquele que exerce a atividade econômica organizada, portanto, os sócios podem ser empreendedores ou investidores na sociedade empresária. Os empreendedores, além de contribuírem para a formação do capital social o que, por sua vez, é um dos deveres dos sócios, também trabalham na sociedade, fazendo *jus* à distribuição dos lucros e ao *pró-labore*, que se trata de uma remuneração mensal do sócio empreendedor, prevista no contrato ou estatuto social.

Nem todos os sócios são empreendedores, pois há os que possuem perfil de investidor, assim, esses sócios contribuem para a formação do capital social e somente possuem a preocupação com os lucros, ou seja, não se preocupam com o efetivo desenvolvimento da atividade empresarial. No campo das sociedades empresárias, estas podem ser de várias espécies, como as comanditas simples, em conta de participação, em nome coletivo, limitadas e sociedades por ações. Cada uma das espécies de sociedade possui suas particularidades com regulação no

Código Civil Brasileiro, mas as sociedades por ações, que podem ser de dois tipos – as comanditas por ações e as sociedades anônimas, possuem suas regras em diploma legal específico, expresso na Lei 6.404/76.

O desenvolvimento desta dissertação não é momento para análise de todas as espécies de sociedades empresárias, mas sim das sociedades anônimas, espécies de sociedades por ações. As sociedades anônimas são espécies de sociedades por ações, ao lado das sociedades em comanditas por ações, uma vez que, segundo Lippkann *apud* Ripert (2002) possuem seu capital social dividido em ações e atualmente são consideradas fruto do capitalismo, por atraírem investidores de vários perfis. O capital social constitui o patrimônio da sociedade empresária e sua formação é um dos deveres dos sócios que injetam capital na mesma para a formação do capital social, sendo que após sua constituição, isto é, no decorrer do desenvolvimento da atividade empresarial, pode ser necessário o aumento desse capital social, o que pode ser realizado pelos próprios sócios, ou no caso das sociedades anônimas, através de busca de valores na sociedade.

Segundo Requião (2012), as sociedades anônimas são consideradas instrumento do capitalismo moderno, pois além da possibilidade de aumento de seu capital social através de busca de valores na sociedade, também possuem a limitação da responsabilidade, ou seja, seus sócios, considerados acionistas, possuem responsabilidade limitada ao preço de emissão de suas ações subscritas ou adquiridas. No que se refere à responsabilidade, a regra no direito societário é que os sócios respondem pelas dívidas da sociedade somente de forma subsidiária, ou seja, somente após esgotados todos os meios de recebimento do débito do patrimônio da sociedade empresária e isso decorre da separação do patrimônio da pessoa jurídica e da pessoa física dos sócios.

As ações, como parcela do capital social e como tipo de valor mobiliário que pode ser emitido, possuem vários valores e um deles é o preço de emissão. Esse valor corresponde ao valor de emissão da ação quando da constituição da sociedade anônima, desta forma, o acionista possui sua responsabilidade limitada ao preço que pagou pelas ações da companhia quando de sua constituição ou

quando as adquiriu. Valores mobiliários são papéis, títulos que a sociedade anônima pode emitir como forma de autofinanciamento, sendo que a relação desses títulos encontra-se no artigo 2º, da Lei 6.385/1976, que instituiu a CVM, Comissão de Valores Mobiliários, da qual trataremos mais adiante.

Ainda segundo o autor, desses valores mobiliários, as ações constituem apenas um deles e o único que confere ao seu titular a qualidade e o *status* de acionista, de sócio da companhia, sendo que os demais conferem outras qualidades, como o privilégio na subscrição de novas ações, direito de crédito e direito de participar dos lucros da companhia, mas não a posição de sócio. Esses valores mobiliários são negociados no mercado de capitais, onde se realizam a compra e venda de ações, subdividido em bolsa de valores e em mercado de balcão, sendo que este último pode negociar os valores mobiliários através de um corretor, de instituição financeira ou até mesmo de forma particular.

O mercado de capitais pode ser primário ou secundário no sentido de que, no primeiro caso, os valores mobiliários são adquiridos da própria sociedade empresária, quando da constituição ou do aumento do capital social e, no segundo caso, os valores mobiliários são adquiridos de quem já se tornou titular devido à propriedade desses valores, a exemplo de quem adquire automóvel da concessionária e de revendedores. Nesse sentido, segundo o mesmo autor, as sociedades anônimas são sempre consideradas sociedades empresárias, pois seu objeto é sempre empresarial independente da atividade exercida, sujeita à falência e à recuperação judicial; além de empresária, as mesmas são consideradas sociedade de capital, isto é, a *affectio societatis*, que se trata do vínculo entre os sócios não é de extrema relevância, pois os acionistas podem dispor de suas ações ou demais valores mobiliários sem a concordância dos demais sócios. Desta forma, não é a qualidade subjetiva dos acionistas que é sopesada em uma companhia, mas os dividendos que surgirão através do desenvolvimento da atividade empresarial.

Esse tipo societário é considerado macroempresa pela ampla possibilidade de captação de recursos de terceiros, visto que seus valores mobiliários podem ser emitidos para essa precípua finalidade, sendo que somente as ações, um dos tipos

de valores mobiliários, possuem o condão de conferir a titularidade de acionista, pois os demais conferem aos seus titulares outros direitos, ligados ao aspecto patrimonial ou obtenção de alguma vantagem, mas não à titularidade de sócio.

III.1.1: Desenvolvimento histórico das sociedades anônimas

Quanto ao desenvolvimento histórico, as sociedades anônimas, segundo Requião (2012), possuem três etapas importantes, sendo que o surgimento de uma etapa não implicou a extinção da anterior, quais sejam: privilégio, autorização e liberdade. O início da constituição das sociedades anônimas ocorreu no século XVII devido à formação do capitalismo e do regime colonialista, momento no qual foi necessária a formação de grandes empresas; no entanto, nessa fase, as sociedades anônimas, designadas sociedades colonizadoras, eram formadas da junção de capital público e privado.

Antes da menção das etapas de surgimento das sociedades anônimas, é importante ressaltar que:

No século XVII, devido à política colonizadora e à concomitante formação do capitalismo mercantil, que visavam ao domínio da América, Índia e África, foi necessária a formação de grandes capitais, com o concurso do Estado e da incipiente iniciativa privada. Formaram-se, então, poderosas sociedades, que delinearão as sociedades por ações. (Requião, 2012, p.25)

O mesmo autor afirma que a sociedade por ações configurou como o tipo ideal das sociedades colonizadoras do século XVII, sendo que a primeira surge em 1602, na Holanda, seguida de muitas outras, fundadas na França, Inglaterra e Portugal, todas visando à exploração das novas possessões. Em 1621 foi constituída, nos Países Baixos, a Companhia das Índias Ocidentais, que teve profunda ingerência em nossa história colonial. Tal companhia tinha a finalidade de patrocinar a conquista do Brasil, enviando expedição armada, ocupando o Nordeste e nomeando como seu administrador o Príncipe Maurício de Nassau.

Verifica-se, nesse sentido, que a constituição das sociedades anônimas eram patrocinadas pelo Estado, mas com a Revolução Industrial, a formação das companhias alterou-se, iniciando a primeira etapa histórica de formação das companhias, a de privilégio. Nessa etapa, as companhias eram constituídas por privilégio real, ou seja, somente poderiam iniciar suas atividades se obtivessem uma carta ou patente real que nada mais era que uma forma de controle estatal sobre as companhias.

Na França, a Lei Le Chapelier, de 14/06/1791, que proibiu qualquer tipo de associação ou reunião, acabou também impedindo a formação das companhias o que refletiu, de forma direta, na economia francesa. Assim, segundo Requião (2012), foi necessária a regulação do tema das sociedades anônimas pelo Código Comercial francês, de 1807, que teve uma tendência dualista, pois considerou duas espécies de sociedades por ações, as sociedades anônimas e as sociedades comanditas por ações e ainda alterou o regime de constituição das sociedades anônimas de privilégio real para autorização governamental.

Ainda segundo o autor, com esse regime dualista de reconhecimento da existência das sociedades anônimas e das sociedades comanditas por ações, o que se alterou foi que estas últimas, como os sócios possuíam responsabilidade ilimitada e subsidiária pelas obrigações da sociedade, tinham regime de constituição livre, contrariamente às sociedades anônimas, que dependiam de autorização governamental para seu funcionamento. Foi um período no qual se verificou a formação de um grande número de sociedades comanditas por ações devido à inexistência de autorização governamental para sua formação, mas o fato da necessidade de autorização do Estado para a constituição das sociedades anônimas foi algo que perdeu forças devido a um acordo entre França e Inglaterra, em 1862.

O acordo previa que as companhias inglesas que se instalassem na França poderiam adotar o regime primitivo da Inglaterra, o regime livre, portanto, nessa época, as companhias inglesas que se instalavam na França não tinham sobre suas atividades o controle estatal, o que gerou sérios problemas, bem como despertou os empresários no sentido de iniciarem suas atividades empresariais na Inglaterra e,

posteriormente, as transferir para a França. Com essa medida adotada pelos empresários, a França necessariamente teve que tomar providências para adotar o regime livre, o que ocorreu em 1867 e perdura até os dias atuais, nesse sentido Requião (2012).

Quanto à última etapa do desenvolvimento histórico das sociedades anônimas, Bulgarelli (2001) afirma que:

Essa situação influenciou imediatamente a França, que em 1867, pela lei de 24 de julho (que seria revogada somente em 1966), suprimiu a prévia autorização estatal e instituiu ampla liberdade de constituição das companhias – lei essa que influenciou o resto do mundo, inclusive o Brasil, que pela Lei 3.150, de 4 de novembro de 1882, aboliu o sistema de autorização governamental, implantado pelo Código Comercial de 1850, sob a influência do código comercial francês de 1807. (p.64)

O tema de surgimento da sociedade anônima é abordado pelos economistas Berle e Means (1988) que afirmam que, entre os séculos XIX e XX, um setor econômico atrás do outro passou a adotar o sistema de sociedades anônimas, inclusive bancos e companhias de seguro. Ainda afirmam que, pelo estudo do desenvolvimento das sociedades anônimas, pode-se esperar que, em certa época, praticamente todas as atividades econômicas serão realizadas sob a forma de sociedade anônima, o que corrobora sua importância para a economia e para o mercado acionário. Na realidade, o surgimento das sociedades anônimas não trouxe problemas nem complexidade quanto ao entendimento e compreensão de suas regras, mas o que deve ser levado em consideração nesse aspecto é o sistema acionário.

Segundo os autores acima referidos, o sistema de ações das sociedades anônimas trouxe uma alteração na visão da empresa moderna, pois antigamente existiam sociedades nas quais o próprio proprietário administrava essa atividade; com o sistema acionário isso foi amplamente modificado pois, nas modernas sociedades anônimas, a administração e o controle da companhia não estão nas mãos do proprietário das ações, fenômeno gerado pela dispersão das ações, ou seja, atualmente a propriedade das ações está nas mãos de várias pessoas e automaticamente essas pessoas delegam o controle para as mãos de uma única

pessoa ou grupo de acionista controlador. O tema do sistema de ações será melhor explicitado nos próximos capítulos, sendo que sua menção neste momento tem como finalidade o alerta de como ocorre o desenvolvimento da empresa sob a forma de sociedades anônimas.

No Brasil, o desenvolvimento histórico das companhias também passou pelas etapas mencionadas, quais sejam o privilégio real, a autorização governamental e a liberdade de constituição. Quanto à etapa do privilégio real, Requião (2012) salienta que, na Colônia, a sociedade anônima era outorgada por privilégio real, como ocorreu na constituição da Companhia Geral do Grão-Pará fundada pelo Marquês de Pombal e com a sociedade Banco do Brasil que foi fundada por alvará de D. João VI, em 1808.

Segundo Requião (2012), a etapa de autorização governamental vigorou quando da promulgação do Código Comercial de 1850, sendo que na última etapa, a plena liberdade, somente foi instituída no Brasil com o Decreto 8.821/1882. No entanto, o sistema anterior foi mantido diante da existência de sociedades anônimas dependentes de autorização governamental até os dias atuais, como ocorre com as instituições financeiras. A atual legislação das sociedades anônimas é a Lei 6.404/76, mas é importante mencionar as normas disciplinadoras anteriores, como o Decreto 434/1891 que foi revogado somente em 1940 pelo Decreto Lei 2627; em 1965, a Lei 4728 disciplinou o mercado de capitais e alterou, de forma parcial, as regras das sociedades anônimas diante da inclusão das companhias abertas.

Também é importante aqui fazer menção que há dois tipos de constituição de sociedades anônimas, a constituição pública utilizada para início da atividade empresarial na forma de companhias abertas, nas quais já ocorre o apelo público para autofinanciamento tão logo nesta fase inicial e também a constituição particular, utilizada para o início da atividade empresarial sob a forma de companhias fechadas.

As sociedades anônimas podem ser de dois tipos, assim como também há tipos de ações, portanto, a companhia pode ser de capital aberto, quando seus

valores mobiliários puderem ser negociados em mercado de capitais, neste caso regulado e fiscalizado pela Comissão de Valores Mobiliários desde sua constituição e pode ser companhia de capital fechado, quando seus valores mobiliários não puderem ser negociados em mercado de capitais, mas puderem ser alienados, sendo que as companhias de capital fechado, apesar de ser sociedade de capital, são em sua grande maioria de médio e pequeno portes e sociedades familiares. As companhias abertas são a maioria, pois há a possibilidade de sua utilização na busca pelo capital público e, por esse motivo, sofrem o controle e fiscalização, desde sua constituição, da Comissão de Valores Mobiliários, pois devem oferecer o mínimo de segurança e liquidez aos acionistas devido, muitas vezes, do alto investimento.

Esse controle das companhias de capital aberto constitui a finalidade da CVM – Comissão de Valores Mobiliários, instituída pela Lei 6385/76, tendo em vista que essa entidade autárquica atua no controle e fiscalização das chamadas companhias abertas, aquelas em que sua constituição ocorre por subscrição pública. A CVM é autarquia ligada ao Ministério da Fazenda, com seus diretores escolhidos e nomeados pelo Presidente da República; tem personalidade jurídica e patrimônio próprio e atua de forma efetiva na constituição e no desenvolvimento da atividade empresarial através da companhia aberta.

Ainda para Berle e Means (1988), o mercado aberto é essencial às sociedades anônimas, mas gera compromissos da companhia para com o público investidor, acionistas, trabalhadores, com o Estado e isso pode ser denominado como uma revolução. As sociedades anônimas do tipo aberto são genuinamente típicas do sistema acionário ao gerarem a dispersão da propriedade das ações e, conseqüentemente, a separação desta propriedade e do controle da companhia, pois este fenômeno faz com que quem controle e administre os negócios sociais não seja quem arriscou sua riqueza na atividade.

Os autores seguem afirmando que, no sistema acionário, o proprietário de riqueza industrial ficou apenas com um símbolo de propriedade, enquanto o poder, a responsabilidade e a substância, que foram parte integrante da propriedade no passado estão sendo transferidos para um grupo independente, em cujas mãos está

o controle. As companhias de capital fechado geralmente são empresas familiares do tipo *intuitu personae*, ou seja, a qualidade do sócio permanece relevante e imprescindível para a empresa, tendo em vista que as ações circulam entre eles – por esse motivo, nas companhias fechadas os valores mobiliários não podem ser negociados no mercado de capitais, mas podem ser alienados.

Segundo Requião (2012), quanto às ações, – uma das espécies de valores mobiliários a serem emitidas pela companhia – podem ser de várias espécies e classes. Se forem analisadas as espécies de ações, estas podem ser ordinárias, preferenciais e de fruição. As ações ordinárias são ações comuns, que devem ser emitidas por todas as companhias, sejam elas abertas ou fechadas e são caracterizadas como ações comuns, justamente por não oferecerem nenhuma vantagem ou benefício para seu titular, visto que somente oferecem o direito de voto nas assembleias, conforme disposto no artigo 15 da Lei das Sociedades por Ações.

Segundo o mesmo autor, as ações preferenciais são aquelas ações que conferem aos seus titulares certa vantagem ou preferência e, geralmente, se referem aos dividendos mínimos ou fixos ou à distribuição de lucros. Pelo fato de já proporcionarem um diferencial ao seu titular, a lei faculta a possibilidade de restringir o direito de voto sendo que, nesses casos, a companhia é limitada a emitir apenas cinquenta por cento de suas ações preferenciais sem direito de voto. As ações de fruição são aquelas utilizadas pela companhia nos casos de amortização, ou seja, quando a companhia inicia o pagamento dos acionistas como se estivesse em liquidação e ocorre a troca das ações amortizadas para as de fruição:

As ações de fruição não representam, como é evidente, exatamente uma parcela do capital social, mas são títulos atribuídos aos acionistas quando suas ações são amortizadas, razão pela qual a doutrina alemã as considera como título de crédito, em sentido escrito, ao contrário da doutrina francesa e italiana, que as qualifica como espécie de ação (Bulgarelli, 2001, p. 132).

Como já observamos, além das espécies de ações, as denominadas ações ordinárias podem ter várias classes, com a finalidade de atrair perfis diferenciados de acionistas, diante do fato de que o mercado aberto é o objetivo principal da macroempresa. Exatamente pela finalidade de atingir o público dentro do mercado

acionário é que se demonstra importante a função social da empresa, pois a partir do momento em que a companhia se utiliza do dinheiro público para o desenvolvimento da atividade empresarial, surgem outros deveres para a mesma. Desta forma, no viés da macroempresa, há preocupações e deveres que excedem os limites da própria companhia e de seus acionistas, tendo em vista que há os trabalhadores, a comunidade na qual atua, dentre outros interesses que também devem ser respeitados. Nesse sentido, faz-se necessária a análise a respeito da função social da companhia.

III 1.2: Função social da companhia

Como já mencionamos, as sociedades anônimas são sociedades empresárias da espécie sociedade de capital, na qual a *affectio societatis*, ou seja, o vínculo, o interesse comum dos acionistas, não é a principal característica, mas sim o valor de sua contribuição, o investimento realizado por cada um. Através dessa característica, verifica-se que as sociedades anônimas, assim como as demais sociedades empresárias, possuem como principal objetivo o lucro e assim deve ser, pois são consideradas empresárias e, como tal, possuem o lucro como uma de suas características. No entanto, ocorre que no desenvolvimento da atividade empresarial esse lucro dos acionistas e dos investidores, tido como o objetivo e a finalidade da sociedade, não pode prevalecer sobre os interesses sociais que também recaem sobre a atividade empresarial.

Esses interesses sociais são consubstanciados pela chamada função social da empresa – um dos princípios constitucionais de extrema relevância, ensejador de grande discussão na área do Direito Societário notadamente pelo fato, já exposto, de que os principais objetivos do desenvolvimento da atividade econômica são o lucro e o retorno de todos os investimentos realizados. Nesse âmbito, buscamos demonstrar que a sociedade anônima, como empresa moderna, não pode desenvolver a atividade empresarial somente sopesando seu próprio interesse, de seus acionistas e investidores, tendo em vista a existência de outros interesses que transcendem a empresa.

A Constituição Federal, em seu artigo 170, contido no título “Da ordem econômica e financeira”, traz em seu *caput* o princípio constitucional da livre iniciativa, inclusive afirmando de forma expressa, em seu parágrafo único, que esta é assegurada a todos, ou seja, não há óbices para o livre exercício da atividade econômica¹⁰. Paralelo a esse dispositivo constitucional, há outro que traz o princípio não menos relevante da dignidade da pessoa humana, conforme se verifica na redação do artigo primeiro da Carta Política, no qual a mesma constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Na realidade, o tema somente é observado diante da falência do Estado Social que passou a trazer considerações sobre cada ser humano, no sentido da sua importância e independência na realização de seus interesses, como salienta Frazão (2011):

Para a análise do atual sentido da função social da empresa, é imprescindível lembrar que a crise do Estado Social abriu caminhos para um novo modelo de Estado de direito, que pudesse encontrar na democracia a solução para administrar as tensões entre a liberdade e a igualdade. É este precisamente o sentido do Estado Democrático de Direito. (p. 181)

Nesse sentido, Botrel (2009) entende que é a partir do conflito entre liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana é que se pode extrair e concluir que nenhum direito, mesmo que garantido constitucionalmente, é absoluto. Se refletirmos, mesmo que de forma breve a respeito do tema, podemos concluir a existência de um paradoxo diante do fato de que há, de um lado, a liberdade de iniciativa que traz em seu interior, de forma indispensável, o lucro e, de outro, a dignidade da pessoa humana. Trata-se de pensar em como relativizar esses direitos no desenvolvimento da atividade empresarial, que tem como função principal a busca de vantagem econômica.

A função social consiste, segundo o autor, em uma cláusula geral que auxilia a atividade empresarial no sentido de não levar apenas em consideração seus próprios interesses, mas incluir os interesses alheios dos trabalhadores, do Fisco,

¹⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

dos credores sociais e da comunidade em que atua. Quando se analisa a função social da empresa, é possível perceber que o interesse social deve ser convergente com os demais interesses atuantes na empresa.

Timm (2008) salienta que a livre iniciativa garante a entrada e a saída do espaço público de mercado e representa a essência do capitalismo, no entanto, a livre iniciativa não é absoluta na empresa moderna; o lucro não pode ser a única meta a ser atingida sob qualquer custo, notadamente nas companhias abertas. A diferença entre companhias abertas e fechadas, como já verificamos, é que nas abertas ocorre a socialização do investimento, ou seja, a atividade econômica possui o intuito de buscar investimentos vindos da sociedade, dessa forma, podemos compreender que há interesses externos à empresa que devem ser respeitados. Muitas vezes, as companhias abertas são constituídas com a única finalidade de buscar recursos na sociedade. O próprio texto constitucional traz os limites que devem ser observados pela livre iniciativa nos incisos do artigo 170 e um deles é exatamente a função social da propriedade que, para essa análise, não significa somente propriedade como bem imóvel, mas também como propriedade acionária, portanto, a atividade empresarial deve observar a função social da empresa para seu desenvolvimento.

A função social da empresa, compreendida como conceito genérico e bastante amplo, não é percebida de forma unânime, apesar da mesma eficácia do conceito, pois para Franco (2008), a função social significa o dever de exercer a atividade econômica não contrária ou não nociva ao interesse da coletividade. Segundo Alfredo Lamy Filho (2003), o dever social da empresa se traduz em sua obrigação de colocar seu interesse em consonância com os interesses da sociedade em questão. As diversas óticas sobre a função social confirmam que ela tempera a atividade econômica para que o objetivo de lucrar não seja o único bem e para que todos os interesses envolvidos na empresa sejam respeitados e observados.

A função social da empresa não é tema estudado apenas na área do Direito Societário, sendo que determinados autores, como Comparato (1996), entendem que é derivada da função social da propriedade; no entanto, é certo que, no caso de

sociedades anônimas, há a necessidade de reflexão sobre para quem a função é dirigida e quem é o responsável, na empresa moderna, pela sua realização. As sociedades anônimas são dirigidas pelos administradores e controladores, diferenciando-se no que se refere aos níveis de gestão na companhia, bem como em relação aos interesses por eles defendidos, tendo em vista que os controladores da companhia devem buscar a harmonização entre os interesses particulares, os interesses da sociedade empresária e dos trabalhadores e da comunidade em que atua. Desta forma, segundo Frazão (2011), não é possível desvincular os atos de gestão na companhia, dos interesses particulares. Para a autora, os administradores, como órgão da companhia, em momento algum podem privilegiar seus interesses particulares, e sim os interesses da companhia, portanto, apesar de ambos terem o mesmo tratamento jurídico no que se refere à responsabilidade civil, há essa diferenciação de ordem técnica.

Como a função social deve ser exercida e buscada no desenvolvimento da atividade empresarial pelos controladores e administradores, a Lei 6.404/76 traz dispositivos expressos nesse sentido, conforme se observa nos artigos: 116, parágrafo único¹¹ e 154¹². Nessa perspectiva, está expresso na Lei Acionária que ambas as figuras devem exercer seus atos de gestão na companhia observando a função social, ou seja, são os controladores e administradores que têm o dever de fazê-la cumprir sob pena de responsabilidade civil.

O cumprimento da função social, além de procurar estabelecer a harmonização entre todos os interesses envolvidos na atividade econômica, agindo como espécie de conduta positiva, também constitui o dever de não se praticar nenhum ato de gestão nos negócios sociais que possa desrespeitar essa cláusula geral. A livre iniciativa, portanto, segundo a autora, encontra-se condicionada ao

¹¹ Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

¹² Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

interesse coletivo, o que indica que a busca pelo lucro somente se torna legítima quando são observados os critérios da justiça social – isso ocorre quando todos os interesses estão respeitados e não são privilegiados os interesses dos acionistas e da sociedade empresária.

Para Frontini (2011), todas essas ponderações reforçam a ideia de que na empresa confluem: o interesse econômico da companhia (fim de lucro); o fim econômico da produção (em prol da economia nacional); o fim econômico da coletividade (aptidão dos bens ou serviços produzidos para atenderem as necessidades válidas dos consumidores); o fim econômico e social inerente ao trabalho dos empregados e demais prestadores de serviço e o fim econômico e social, tanto de natureza concorrencial, como de caráter tributário (interesse nacional).

Desta forma, é possível verificar uma grande discussão na área do Direito Societário a respeito do exercício da função social com o fim de conciliar todos os interesses: são apontados conflitos de interesses, pois, como já afirmamos, o principal objetivo da atividade empresarial é o lucro e não deve haver prevalência do interesse social sobre o interesse econômico e sim convergência entre eles, caso contrário, a atividade empresarial seria utilizada como instrumento de realização da função social – como isso não pode ocorrer, a responsabilidade dos administradores e controladores aumenta de forma substancial.

A esse respeito, Frazão (2011) entende que cada indivíduo possui independência e autonomia, assim como seus projetos de vida individuais. Nesse sentido, os empresários possuem seus projetos de vida e, na pessoa jurídica, um desses projetos é a obtenção de lucro. No entanto, ocorre que a sociedade empresária não pode, na busca pela realização de seu projeto de vida, frustrar os projetos de vida dos trabalhadores, dos credores sociais, do Fisco, da comunidade na qual a sociedade empresária atua. Desta forma, a função social da empresa deve ser instrumento utilizado com a finalidade de possibilitar a realização de todos os projetos de vida envolvidos na atividade econômica.

A função social é cláusula geral a ser observada pelos administradores e controladores da companhia, responsáveis pela gestão dos negócios sociais e, nesse âmbito, a Lei 6.404/76 traz instrumentos para sua realização, a saber, os deveres de diligência e lealdade. A responsabilidade civil dos administradores e controladores de companhias é subjetiva: nos ditames do artigo 158 da Lei Acionária¹³, o administrador não possui responsabilidade pessoal, mas deve responder civilmente se agiu dentro de suas atribuições com dolo, culpa ou contrariamente à lei ou ao estatuto social, à função social – expressamente prevista pela Lei, como objetivo a ser atingido no desenvolvimento da atividade empresarial – compreendida, na norma constitucional, como limite à livre iniciativa.

Para Frazão (2011), como a função social constitui o interesse social que deve ser, por sua vez, o interesse buscado na atividade empresarial, poderíamos entender que a responsabilização de controladores e administradores pela não realização da função social seria objetiva, mas isso não é possível, pois a prática dos atos de gestão ocorre em nome da companhia. Ainda no que se refere a este assunto, é importante o registro a respeito do voto, tendo em vista que o mesmo sempre deve ser exercido no interesse da companhia, sob pena de caracterização de voto abusivo.¹⁴ O voto corresponde à manifestação de vontade dos administradores e controladores da companhia e deve ser exercido na assembleia geral, considerada órgão supremo, portanto, assim compreendido, deve possuir como pano de fundo, a função social. Sob esse enfoque, caso os gestores da companhia votem contrariamente à função social, ou seja, com prevalência de seu interesse e não observando aos demais interesses envolvidos na atividade empresarial, os mesmos sofrerão as sanções cabíveis.

¹³ Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
II – com violação da lei ou do estatuto.

¹⁴ Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz *jus* e de que resulte, ou possa resultar prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

A função social é dirigida aos controladores e administradores e deve necessariamente orientar seu voto na companhia, para que o mesmo não seja considerado abusivo e, portanto, passível de anulação e não haja responsabilização civil. O voto não pode ser exercido nas companhias com conflito de interesses, pois o interesse particular não pode prevalecer sobre o interesse da companhia, mas ser exercido em interesse desta. Os fatos de o administrador exercer função de direito e interesse alheio e o controlador exercer direito subjetivo na companhia, refletem de maneira considerável a matéria, pois no caso do acionista controlador, não há a possibilidade de não se levar em conta seus interesses particulares, tendo em vista que, votando, está exercendo um direito seu, por este motivo que, no caso dos administradores, a regulação deveria ser mais rígida no tocante à responsabilização civil.

A autora acima mencionada novamente esclarece o assunto, referindo que o impedimento do conflito de interesses junto à lei brasileira é de consequência natural do dever de lealdade, tendo em vista que na assembleia geral deve haver a transparência dos acionistas quando das deliberações; a autora ainda refere que há duas teorias explicativas da matéria: a formal e a material. A teoria formal entende que o controlador deve ser proibido de votar quando haja conflito de interesses identificado em momento anterior ao voto; a teoria material afirma, contrariamente à teoria formal, que o acionista não pode ser proibido de votar por se tratar de direito subjetivo, no entanto, se o voto for conflitante, pode ser passível de anulação, orientação aparentemente mais condizente com a realidade da empresa moderna.

A análise da função social neste capítulo referente às sociedades anônimas objetivou, portanto, a demonstração de que estas, apesar de serem empresárias e terem como característica a busca pelo lucro, não podem privilegiar o interesse econômico, em detrimento dos demais interesses envolvidos na atividade econômica. Por fim, faz-se necessária a análise sobre os acionistas, o poder de controle e as técnicas de controle para a realização do estudo do tema central deste trabalho: o poder de controle gerencial ou administrativo.

III.2: Acionistas

As ações são o único tipo de valor mobiliário que oferece aos seus titulares a condição de sócio da sociedade anônima, situação que implica em direitos e deveres expressamente previstos na legislação acionária. Nesse âmbito, o foco deste trabalho está no acionista controlador – aquele sócio que detém o poder de controle ou o poder de decisão dos negócios sociais. Nesse momento, no entanto, a análise a respeito dos acionistas será breve a fim, apenas, de possibilitar a introdução ao tema do próximo tópico, qual seja, o poder de controle.

Cada acionista ingressa na companhia com um objetivo e, nesse sentido, La Vega *apud* Bulgarelli, (2001) classificou os acionistas em: rendeiros, especuladores e empresários. Os primeiros aplicam suas economias em ações para obter uma renda dos dividendos; os segundos jogam na Bolsa, procurando ganhar na diferença de cotação; os terceiros são os acionistas que, de fato, querem e obtêm o controle, gerindo a sociedade. Bulgarelli (2001) salienta que a diversidade de perfis dos acionistas não pode se resumir a estes tipos – há acionistas ou grupos de acionistas que, apesar de não deterem o controle, não podem ser enquadrados entre os rendeiros e especuladores, tendo em vista que aspiram ao controle sem o obter ou partilham o controle, sem ter esse poder.

A respeito das espécies de acionistas, refere Requião (2012):

Com efeito, em nosso mercado identificamos exatamente, hoje em dia, essas espécies de acionistas, classificados conforme suas pretensões: o acionista-rendeiro pretende das ações apenas uma renda permanente, objetivando em sua carteira acionária a constituição de um patrimônio rentável. As ações, para ele, nada mais são que ‘papéis de renda variável’, em contraposição às letras de câmbio financeiras ou os títulos da dívida pública, que são papéis de renda fixa. O acionista-especulador mais se preocupa com os pregões da bolsa, onde pretende lucros imediatos, pouco se importando em usufruir dividendos ou direitos, pois visa apenas aos resultados de sua especulação. O acionista-empresário não se preocupa senão com a prosperidade da empresa que lhe dá poder e, sobretudo, influência social. Este último é o gênio da empresa moderna, e pretende manter, a todo o custo, a posição de controle, vale dizer, o domínio da companhia. (p.178)

A ação, como mencionamos, é o único tipo de valor mobiliário que confere ao acionista o *status* de sócio e, como tal, implica em diversos direitos e deveres. No

caso dos deveres, deve ser observado, de forma preliminar, o dever de integralizar as ações quando da entrada na companhia, sob pena da companhia tomar as providências cabíveis quanto ao acionista remisso. Em relação aos direitos, os acionistas os têm expressamente preconizados no artigo 109, da Lei 6.404/76¹⁵, caracterizados como direitos essenciais que não podem ser suprimidos pelo estatuto social, nem tampouco pela assembleia geral, considerada órgão de deliberação máxima da companhia.

No que se refere à participação dos lucros, segundo Requião (2012), trata-se do objetivo de quase todos os tipos de acionistas, pois não há investimento sem a expectativa de retorno financeiro, sendo que o lucro é o objetivo principal da companhia. Assim, caso a companhia não gere lucros, os próprios acionistas podem pedir sua dissolução. É importante mencionar, ainda, o direito essencial de fiscalização que acionistas podem exercer através da análise de balanços patrimoniais, que devem ser publicados, bem como da análise dos livros contábeis da companhia – tudo para, quando da deliberação em assembleia, o acionista possa votar de forma a fazer a companhia atingir seu objetivo e sua função social.

Constituindo um dos deveres do empresário, os balanços patrimoniais são demonstrações contábeis realizadas a fim de demonstrar publicamente a situação financeira da empresa em relação ao seu ativo e passivo que, no caso das sociedades anônimas, deve ser elaborado semestralmente. Nesse sentido, a análise dos balanços patrimoniais é forma dos acionistas fiscalizarem a situação da empresa, o que não impede que essa análise ocorra fora do período previsto, desde que haja requerimento prévio. Não menos relevantes são os direitos essenciais de retirada, de subscrição de novos valores mobiliários e de participação do acervo da companhia, bem como o já mencionado direito de voto do acionista, não considerado como direito essencial, pois no caso da dissolução e dispersão da

¹⁵ Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia geral poderão privar o acionista dos direitos de:

I – participar dos lucros sociais;

II – participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;

III – fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;

IV – preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos arts. 171 e 172;

V – retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

propriedade acionária, o controle da companhia nem sempre permanece nas mãos de quem detém a propriedade de ações.

III.3 Conclusões parciais

Este capítulo possuiu a finalidade de analisar as sociedades anônimas, compreendidas como espécie de sociedade empresária, com capital social dividido em ações: sua evolução histórica; as espécies de sociedades anônimas e os tipos de ações e de acionistas, sendo que, neste caso, os mesmos ingressam na sociedade empresária com objetivos diferentes, pois há quem objetive somente o lucro, para realizar especulação no mercado acionário, e quem objetive realizar a gestão da companhia.

Independente do perfil do acionista deve haver proteção constitucional e infraconstitucional, pelo fato de o ingresso na companhia verificar-se pela possibilidade de socialização de seu investimento, ou seja, porque a sociedade anônima tem meios de autofinanciamento através dos valores mobiliários. É nesse viés que os estudos sobre a função social da empresa se tornam relevantes, tendo em vista que as sociedades empresárias possuem como objetivo o lucro, porém a busca pelo lucro não deve prevalecer, pois como as companhias abertas desenvolvem a empresa com a busca de valores na sociedade, os interesses desta última e de outros envolvidos também devem ser respeitados.

Desta forma, a função social da empresa possui como ponto de partida a tentativa de harmonizar a liberdade de iniciativa com a dignidade da pessoa, ambas previstas constitucionalmente, ou seja, a busca pelo lucro deve atender a todos os interesses envolvidos na atividade econômica – trabalhadores; credores; acionistas minoritários e da própria sociedade – com vistas a atender os critérios da justiça social. Foi possível verificar, portanto, no decorrer deste capítulo, que as sociedades anônimas são fruto da evolução da Economia e do Direito e possuem deveres que transcendem o lucro buscado pelo empresário, considerando os interesses de todos os envolvidos na empresa.

CAPÍTULO IV: PODER DE CONTROLE

O presente capítulo tem a finalidade de analisar o poder de controle em todos os seus aspectos, bem como a importância do controle na companhia após o fenômeno da dispersão acionária, quando a propriedade se desvincula do controle. No capítulo subsequente abordaremos mais especificamente o controle gerencial.

IV.1: Natureza Jurídica do Controle

O poder de controle é considerado tema complexo na área do Direito Societário, pois atualmente existe a possibilidade da decisão dos negócios sociais não estar nas mãos do diretor, nem do acionista, apesar do fato de que, no Brasil, o chamado controle concentrado ser bastante evidente. O controle concentrado é verificado quando na sociedade a propriedade das ações e o comando da atividade empresarial estão nas mãos da mesma ou das mesmas pessoas, ou seja, é o proprietário da ação quem efetivamente comanda a companhia. A legislação acionária não traz a definição do controle, mas versa a respeito de quem pode ser considerado acionista controlador no artigo 116¹⁶ que, em seu parágrafo único traz, de forma expressa, o dever do acionista controlador em relação à função social da empresa. Conforme está disposto de forma expressa no artigo 116, para que haja a caracterização do acionista controlador faz-se necessária uma conjugação de requisitos como ser titular de direitos de sócio de forma permanente. Assim, o controlador não pode ser eventual, deve ter o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia ou, por fim, utilizar esse poder para orientar os negócios sociais.

¹⁶ Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) É titular de direitos de sócio que lhe assegure, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia;
- b) Usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Em observação das decisões da Comissão de Valores Mobiliários, Carvalhosa (2011) afirma:

Conforme muito bem acentua a CVM em suas decisões, o direito expresso contido no art. 116 da Lei Societária funda o controle no requisito da permanência, que decorre da propriedade de 50% mais uma das ações votantes. A expressão “de modo permanente” quer significar, assim, que existe um acionista ou um grupo deles que não poderá ser destituído do poder-dever do controle por parte de qualquer outro grupo de acionistas e que, assim, efetivamente o exerce.

Essa qualidade de permanência, como referido, outorga ao controlador o direito de eleger a maioria dos administradores e de sempre deliberar majoritariamente em matérias próprias das assembleias gerais. Ademais, reveste a administração da companhia do caráter de estabilidade, como referido, na medida em que a maioria dos seus membros somente poderá ser destituída pelo controlador. Apenas o atributo da permanência, próprio do controlador, reveste a administração do atributo da estabilidade. (p.518-519)

O controle depende dos requisitos de permanência e estabilidade, sendo que não se trata de situação estática, mas dinâmica no interior da empresa, tendo em vista a possibilidade de alteração de quem é o acionista controlador. É possível observar na redação do artigo 116 da Lei Acionária que não há definição do controle, mas sim a referência acerca de quem pode ser considerado acionista controlador, portanto, afirma-se que o controle constitui uma situação de fato, através da qual quem o possui tem o poder de gerir a vida da sociedade empresária e também de tomar as decisões importantes para a vida da mesma e de seus acionistas.

Nesse sentido, Bocater (2012) afirma que há no poder de controle um aspecto dinâmico que se satisfaz na permuta e efetiva atuação do titular das funções de comando. O poder de controle deve ser permanente nas assembleias gerais, isto é, o controlador não pode ser eventual ou episódico e esse poder ainda deve ser efetivo, ou seja, atual ou real. Segundo Carvalhosa e Eizirik (2010), o atributo da permanência própria do controlador reveste a administração desse atributo da estabilidade, portanto, as ações de controle têm qualidade diversa das ações dos minoritários.

Reforçamos, portanto, a ideia de que não há, na Lei Acionária, o conceito de controle, portanto, não se trata de situação jurídica, mas fática; desta forma, é

possível definir o controle como: o poder de fato exercido por pessoa física ou jurídica, na assembleia geral da companhia, para emanar sua vontade, levando em consideração os interesses sociais, bem como, repetimos, dos demais acionistas, dos trabalhadores, dos credores e da comunidade na qual atua.

A natureza jurídica do poder de controle não é assunto que traz posições convergentes, pois o controle tanto é considerado um bem da empresa cujo valor é agregado ao patrimônio da sociedade empresária, no entendimento de Berle e Means *apud* Comparato (1983), como também pode ser definido como um bem incorpóreo do estabelecimento empresarial. Este último constitui o conjunto de bens corpóreos ou incorpóreos necessários ao desenvolvimento da atividade econômica e está, assim, relacionado à atividade. O Superior Tribunal de Justiça tem por decisão que o controle é uma situação de fato ocasionada pela detenção de direitos do acionista, mas que com este não se confunde.¹⁷ O acionista controlador detém o poder de decidir, muitas vezes sozinho, dependendo do tipo de controle, o futuro da companhia, pois é quem elege os diretores, os membros do conselho fiscal e do conselho de administração. A situação, portanto, de controlador da companhia não apenas interfere em sua vida externa, mas na vida interna, uma vez que o mesmo exerce influência significativa sobre os membros dos órgãos da companhia por ele nomeados.

Nesse ínterim, verifica-se o quão importante é o tema do poder de controle nas sociedades modernas, notadamente nas sociedades anônimas, nas quais a *affectio societatis*, ou seja, o vínculo entre os sócios se configura como algo absolutamente secundário. Essa relação se justifica pelo fato de que o acionista controlador possui participação acionária; no entanto, atualmente, vêm crescendo os estudos acerca da possibilidade da existência de controle por pessoa ou grupo de pessoas que não possuam participação no capital social, tema a ser abordado

¹⁷ Direito comercial. Sociedade anônima. Acionista controlador. Em tese, e suscetível de configurar a situação de acionista controlador a existência de grupo de pessoas vinculadas sob controle comum, bastando que um ou alguns de seus integrantes detenham a titularidade dos direitos de sócio de tal ordem que garanta ao grupo a supremacia nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia. Questão de fato a ser deslindada na oportunidade da prolação da Sentença. Alegação de negativa de vigência dos arts. 116 e 118 da lei das sociedades anônimas e do art. 3. do CPC repelida. Recursos especiais não conhecidos. RESP 784/RJ Recurso Especial 1989/0010107-2 – Relator: Ministro Barros Monteiro – Órgão Julgador: Quarta Turma – Data do Julgamento: 24/10/1989 – Publicação: DJ 20/11/1989 p. 17296 - RSTJ vol. 6 p. 422

adiante. A situação, de fato, de acionista controlador de sociedades anônimas – notadamente nas abertas, nas quais ocorre a constante socialização do investimento –, implica em, como afirmamos, uma série de obrigações, incluídas no já citado parágrafo único do artigo 116.

É fato que o poder de controle se desenvolveu juntamente com as sociedades empresárias: em tempos passados as definições de acionistas majoritários e minoritários advinham da fórmula “metade mais um ou metade menos um” o que, atualmente, não é mais possível diante do crescimento do fenômeno chamado de dispersão de ações, a ser abordado no capítulo referente ao controle gerencial. Nesse sentido, afirmam Martes, Yoshinaga e Longhi (2012):

De modo amplo, pode-se definir poder de controle como a capacidade detida por alguém para comandar algo. Essa definição ampla aplica-se a todo e qualquer campo das ciências humanas. No tocante ao estudo do direito societário, e especialmente das sociedades por ações, pode-se pensar no acionista controlador ou acionistas controladores, detentores do poder de controle, como aquele ou aqueles que possuem capacidade para comandar os negócios sociais, seja por meio de titularidade própria de porções suficientes do capital social, seja por meio de acordos parassocetários. (p.38)

Para Eizirik (2011), o controle da companhia é poder de fato e não poder jurídico, pois não há comando legal regulador e sua caracterização não prescinde da circunstância fática de que ele seja efetivamente exercido. Ao mesmo respeito, Comparato (1983) afirma que quando se fala em poder de controle nas sociedades anônimas, trata-se de um poder que transcende as prerrogativas legais da assembleia geral – por esse motivo, alguns autores aproximam o poder de controle à soberania:

Trata-se, em qualquer hipótese, de um poder originário, uno ou exclusivo, e geral. Originário, porque não deriva de outro, nem se funda em nenhum outro, interna ou externamente. Uno ou exclusivo, porque não admite concorrentes, pela sua própria natureza. Geral, porque se exerce em todos os campos e setores, sem encontrar nem admitir domínio reservados, por parte dos órgãos societários. (p.35)

O poder de controle constitui poder soberano, de comando na sociedade anônima, ou seja, quem o detém tem a possibilidade de decidir todos os negócios

sociais, portanto, tamanha é a responsabilidade do acionista controlador. Os estudos acerca da definição e identificação do poder de controle na sociedade anônima são necessários considerando que esse poder, de fato, pode ser oriundo de participação acionária, ainda que minoritária, bem como de relações externas – neste caso, se trata do chamado controle externo. A forma primitiva do poder de controle é aquela advinda da participação acionária, ou melhor, da maioria de votos em assembleia geral, mas apesar deste tipo de controle ser o mais comum por pressupor concentração de poder, atualmente há alguns tipos de controle que independem da maioria de votos, o que somente é possível com o fenômeno da dispersão acionária.

Nesse sentido, o poder de controle como situação de fato é facilmente identificado em sociedades anônimas com capital concentrado e quem o detém possui a maioria da propriedade das ações com direito ao voto nas assembleias gerais. No entanto, atualmente, com o fenômeno da dispersão acionária, o poder de controle é expresso de outras formas nas companhias e, às vezes, mesmo que não haja participação no capital social. Assim, nas companhias com capital social concentrado, os próprios acionistas, como titulares de ações com direito ao voto, também detêm o controle da companhia, portanto, a propriedade das ações e o controle estão nas mesmas mãos. Nas companhias com capital diluído, no entanto, a sistemática é diversa, pois geralmente o controle está nas mãos de quem não detém, por vezes, sequer participação acionária.

É importante, nesse momento, a análise de como o poder de controle é classificado pela doutrina, a fim de proporcionar uma melhor compreensão do controle oriundo de participação acionária e do controle que não possui qualquer relação com a titularidade de ações.

IV.2: O exame da matéria na doutrina

Como já mencionamos, o controle, apesar de não ser definido na Lei 6.404/76, tem natureza jurídica de situação de fato, pois decorre da permanência e estabilidade da titularidade de ações, ou seja, da maioria das ações votantes em assembleia geral e da impossibilidade de demais acionistas serem destituídos senão

pelo acionista controlador. Desta forma, quem detém o controle deve, efetivamente, utilizar esse poder com a finalidade de fazer a companhia realizar seu objeto e alcançar a função social. Sem qualquer definição na Lei Acionária, a doutrina procurou classificá-lo de forma a elucidar os tipos de controle que independem de participação acionária a ser abordado adiante.

Para os economistas Berle e Means (1988), os tipos de controle são: a) controle por meio de propriedade quase total, na qual um único cidadão ou grupo de cidadãos possuem todas ou quase todas as ações, desta forma, propriedade e controle estão nas mesmas mãos; b) controle majoritário, que envolve a propriedade da maioria das ações; c) controle por meio de mecanismo legal, que pode ser oriundo do uso de ações sem direito ao voto, que consiste em dispor dos direitos atribuídos às diferentes ações que a maior parte delas perde seus privilégios e somente uma parcela pequena tem direito ao voto, nesse sentido a posse de qualquer quantidade de ações superior à metade dessa parcela privilegiada é suficiente para obter o controle ou através do voto por procuração; d) controle minoritário, através da atração de procurações de proprietários dispersos; e) controle administrativo, nos casos de propriedade dispersa nenhum indivíduo possui interesse em dominar os negócios da empresa, assim, o controle é transferido aos administradores, mas importante mencionar que esse tipo de controle não possui embasamento legal. Comparato (1983) classifica o controle em: totalitário, majoritário, minoritário e gerencial.

Além dos renomados doutrinadores acima mencionados, é importante referir a contribuição de Lobo (2010) quanto à classificação dos tipos de controle, no sentido da distinção entre controle originário e derivado; o primeiro consiste no expresso no artigo 116, da Lei Acionária, podendo ser majoritário ou minoritário, no sentido de que pode ser exercido por titulares de 50% mais uma das ações votantes nas assembleias gerais das companhias ou através de blocos minoritários de ações, mas que possuem a condição de influenciar a condução dos negócios sociais.

O controle derivado não é originado da titularidade de ações votantes, mas da outorga de procurações dos acionistas aos denominados mandatários, portanto, o

voto é exercido nas assembleias gerais pelos mandatários e nos limites do mandato. A esse respeito, é importante deixar claro que o mandatário pode exercer o poder de controle somente nos limites do mandato e nas assembleias gerais, momento no qual o voto é exercido. Há outras implicações referentes à classificação do controle em originário e derivado, pois no caso do controle derivado, como exteriorizado pela outorga de procurações, em caso de apuração de responsabilidade quanto às condutas praticadas, o responsável imediato é o acionista mandante, tendo em vista que o mandatário responde em seu nome somente havendo a responsabilidade em caso de agir com excesso de poder consubstanciado na procuração.

O mesmo autor também classifica o controle em de direito e de fato. O controle de direito, assim como ocorre com o controle originário, decorre da titularidade de ações votantes nas assembleias gerais e o controle de fato decorre da outorga de procurações, assim como o derivado e, nesses casos, tem como causa o absenteísmo dos acionistas e a passividade do acionista controlador. O absenteísmo dos acionistas e a passividade do acionista controlador, assuntos a serem abordados no capítulo a seguir, significam que o perfil dos acionistas das companhias modernas não indica preocupação com a administração da companhia, mas com o lucro. Portanto, levando em consideração o atual perfil, bem como as despesas a serem despendidas para a participação de assembleias gerais, o acionista prefere a outorga de procuração para outrem agir em seu nome em tais momentos.

Na mesma doutrina, o controle aparece classificado como direto ou indireto, no sentido em que, nas companhias com controle piramidal, o controle direto seria exercido pelo acionista ou grupo de acionistas que detêm a propriedade de ações votantes. O controle indireto seria exercido nas sociedades criadas apenas com a finalidade de controlar outra companhia, a exemplo das *holdings*. Desta forma, de acordo com o que foi referido, é possível concluir que o controle, apesar de não ser regulado de forma expressa pela Lei Acionária, é classificado pela doutrina de maneira bastante esclarecedora e de maneira a propiciar a análise do tipo de controle alheio à participação acionária, tema das próximas linhas.

IV.3: O controle na Lei 6.404/76

A Lei 6.404/76 traz a definição de acionista controlador, mas não define, de forma expressa, o que seja o controle. A doutrina se preocupou, no entanto, em realizar a classificação do controle, levando em consideração o controle que não decorre da titularidade de ações, mas da outorga de procurações, denominado de controle gerencial. Através da classificação doutrinária de controle, verifica-se que a Lei Acionária somente traz regulação no que se refere ao controle originário e ao controle de direito, ou seja, aquele oriundo da titularidade de ações votantes em assembleias gerais, com a presença dos requisitos de permanência e estabilidade, acima mencionados, bem como no que se refere à sua efetiva utilização.

No Brasil preponderam as companhias com capital concentrado, nas quais o poder é exercido por acionista ou grupo de acionistas titulares de ações votantes, mas apesar dessa preponderância, não há possibilidade de deixar de lado a existência, apesar da doutrina e da CVM já o ter consagrado, do poder de controle gerencial decorrente do divórcio entre a propriedade e a direção da companhia. No controle gerencial decorrente da separação entre a propriedade e o controle, conforme será analisado nas próximas linhas, o controle da companhia não é exercido por quem detém a titularidade de ações.

Nas companhias com capital concentrado há confusão entre a propriedade e a direção da empresa, visto que ambos são exercidos pela mesma pessoa e que, nas mesmas, o controle é exercido pelo acionista controlador caracterizado nos ditames do artigo 116 da Lei Acionária. A esse respeito, menciona Lobo (2011):

Em consequência, é lícito afirmar que, no país, na imensa maioria das sociedades anônimas, inclusive nas companhias abertas, propriedade, controle e administração se confundem, exercendo o proprietário da maioria das ações com direito de voto influência dominante nas assembleias gerais, no conselho de administração e na diretoria executiva, como presidente do conselho de administração ou como diretor presidente ou, até mesmo, como presidente do conselho de administração e diretor presidente, cargos que muitas vezes acumula. (p.262)

As sociedades com capital concentrado são maioria no Brasil, mas também há as sociedades com capital disperso, ou seja, quando a propriedade do capital

está nas mãos de muitos acionistas, sendo que sua característica se refere ao fato de que quem efetivamente exerce o controle, quem comanda os negócios sociais possui pequena porcentagem da propriedade total:

Como seria de se esperar, o processo de dispersão das ações alcançou seu ponto culminante nas companhias muito grandes. As listas de acionistas da maior ferrovia, a Pennsylvania Railroad, da maior empresa de serviços públicos, a American Telephone and Telegraph Company, e da maior indústria, a United States Steel Corporation, mostram, todas elas, que o principal acionista em 1929 possuía menos de 1% das ações (Berle e Means, 1988, p.69).

É importante destacar que a Lei Acionária apenas trata do controle societário, ou seja, aquele controle advindo de participação acionária, sendo que, nesses casos, o poder de controle está com quem possui a titularidade de ações, portanto, a propriedade e o controle são exercidos pela mesma pessoa, seja física ou jurídica.

Quanto ao tema “controle” na Lei 6.404/76:

Note-se que o conceito de acionista controlador adotado pela lei (LSA, art. 116) abrange as três modalidades de poder de controle acionário. A definição legal não alcança apenas a modalidade do poder de controle gerencial, que não é exercido por acionista. Isso significa que o direito societário brasileiro encontra-se já aparelhado, no plano normativo, para acolher evoluções no mercado de capitais, de que decorra maior dispersão de ações e eventual mudança no perfil do poder de controle. A identificação do controlador, num caso específico, é questão de fato, que deve levar em conta os pressupostos do conceito legal, entre os quais o requisito da permanência (art. 116, a). O Banco Central, em 1976, estabeleceu que se considera permanente a manifestação do poder de controle se o acionista titulariza ações que lhe asseguram a maioria absoluta de votos ou, quando inexistente alguém nessa situação, se ele obteve a maioria, nas três últimas assembleias gerais (Res. n. 401, item IV). O objeto do preceito regulamentar era a alienação do poder de controle das companhias abertas, a que se deveria proceder, por força do art. 254 da LSA, mediante a oferta pública de aquisição de ações, com prévia autorização da CVM, para assegurar tratamento paritário aos demais acionistas. Em 1997, com a revogação do referido dispositivo da lei acionária, é evidente que a norma infralegal, que o disciplina, perde eficácia. O critério, contudo, continua pertinente: quem não dispõe de ações correspondentes a mais da metade do capital com direito a voto deve ser considerado controlador se, nas três últimas assembleias, fez a maioria nas deliberações sociais. (Coelho, 2012, p. 308-309).

Retomando o tópico anterior, a doutrina traz a classificação do controle, mas leva em consideração não somente o controle oriundo de participação acionária, mas também aquele controle surgido como consequência da pulverização do capital

social, que faz com que a propriedade e o controle sejam separados. Como muito bem observam Berle e Means (1988), no sistema acionário, o proprietário de riqueza industrial ficou apenas com um símbolo de propriedade, enquanto o poder, a responsabilidade e a substância que foram parte integrante da propriedade no passado estão sendo transferidos para um grupo independente, em cujas mãos está o controle.

As sociedades anônimas abertas são aquelas em que ocorre a socialização do investimento, ou seja, a sociedade, através de seus investidores, financia a atividade empresarial, situação que sempre existiu, no entanto, até então, o controle permanecia nas mãos de quem detinha a titularidade de ações votantes. O fenômeno da dispersão acionária é relacionado à separação entre a propriedade acionária e o controle, o que já foi identificado pelos autores acima referidos, assim, as macrocompanhias mantêm o controle sobre riqueza nas mãos de pequenos investidores ou até mesmo nas mãos de quem nem sequer figura como acionista da companhia.

A visão de poder de controle se constitui no fato de que quem o detém ou o pretende, possui interesse no poder de comando da companhia, no poder de direcionar os negócios sociais e de eleger membros da diretoria e do conselho de administração, não interesse na propriedade. Esse novo viés é fruto da Revolução Industrial que trouxe amplas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais, assim, atualmente, o grande interesse no interior das macroempresas é exatamente a detenção do poder de controle e não a propriedade acionária. Nesse âmbito, ainda os autores Berle e Means (1988) esclarecem o assunto ao afirmar que:

Essa separação de funções nos obriga a reconhecer o “controle” como algo independente da propriedade, por um lado, e da administração, por outro. Até aqui falamos em termos familiares sobre a sociedade anônima, seu tamanho, a propriedade de suas ações. Embora tenhamos descrito uma nova forma de organização econômica, nossa descrição foi feita com elementos bem conhecidos. Mas o divórcio entre controle e propriedade não é uma ideia familiar. O controle é um produto característico do sistema de sociedade anônima. Como a soberania, seu equivalente no campo político, é um conceito fugidio, pois raramente se consegue isolar ou definir o poder com clareza. Como a direção de uma sociedade anônima é exercida por um conselho de diretores, podemos dizer, para simplificar, que o controle está

em mãos do indivíduo ou grupo que tem o poder efetivo de selecionar o conselho de diretores (ou sua maioria), seja mobilizando o direito legal de escolhê-los – “controlando” a maioria dos votos de forma direta ou através de algum mecanismo legal -, seja exercendo pressão que influencia a sua escolha. (p.85)

Com o fenômeno da dispersão acionária, o acionista passou a ser mero investidor diante da alteração de seu perfil, ou seja, passou a ser apenas um titular de valor mobiliário que confere o *status* de sócio, bem como permaneceu com os direitos financeiros, mas o poder de dirigir os negócios sociais passou às mãos do controlador, nem sempre acionista da companhia. Novamente Berle e Means (1988) corroboram o assunto de maneira prudente, ao entender que o acionista tem um pedaço de papel com valor dado pelo mercado aberto e, enquanto proprietário desse pedaço de papel pode receber, de tempos em tempos, a bel-prazer da diretoria, dividendos periódicos.

Nesse sentido, conforme verificamos, o poder de controle é o poder do indivíduo em dispor dos bens alheios como se fosse proprietário, mas em nenhum momento o controle e a propriedade de ações se confundem. Este tópico teve, portanto, a finalidade da compreensão de que a Lei 6.404/76, que somente traz a definição de acionista controlador, trata do controle oriundo de participação acionária, classificado pela doutrina como originário ou de direito. No entanto, apesar dessa restrição legal, tanto na doutrina quanto nas decisões da CVM, há o controle que não é derivado da participação do capital social. O poder de controle como situação fática e que gera o comando dos negócios sociais pode ser identificado de forma interna ou externa na companhia, assunto a ser elucidado no tópico a seguir.

IV.4: Controle interno e externo

O poder de controle pode ser identificado de forma interna ou externa, ou seja, o controle interno é caracterizado quando seu titular atua no interior da empresa, mas atualmente, com a dispersão acionária, isso se modifica substancialmente, portanto, deve-se dar atenção também ao controle externo que é oriundo de situações de fora da sociedade anônima. Quanto ao controle interno, há

identificação de vários tipos, como bem observa Comparato (1983), ou seja, há os controles totalitário, majoritário, minoritário e gerencial, este último também caracterizado como controle administrativo.

A posição do controle gerencial ou administrativo identificado como tipo de controle interno não é unânime, visto que há a compreensão de que este tipo de controle deve ser enquadrado como controle externo. O controle totalitário ocorre quando nenhum acionista está excluído do poder de comando da companhia, ou seja, todos exercem o controle da sociedade, como pode ocorrer nas sociedades subsidiárias integrais, com previsão legal no art. 251, da Lei 6.404/76¹⁸.

As sociedades subsidiárias integrais são espécies de sociedades nas quais há um único acionista que necessariamente deve ser companhia brasileira e, justamente, por possuir único acionista, é totalmente controlada pelo mesmo, por isso, trata-se de uma forma do denominado controle interno totalitário. O controle majoritário, já mencionado, ocorre quando o poder de controle se encontra nas mãos da maioria da participação acionária, ou seja, esta maioria exerce seu poder na assembleia geral. Tanto o controle totalitário quanto o majoritário são facilmente identificados quando a companhia possui capital concentrado, o que não se verifica com os poderes minoritário e gerencial, pois o controle minoritário prescinde da chamada dispersão acionária, ou seja, ocorre nos casos em que não há possibilidade de mensurar e identificar quem são os maiores acionistas, justamente pelo fato da diluição do capital social, por isso o poder de comando da sociedade anônima pode claramente estar nas mãos de acionistas com a mínima participação acionária.

O controle gerencial ou administrativo, tema central desta dissertação, é aquele controle absolutamente desvinculado da propriedade acionária, por estar relacionado ao poder de direção oriundo de caminhos alheios à vida interna da companhia. A esse respeito, Comparato (1983) afirma que o controle gerencial é fenômeno que constitui poderoso argumento em favor da teoria institucional da

¹⁸ Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

sociedade anônima. Se o poder de controle na empresa não mais se funda na titularidade acionária e transcende a vontade, individual ou coletiva, dos acionistas, parece impossível reduzir o mecanismo social aos modelos de contrato ou de propriedade privada.

No que se refere à teoria institucional, Requião (2012) esclarece que

O mal, entretanto, do projeto de reforma, que se refletiu no sistema da lei hoje em vigor, foi precisamente o de não ter percebido que, quando se pode admitir que a sociedade anônima configure, após sua formação, uma instituição, não deixa ela de ser formada pelo contrato, e este da espécie plurilateral. Como instituição está ela voltada para a consecução do “bem comum”, visando primacialmente aos altos interesses coletivos, desvanecendo um tanto o interesse privado, perseguido pelos acionistas. Como contrato regula os interesses pessoais de seus membros. (p.38)

No mesmo sentido:

Com efeito, a adoção do institucionalismo implica uma subordinação dos direitos e interesses privados aos fins que a companhia objetiva realizar, justificando a inexistência de uma rigidez definitiva dos direitos dos sócios, fixados no ato constitutivo, haja vista a possibilidade de serem modificados se a prosperidade da sociedade exigir tal modificação. Essa orientação teórica explica, ainda, o fato de os administradores não serem considerados meros mandatários dos acionistas, mas verdadeira autoridade a quem compete assegurar a realização do “objetivo comum”. (Ripert, *apud* Botrel, 2011, p.125)

Quanto ao controle minoritário e gerencial, Carvalhosa (2011) afirma que este não existe no Brasil, pois somente há o poder de controle quando um ou mais acionistas ostentam, via acordo de controle, a maioria absoluta do capital votante e também não há o controle gerencial quando nas companhias com ações dispersas continua havendo o controlador, configurando-se uso indevido da figura do controlador.

Na análise do exercício do controle interno, Berle e Means (1988) identificaram cinco tipos: o controle através de propriedade quase total, o majoritário, através de um dispositivo legal sem propriedade majoritária, o minoritário e o administrativo. A classificação dos autores é esclarecedora, pois indica que o controle por meio de propriedade quase total ocorre quando um único cidadão ou

grupo de cidadãos possui todas as ações, assim, propriedade e controle estão nas mesmas mãos; o controle majoritário é oriundo da propriedade da maioria das ações; o controle por meio de mecanismo legal pode ocorrer da forma piramidal, quando se mantém o controle sem a posse da maioria das ações, através do uso de ações sem direito de voto e pelo voto por procuração. O controle minoritário ocorre quando um indivíduo ou grupo de indivíduos possui participação suficiente para dominar a empresa através de atração de procuração dos acionistas dispersos. Por fim, o controle gerencial ocorre quando a propriedade está tão dispersa que nenhum acionista possui interesse em dominar os negócios sociais, portanto, essa dominação vem dos diretores.

O controle interno, até a dispersão de ações, poderia ser definido como aquele obtido através de participação acionária e direcionado às assembleias gerais nas quais há a manifestação de poder do acionista; no entanto, atualmente, o mesmo não pode assim ser compreendido, pois há casos, como no controle minoritário, em que a dispersão acionária é tamanha, que o poder de controle está nas mãos de uma minoria acionária e outros casos nos quais o controle está nas mãos de quem não é acionista, nem diretor da companhia, como no controle gerencial ou administrativo.

Tanto Comparato (1983) quanto Berle e Means (1988), entendem que o controle gerencial é uma espécie de controle interno, ou seja, aquele efetivamente exercido no interior da companhia sem qualquer tipo de interesse alheio à atividade. Além das formas internas de obtenção do controle, não há como dissociar o controle externo da realidade econômica das sociedades anônimas, pois não são incomuns casos em que a companhia fica submetida às regras, ou seja, ao controle de uma instituição alheia à sociedade empresária, como pode ocorrer nos casos de endividamento da sociedade. Nesses casos de endividamento da sociedade, a instituição financeira pode condicionar o deferimento de empréstimos somente se obtiver como garantia de tal empréstimo, o bloco de ações de controle e, se realmente, a situação financeira da empresa ensejar tal empréstimo, não haverá meios para a sociedade, a não ser se submeter a esse tipo de controle externo.

É importante registrar, neste momento, que a Lei acionária brasileira não traz dispositivo expresso do controle externo, visto que o art. 116 está diretamente relacionado ao controle interno. Além dos casos de endividamento da sociedade, há a possibilidade do controle externo ser oriundo de órgãos administrativos quando se fizer necessária sua autorização para o regular desenvolvimento da atividade econômica, como o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), com regulação através da Lei 12.529/11, que trata, por sua vez, da repressão do abuso de poder econômico, ou do Banco Central do Brasil nas hipóteses de liquidação de instituições financeiras.

No que se refere ao controle gerencial ou administrativo, reiteramos que não há unanimidade sobre o mesmo constituir controle interno ou externo, tendo em vista que é gerado, na maioria das vezes, pela *proxy machinery*, ou seja, da outorga de procurações dos acionistas aos administradores. O controle externo será mais bem elucidado quando da análise sobre o controle gerencial ou administrativo, tendo em vista que seu desenvolvimento depende do amadurecimento de outros conceitos, que não nos competem no momento. A seguir, mencionaremos as chamadas técnicas de controle, ou seja, as formas pelas quais se obtém o controle interno da companhia.

IV.5: Técnicas de Controle

Segundo Comparato (1983), as formas de se obter o controle interno da companhia são denominadas de técnicas do controle interno, que podem ser: institucionais, quando pressupõem a criação de um organismo, de uma instituição com o fim efetivo de reorganizar esse controle; estatutárias, quando são materializadas no próprio estatuto social da companhia; contratuais quando, através de uma relação contratual, ou melhor, através de pactos entre acionistas, entre estes e a companhia ou, ainda, entre acionistas e terceiros estranhos à sociedade:

a) Técnicas Institucionais; as técnicas de organização do controle interno são bastante desenvolvidas nos EUA e, no que se refere às técnicas institucionais, é importante salientar as *holdings*, que podem ser puras ou mistas, isto é, podem ser

criadas apenas com o objetivo de controlar outras sociedades, como também podem ser criadas com esse objetivo, mas exercendo atividade econômica. Independente do fato das *holdings* serem puras ou mistas, não há obstáculos legais para a criação de uma sociedade para controlar outra, tanto que há previsão da Lei Acionária, em seu artigo 2º, § 3º.¹⁹ Além da criação de *holding*, bastante importante é o *voting trust*, que se trata de acordo de votos na companhia, documento que pode ser consultado a qualquer momento pelos acionistas. Desta forma, quem fizer parte de tal acordo exerce de forma natural todos os direitos inerentes à condição de sócio, inclusive financeiros, sendo que somente o voto deve ser realizado da forma acordada.

b) Técnicas estatutárias: a organização do controle interno também pode ser estabelecido pela via estatutária, assim, o estatuto social da companhia pode disciplinar, por exemplo, uma cláusula restritiva do direito de voto com o objetivo de manter o controle da companhia, forma regulada pelo artigo 36, da Lei Acionária brasileira.²⁰

c) Técnicas contratuais: pela via contratual, o controle interno pode ser organizado por diversas formas, mas a *proxy machinery* se torna relevante até mesmo porque é forma bastante utilizada nos EUA, país no qual os estudos acerca do poder de controle são desenvolvidos, desta forma, por esta via, ocorre a reunião de procurações dos acionistas e, assim, o voto passa a ser direcionado.

Após a explanação acerca do poder de controle, mais especificamente a respeito de quem pode ser definido como acionista controlador, bem como acerca

¹⁹ Art. 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 3º. A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

²⁰ Art. 36. O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas.

Parágrafo único. A limitação à circulação criada por alteração estatutária somente se aplicará às ações cujos titulares com ela expressamente concordarem, mediante pedido de averbação no livro de "Registro de Ações Nominativas".

do controle interno, suas técnicas e do controle externo, faz-se necessária a explanação a respeito do abuso do poder de controle.

IV.6: Abuso do poder de controle

Desde o início da análise do poder de controle realizada no decorrer deste trabalho, foi possível observar que quem detém o controle de uma companhia possui em suas mãos o poder de decisão, de comandar e decidir o futuro da companhia, mas esta decisão deve estar norteada por deveres, para que não ocorra a responsabilização do controlador. O acionista controlador, reiteramos, ao ser assim caracterizado assume deveres e obrigações para com a sociedade, os demais acionistas, credores sociais e, ainda, para com a comunidade na qual atua, por isso, a Lei Acionária é expressa no sentido de que somente pode ser considerado acionista controlador quem exerce seu poder para fazer a empresa realizar o seu objeto e cumprir sua função social. O acionista controlador, considerado como detentor de poder máximo na companhia, deve procurar, em suas decisões e manifestações, conciliar todos os interesses envolvidos na atividade econômica sem, contudo, exercê-las com abuso de poder.

Importante mencionar que a figura do acionista controlador não se faz presente no controle gerencial ou administrativo, no qual o poder de controle é exercido por administradores que não são acionistas, tampouco diretores da companhia, mas que possuem o poder de eleger estes últimos. No entanto, em momento algum a ausência da figura do acionista controlador neste tipo de controle significa que não haverá responsabilização civil em casos de erros e abusos por parte do detentor do controle, pois, nesses casos, a Lei Acionária deixa parâmetros de responsabilização, consubstanciados nos deveres de lealdade e diligência, para que haja a devida responsabilização civil. Como o controle gerencial ou administrativo será analisado em capítulo próprio, as observações sobre a ausência da figura do acionista controlador, bem como os parâmetros para a responsabilização do administrador neste tipo de controle ficarão, também, para o momento oportuno do presente trabalho.

O artigo 117, § 1º, da Lei Acionária²¹, traz rol exemplificativo de condutas que podem ser consideradas abusivas por parte do acionista controlador – segundo Comparato (1983), por desvio subentende-se uma via direta que deixou de ser seguida para se atingir um alvo ou se chegar a um resultado. Para Lopes (2011), é claro que o acionista soberano tem o direito de influir na vida da sociedade, até mesmo porque o mais afetado em casos de lucro e prejuízo é ele; no entanto, usar do poder é aceitável, abusar dele é inconveniente. Nestes casos, a função mais importante é a do magistrado, ao ver onde cessa o uso normal e inicia o abuso.

Como está expresso no dispositivo legal referido, segundo Frazão (2011), o acionista controlador responde civilmente pelos atos praticados com abuso de poder, sendo que qualquer acionista é parte legítima para propor esta ação, mas sempre nos interesses da companhia. Segundo Pedro A. Batista Martins (2011), o acionista controlador, pelos seus deveres assumidos quando do início de sua posição e, como acima referido, responde civilmente pelos atos praticados com abuso de seu poder, mas essa responsabilização civil pode envolver ação de anulação de sua deliberação bem como ação de reparação civil. Se o acionista

²¹ Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º. São modalidades de exercício abusivo de poder:

- a) Orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou leva-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
- b) 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 que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- c) Promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- d) Eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
- e) Induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia geral;
- f) Contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
- g) Aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade;
- h) Subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.

controlador também for administrador da companhia, a responsabilização civil pode envolver, ainda, perdas e danos juntamente com os demais acionistas e diretores.

Há autores, como Lopes (2011), que afirmam que o artigo 246, da Lei acionária²², que trata sobre a responsabilidade civil da sociedade controladora, na pessoa jurídica, pode ser aplicado de forma extensiva ao acionista controlador, na pessoa física. Assim, não há dúvidas da responsabilidade civil a que é submetido o acionista controlador em casos de abuso de seu poder; o importante é o julgador da causa obter êxito em colocar linha limítrofe em exercício legítimo e abusivo, visto ser natural a influência determinante do acionista controlador na vida econômica da sociedade. Nesse sentido, observa-se que a tarefa do magistrado é árdua no sentido de perceber e delimitar até onde o exercício do poder de controle ocorre dentro das regras e a partir de que ponto o abuso se inicia.

Ainda nesse tópico, é importante a menção a respeito do conflito de interesses: o acionista controlador tem o dever de fazer com que tanto seus interesses, quanto os interesses da companhia, dos outros acionistas, dos credores, trabalhadores e comunidade na qual a atividade econômica é exercida, estejam em consonância e respeite a função social da empresa, bem como dê condições para a realização do objeto social da companhia. Para que ocorra essa consonância de interesses, o acionista controlador deve votar de forma a observar e a respeitar todos os interesses envolvidos na atividade econômica, no entanto, isso nem sempre ocorre, visto que o voto do acionista controlador pode estar viciado com o conflito de interesses, ou por respeitar mais seus interesses pessoais, ou por buscar somente o lucro, sem a observância da função social da companhia.

²² Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117.

§ 1º. A ação para haver reparação cabe:

- a) A acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;
- b) A qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente.

§ 2º. A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização.

Ocorre que esse conflito de interesses não é possível de ser captado antes do voto, com a finalidade de impedir o acionista de exercer esse direito; desta forma, segundo Botrel (2009), a única maneira é permitir que o acionista exerça seu direito de voto e caso, posteriormente, vier à tona o conflito, anular a deliberação. O acionista controlador, se observadas as companhias modernas, possui mais deveres que direitos, tendo em vista que suas condutas devem fazer com que todos os interesses envolvidos na atividade sejam convergentes e, para isso, deve exercer o voto sem abusar de seu poder.

Assim, verifica-se que o abuso do poder de controle pode ser externalizado por realização das condutas trazidas pela Lei Acionária²³ e também nos casos de ocorrência do conflito de interesses, verificado quando o acionista controlador faz com que seus próprios interesses prevaleçam em detrimento dos demais interesses envolvidos na empresa o que, conseqüentemente, reflete no voto nas assembleias gerais. O abuso do poder de controle, se caracterizado, pode gerar a responsabilização civil ao controlador, o que será apurado em ação própria para este fim. Neste caso reafirmamos a importância do papel do magistrado, visto que o mesmo terá que traçar a linha limítrofe entre o uso normal e uso abusivo do poder. Além disso, deve-se considerar que as condutas do controlador geram efeitos indiretos na sociedade, diante do fato de que a economia se movimenta no esteio do desenvolvimento da atividade empresarial. A seguir, partimos para a compreensão do controle gerencial ou administrativo, tema central da presente dissertação.

IV.7 Conclusões parciais

Este capítulo referente ao poder de controle objetivou a análise da natureza jurídica do controle considerando o artigo 116, da Lei 6.404/76, que traz a definição de acionista controlador, mas não de controle. O controle configura situação de fato e não jurídica por não possuir definição legal, situação em que o controlador comanda os negócios e decide o futuro da companhia. Em que pese a Lei 6.404/76 não trazer definição de controle, reforçamos que a melhor doutrina se encarrega de classifica-lo em controle por meio de propriedade quase total, majoritário, por meio

²³ Art. 117, Lei 6.404/76.

de mecanismo legal, minoritário, administrativo e ainda em controle originário e derivado; de direito e fato e direto e indireto, levando em consideração, para tal classificação, a participação do acionista no capital social, pois atualmente há companhias com capital concentrado e com capital disperso.

Nas companhias com capital concentrado é identificada a figura do acionista controlador, pois nestas tanto a propriedade de ações, quanto o poder de mando na empresa encontram-se nas mãos do controlador. Já nas empresas com capital diluído, essa identificação não ocorre, tendo em vista a separação da propriedade e do controle. O poder de controle pode ser verificado de forma interna e externa na companhia, sendo que o controle interno pode ser materializado através das técnicas de controle, temas já abordados.

Neste capítulo, além da análise do poder de controle sob o aspecto legal e doutrinário, foi abordada a compreensão de que o dever de realização da função social e o cumprimento do objeto social da companhia são direcionados ao acionista controlador ou ao administrador. O dever da companhia de realizar a função social diante da socialização do investimento é dirigido ao acionista controlador ou ao administrador, desta forma, o controlador deve, diante de seu poder de comando, conciliar todos os interesses envolvidos na atividade econômica, ou seja, seus interesses – isso no caso dos controladores que possuem parcela do capital social -; os interesses da própria companhia; dos demais acionistas; dos trabalhadores; dos credores sociais e da comunidade.

Além do dever de realização da função social e cumprimento do objeto social da companhia, expressos no parágrafo único do artigo 116 da Lei 6.404/76, os controladores devem realizar seus votos sem conflitos de interesses, ou seja, todos os interesses envolvidos na atividade econômica devem ser convergentes. Como mencionamos, a não observância do dever de realização da função social acarreta, ao acionista controlador, a responsabilidade civil e/ou a anulação de suas deliberações, portanto, o poder de controle não pode ser exercido com abuso, nem tampouco com conflito de interesses.

CAPÍTULO V: EVOLUÇÃO DOS TIPOS DE CONTROLE E O CONTROLE GERENCIAL

V.1: Considerações iniciais do controle gerencial ou administrativo

Este capítulo objetiva a análise mais aprofundada a respeito do controle gerencial ou administrativo e suas implicações; este, como referimos, é situação de fato porque não é regulado legalmente e, como tal, oferece ao seu titular o poder de decidir os negócios sociais, de deliberar a respeito de matérias referentes à atividade econômica, de gerir os órgãos da sociedade. A esse respeito, Comparato (1983) afirma que o controle se caracteriza como o direito de dispor dos bens que lhe são destinados, de tal forma que o controlador se torna senhor da atividade econômica. A partir dessa definição, verifica-se que o controle não necessariamente é exercido internamente, pois o controle interno se verifica quando organizado através das técnicas de reestruturação do mesmo, como já referimos.

O controle gerencial é uma espécie de controle não abrangido pela Lei Acionária, tal como ocorre com o controle externo e que, por isso, merece destaque pelo fato de que não é fruto da propriedade acionária, tendo em vista que é possível, devido à pulverização do capital, que permite que os administradores obtenham procurações dos acionistas e, desta forma, direcionem a empresa. O controle externo e o gerencial, apesar de não possuírem regulação legislativa, são passíveis de estudos diante de sua habitual ocorrência nas companhias com o capital pulverizado e pelo fato de serem tendência do mercado brasileiro.

As sociedades anônimas são fruto do sistema capitalista e constituem, atualmente, o instrumento mais que adequado do capitalismo moderno, devido à possibilidade da busca de recursos na sociedade e da manutenção da responsabilidade limitada dos acionistas, no entanto, é claro que os instrumentos de captação dessa riqueza nem sempre ocorreram da forma atual, diante do desenvolvimento da atividade econômica.

No Brasil, o modelo societário de concentração econômica ainda é bastante presente, ou seja, o proprietário é quem comanda a empresa, desta forma, o controlador é quem possui parcela de capital social. Esta ideia é corroborada pela Lei 6.404/76, cuja finalidade é o desenvolvimento do mercado de capitais, expressa no já referido artigo 116, no qual o conceito de acionista controlador figura separando quem comanda a empresa dos demais acionistas, chamados de investidores. A esse respeito, segundo Munhoz (2013):

[...] ao estruturar os diversos órgãos da macroempresa e os papéis a serem nela exercidos, concebeu uma clara separação entre o empresário-empREENDEDOR e o conjunto de acionistas investidores. Caberia ao empresário-empREENDEDOR o comando da empresa, podendo contar, para tanto, com os capitais oferecidos pelos investidores, havidos como atores externos ao empreendimento empresarial e simples titulares de direitos patrimoniais contra a sociedade. O comando empresarial continuaria, portanto, a ser exercido com mão forte e ampla liberdade pelo empresário-empREENDEDOR. Os interesses dos investidores seriam garantidos por meio da atribuição de um conjunto de deveres e responsabilidades diferenciados ao empresário-empREENDEDOR, cuja atuação deveria pautar-se pela concretização do interesse da empresa e do conjunto de acionistas, e não do seu interesse particular (interesse social). (p. 54)

O modelo societário de concentração econômica não é o único a ser observado, pois o desenvolvimento do mercado de capitais faz surgir o modelo de capital disperso, ou seja, nas companhias com capital diluído, o capital social é dividido entre muitas pessoas e, exatamente por esse motivo, facilita o surgimento do controle gerencial ou administrativo. É importante notar que, apesar da diluição do capital tratar do desenvolvimento natural da empresa, no Brasil, ainda permanece o modelo de capital concentrado, no qual o controle da companhia está nas mãos de quem contribuiu para a formação do capital social e, assim, facilmente a figura do acionista controlador, aquele que comanda os negócios sociais, é identificada.

Como se denota do entendimento de Munhoz (2013), o sistema de capital disperso exige a presença de um mercado de capitais forte, transparência das informações, monitoramento dos administradores e papel disciplinador de um mercado ativo de disputa pelo poder de controle. O controle gerencial ou administrativo, apesar de não prevalecer nas companhias brasileiras, é bastante comum nos Estados Unidos da América e, como referimos, é exercido pelos administradores da companhia, ou seja, independe de participação acionária e no

qual a figura do acionista controlador não é identificável. Desta forma, a nova realidade trouxe a dissociação entre a propriedade acionária e o controle da empresa – viés que marca o desenvolvimento deste capítulo.

Nesse âmbito, Castro (2010) traz importante distinção entre controle societário e controle empresarial, como antecessor dos estudos aprofundados acerca do controle gerencial:

É que o exercício daquele (controle societário) pressupõe a propriedade acionária, conforme se depreende do art. 116 da Lei 6.404/76. Daí a pertinência da distinção: o controle societário, privativo de sócio, implica atos de propriedade – atos de natureza societária, portanto -, enquanto o controle empresarial se refere ao domínio da empresa.

Titula a empresa a sociedade empresária; assim, em tese, o controle empresarial é exercido pela própria sociedade. Acontece que, em muitas situações, os administradores concentram tamanho poder, poder este desvinculado da propriedade acionária – ou seja, seus cargos administrativos não se devem à participação no capital social -, resultando no domínio, por essas pessoas, das relações empresariais e alocação de recursos. É quando se caracteriza o controle gerencial da empresa. (p.37)

Conforme a distinção apresentada pelo autor, é possível verificar que o controle gerencial é uma espécie de controle empresarial e não societário, visto que seu detentor não possui sequer participação no capital social – é nesses moldes que as nuances trazidas por esse tipo de controle serão abordadas daqui em diante. Nesse sentido, conforme entendimento de Frazão (2011):

Como se pode observar, somente os controles totalitário e majoritário relacionam-se diretamente à participação acionária. O controle minoritário vincula-se apenas indiretamente à participação acionária enquanto que a separação é absoluta no controle gerencial, revelando ainda mais o caráter institucional das sociedades anônimas assim geridas. (p. 85)

A denominação de controle empresarial não é unânime entre os doutrinadores, pois este tipo de controle também é denominado de controle administrativo, inclusive por Comparato (1983), ratificando a classificação apresentada por Berle e Means (1988). O controle societário pressupõe participação acionária, portanto, quem o exerce deve deter o *status* de acionista, ou seja, a condição de sócio, nos exatos termos da disposição do artigo 116 da Lei Acionária. O controle da companhia, quando não oriundo da participação acionária, é fruto da

publicização do capital social, portanto, nesses casos, o controle e o comando dos negócios sociais são exercidos por quem realmente domina a empresa, seus administradores. Nesse sentido, Eizirik (2011), afirma:

Trata-se de modelo dominante nos EUA e Reino Unido, países nos quais se verifica a separação entre propriedade e controle. Em tais empresas, dada a grande dispersão das ações no mercado, o “controle” (não acionário, ou “gerencial”) é exercido de fato pelos administradores (*managers*), que não detém lotes significativos de ações. (p.673)

Carvalhosa, (2010) aponta para essa nova realidade da dispersão do capital, no sentido de que atualmente não ocorre a permanência da detenção de 50% ou mais de ações votantes, pois há negociações diárias no mercado de bolsas. A esse respeito, Comparato (1983) entende que o controle gerencial ou administrativo é aquele não fundado em participação acionária, mas nas prerrogativas diretoriais e é totalmente desligado das ações nas quais se divide o capital social, sendo obtido através de mecanismos de representação de acionistas em assembleia.

Por esse motivo, a distinção entre os controles societário e empresarial realizada por Castro (2010), como acima destacada, foi sistematização bem vinda, pois a realidade do novo mercado acionário é justamente possuir muitos acionistas, ao ponto de não existirem condições de identificação dos mesmos. Essa evolução da concentração acionária para a diluição de ações é decorrente de transformações econômicas, políticas e culturais pelas quais a sociedade passa, as quais a realidade do mercado deve acompanhar de forma intensa, pois, atualmente, não há possibilidade de regulação apenas do controle societário, visto que o controle empresarial se faz presente na atividade econômica.

No Brasil, o sistema da dispersão de ações encontra-se em desenvolvimento, por esse motivo é possível a afirmação de que o modelo concentrado ainda prevalece. A esse respeito, Bertoldi (2000), reiterando a posição de Comparato (1983), afirma que o controle gerencial se efetiva quando está totalmente desligado da titularidade das ações, sendo que o mesmo vem da grande dispersão das ações e os acionistas figuram como meros investidores de capital. Eizirik (2011) faz referência ao controle gerencial, no seguinte sentido:

Verificou-se, a partir de 2006, a adoção, por companhias abertas brasileiras, do modelo denominado de “controle pulverizado”, também chamado de “controle gerencial”, no qual não está presente a figura do acionista controlador. Neste modelo de “controle pulverizado”, a direção efetiva dos negócios sociais é realizada por administradores profissionais, membros do conselho de administração e da diretoria, no exercício de suas atribuições legais e estatutárias sem que exista bloco de ações que assegure o poder de controle. (p. 671-672)

Como já mencionamos, diante da realidade das grandes companhias americanas, o fenômeno da dispersão acionária introduz esquema diferenciado, diante do fato da impossibilidade da identificação dos acionistas e de, conseqüentemente, se obter procurações dos mesmos para participação em assembleias. Em casos de companhias com controle concentrado, além da fácil identificação do acionista controlador, a assembleia geral, como órgão de deliberação máxima da companhia, possui poder soberano, pois é através do acionista controlador que se decidem os negócios da sociedade. A sociedade anônima possui suas funções divididas pelos órgãos sociais e o controle, quando interno, é organizado de forma a privilegiar a estrutura da companhia, bem como é o acionista controlador que possui posição de destaque.

No controle interno, o *status* de controlador pode ser obtido por diversas formas, tanto que Comparato (1983), como referimos, identifica diferentes espécies de controle. O controle totalitário, por exemplo, é verificado quando todos os acionistas decidem pelos negócios da sociedade, ou seja, quando quem detém a totalidade das ações é quem exerce o controle; o controle majoritário, por sua vez, indica que quem detém o poder é quem possui a maioria das ações com direito a voto e, por fim, o controle minoritário, apesar de depender de diluição de capital, passa a estar nas mãos de quem possui uma mínima parcela de capital social, mas o suficiente para comandar a atividade. É interessante deixar claro, nesse tópico, que essas espécies de controle dependem de forma imprescindível de participação societária, mesmo no controle minoritário.

Nesse sentido, o controle gerencial é o controle empresarial que independe de participação acionária, sendo exercido pelos administradores da empresa. Como

espécie de controle empresarial não há disposição legal, mas pelas análises até aqui realizadas podemos afirmar sua existência e reconhecimento tanto pela doutrina, quanto pela CVM.

É importante mencionar, ainda, que apesar da Lei 6.404/76 não disciplinar expressamente o controle gerencial, o administrador, como controlador, também possui delineamentos e limites em suas condutas e, conseqüentemente, responsabilidade civil. Tais limites de conduta estão consubstanciados nos chamados deveres fiduciários, ou seja, apesar do rol de infrações não estar expresso, como no controle societário (artigo 117, Lei 6.404/76), os administradores devem agir segundo os ditames dos deveres de lealdade, diligência, informação e, ainda, observando a função social e sem conflito de interesses. A CVM, conforme será analisado nas próximas linhas, tem sancionado os administradores de companhias abertas fora dos limites trazidos pela Lei Acionária, pois está no artigo 159, *caput*²⁴, que traz as regras que norteiam a responsabilização dos mesmos.

Ainda no que se refere ao controle interno, várias são as formas de obtê-lo e, nesse caso, as formas são as chamadas técnicas, ou seja, formas diversas de organização do controle interno, que podem ocorrer pelas vias estatutária, contratual ou institucional. Relembremos, nesse ponto, que o poder de controle não é obtido apenas por via interna na companhia, mas há formas de obtê-lo externamente, a exemplo dos casos de endividamento da sociedade empresária, ou em que a sociedade necessita de regulamentação e, até, mesmo autorização para o exercício da atividade econômica. Neste capítulo, no entanto, é necessária a análise do controle externo sob a ótica de um controle não-societário.

V.2: O controle não-societário

No tópico anterior, realizamos considerações gerais acerca do controle gerencial ou administrativo, através das quais foi possível compreender que este tipo de controle não depende de participação acionária, por ser consequência da pulverização do capital social. Nesse sentido, o presente tópico possui, portanto, a

²⁴ Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

finalidade de analisar o controle não-societário sob a perspectiva de que não há entendimento pacífico se o controle gerencial é externo, pelo fato de não haver a participação do controlador no capital social ou interno, por este ser exercido, por sua vez, no interior da companhia.

Segundo Comparato (1983), no que se refere ao controle externo, uma das maneiras de sua ocorrência são os casos de endividamento da sociedade empresária, pois quando esta necessita de empréstimos bancários, ou melhor, quando não está bem vista no mercado acionário, a emissão de seus valores mobiliários não atrai investidores, sendo que, pela ausência de condições de obter recursos na sociedade, acaba tendo como único caminho o empréstimo bancário. Assim, a instituição financeira, verificando a situação econômico-financeira da companhia, acaba por lhe emprestar os recursos necessários, mas condiciona esse empréstimo a uma garantia que, na maioria das vezes, constitui o bloco de controle da companhia.

Não é somente em casos de endividamento da sociedade, porém, que é possível verificar o controle externo, pois, como salienta Bertoldi (2000), há sociedades que dependem de autorização e estão sob fiscalização de órgãos específicos devido à sua atividade, como no caso do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica)²⁵; nessas situações, portanto, o controle externo também pode ser identificado. Desta forma, a instituição financeira ou o órgão fiscalizador, mesmo sem disposição legal, exerce o controle da companhia, pois é quem, através do voto manifestado nas assembleias, comandará os negócios sociais e, por esse motivo, o controle externo passa a ser denominado de não-societário. Para Macedo (2004), o controle não-societário também pode ser exercido nos casos de franquia, pois a pressão vinda do contrato entre franqueadores e franqueados não deixa de ser uma espécie de controle externo; outro exemplo é a dependência da empresa a um *know how* ou marca, assim, em qualquer caso no qual a empresa tem sua viabilidade condicionada a um fator de fora da atividade, configura-se o controle não-societário.

²⁵ A matéria sobre abuso do poder econômico está disciplinada na Lei 12.529/11.

O estudo sobre o controle não-societário se torna possível a partir da noção de evolução do próprio controle, visto que antigamente só havia menção ao controle concentrado, a saber, aquele que sempre esteve nas mãos de quem contribuía para a formação do capital social. No entanto, atualmente, com a nova realidade do mercado acionário na qual as companhias possuem o capital social disperso, não há possibilidade do controle da empresa estar nas mãos de quem possui parcela do capital social. A nova realidade do mercado acionário traz consigo o controle administrativo, exercido por administradores – caracterizado como um tipo de controle empresarial – diante da não necessidade de participação acionária na companhia. Na perspectiva desta nova realidade, se torna imprescindível a análise das causas de seu surgimento.

V.3: O controle administrativo e suas formas de obtenção

O controle administrativo, oriundo da publicização das companhias, é um tipo de controle empresarial, pois independe da participação do controlador no capital social da companhia. Nesse sentido, como não possui sua origem na propriedade de ações, é importante realizar, no presente trabalho, a análise das formas pelas quais o mesmo pode surgir nas companhias. Com todas as transformações ocorridas na sociedade pós Revolução Industrial, diante dos efeitos na economia, cultura e, conseqüentemente, no Direito, o perfil dos acionistas se alterou de maneira substancial, tendo em vista que, atualmente, os acionistas não se preocupam com os negócios da sociedade e com o futuro da mesma, ou seja, com sua efetiva administração, mas com os dividendos advindos da atividade.

Essa alteração de perfil se reflete, segundo Castro (2010), no controle das companhias, pois a ausência de preocupação do acionista faz com que surjam pessoas interessadas na administração, ou seja, faz surgir o controle administrativo. Em decorrência deste fato, portanto, serão analisadas as causas do surgimento do controle administrativo, quais sejam: o absentéismo, também denominado de *proxy machinery* e a contratação de administradores. A ausência de participação em assembleias, denominado de absentéismo, traz como efeito o fato dos seus

procuradores, neste caso os próprios administradores, agirem como se fossem os proprietários da companhia.

Essa é a realidade, segundo o autor, das grandes sociedades anônimas e não se pode perder de vista, ainda, que os proprietários, diante do desenvolvimento desenfreado do capitalismo (a deixar de lado, com vistas ao lucro como único objetivo, os compromissos com a função social), contratam administradores técnicos como tentativa de aumentar exponencialmente sua riqueza. Assim, o perfil do atual proprietário das grandes companhias não se relaciona ao exercício de seus direitos essenciais, preconizados no artigo 109, da Lei Acionária e tampouco ao exercício de voto, que constitui seu direito, apesar de não ser considerado essencial, mas está relacionado à obtenção de lucros cada vez maiores, uma vez que quem detém o controle sobre a atividade empresarial é esse administrador técnico contratado.

Apesar disso, no Brasil, os estudos acerca do controle gerencial ainda são de pouca monta, visto que nas companhias brasileiras não há posição pacificada, quando o mesmo é verificado, sendo que as companhias com capital concentrado ainda constituem a maioria. Como salienta ainda o autor, a evolução que resultou na separação entre propriedade acionária e controle empresarial, oriunda de transformações sociais e econômicas, também resultou numa alteração referente aos perfis dos acionistas diante do fato de que, na nova realidade do mercado, o acionista empreendedor é o que, literalmente, possui sua posição abalada com a dispersão acionária.

Conforme referido no item III.2 há, na sociedade anônima, vários perfis de acionistas, ou seja, cada acionista ingressa na atividade empresarial por um objetivo diferenciado, lembrando que José de La Vega *apud* Bulgarelli (2001) identificou os acionistas rendeiros, especuladores e empresários, no sentido de que os primeiros iniciam a atividade econômica organizada com o único objetivo de lucro, não possuindo preocupação ou almejando o exercício de direitos políticos, como o voto; os seguintes possuem como objetivo a especulação do mercado e, nesse sentido, investem em ações ou em outros valores mobiliários, refletindo por quanto,

futuramente, alienará esses valores mobiliários; os últimos têm o perfil do acionista que se preocupa com a administração da companhia.

Fato é que todo acionista, independente de seu perfil, faz *jus* ao chamado dividendo obrigatório, mas o que marca a diferença é que, para alguns, a única pretensão é o recebimento deste dividendo não havendo, desta forma, pretensão alguma em comandar os negócios sociais. Neste caso, a solução encontrada é a transferência desse poder aos chamados administradores. No entendimento de Castro (2010), para esses tipos de acionistas, a participação em assembleias gerais, por gerar despesas, passa a não ser algo atrativo, o que traz como consequência a outorga de procuração para os administradores agirem em seu nome; portanto, os administradores no exercício do controle empresarial agem como se fossem verdadeiros proprietários da companhia. Outro fato, é que o controle gerencial é realidade nas companhias modernas, notadamente pela grande diluição acionária, ou seja, essas companhias (no caso, as abertas, que são fruto do capitalismo) possuem um número tão grande de acionistas, que não há possibilidade de identificar quem comanda os negócios sociais, portanto, tal comando fica a cargo dos administradores.

Como mencionamos, o controle gerencial é manifestado em companhias com publicização do capital e pode ser, ou exercido por administradores técnicos, ou pelo absenteísmo do acionista, o que nos leva à conclusão de que somente a dispersão de ações não é suficiente para o surgimento do controle administrativo. Para o surgimento do controle administrativo, é imprescindível que o acionista ou grupo de acionistas que detenham o poder de comandar os negócios sociais não sejam ativos quanto às decisões empresariais, ou seja, que permaneçam inertes quanto ao futuro da companhia, o que conduz à ideia de que o controle gerencial não necessariamente se manifesta nas companhias com capital diluído. Sob esse ponto de vista, segundo o autor acima referido, o controle gerencial pode surgir também em companhias com controle totalitário, desde que o acionista que detenha quase totalidade dos votos em assembleia não possua interesse no exercício de seus direitos, desde que seja passivo – assim, as decisões passam das mãos do acionista para as do administrador.

A partir desta última afirmação, é possível concluir que o controle gerencial não existe somente nas companhias com capital diluído, mas em qualquer tipo societário; assim, não há como negar que as conclusões de que não há controle gerencial no Brasil, se encontram completamente equivocadas. É importante deixar registrado que os que corroboram esta ideia incorreta estão fundamentados na argumentação de que o controle é somente oriundo de companhias com capital diluído, no entanto, é possível verificar que essa não pode ser considerada a única perspectiva. O controle gerencial também pode ser verificado quando a totalidade de quotas de uma sociedade limitada é de propriedade de pessoa jurídica domiciliada no exterior que somente tem, no Brasil, um procurador com amplos poderes de direção.

No caso acima referido, o controle gerencial é materializado através da outorga de procurações dos acionistas, dos proprietários da companhia ou de outros tipos de sócios e, no caso de outra espécie de sociedade empresária que não a anônima, para os administradores que passam a agir em nome daqueles. A esse respeito, Castro (2010) sublinha que:

A dispersão acionária facilita a dominação empresarial por pessoas não-vinculadas à sociedade por uma relação de propriedade, e também que a procuração consiste em eficaz instrumento de dissociação do controle societário e empresarial, justamente por permitir ao procurador isolar eventual intervenção dos sócios (por intermédio da assembleia geral) em suas práticas empresariais. (p.127)

Conforme afirma Castro (2010), o absentéismo, por sua vez, é verificado como consequência da dispersão de ações ou do desinteresse dos acionistas, o que traz como regra o afastamento do mesmo da assembleia, primeiro pelos custos com viagem, hotel, perda de dias de trabalho e segundo porque, como referimos, há vários perfis de acionistas que variam conforme seus interesses na companhia; desta forma, o surgimento do controle gerencial através da outorga de procurações constitui o caminho natural das modernas companhias. A grande distinção entre as companhias com controle concentrado e com controle diluído é que, nas primeiras, o acionista controlador, nos termos do artigo 116 da Lei Acionária, domina a empresa

e nas companhias com capital diluído, é o administrador que controla a empresa, mediante o grande número de procurações em suas mãos.

V.4: O controle administrativo e suas implicações nos órgãos societários

A administração da sociedade é exercida pela diretoria e pelo conselho de administração, sendo que este possui a precípua função de orientar os negócios gerais da companhia, qual seja, eleger e destituir diretores, como bem observa o artigo 142 da Lei Acionária.²⁶ É importante mencionar que o conselho de administração é órgão colegiado, uma vez composto por, no mínimo, três membros e que as matérias submetidas à sua deliberação são estritamente as constantes no dispositivo legal acima citado, ou seja, o conselho de administração é o órgão que auxilia a diretoria na administração da sociedade, mas que não representa a sociedade visto que, segundo Castro (2010), as representações interna e externa são realizadas apenas e tão somente pela diretoria.

Já a diretoria pode exercer sua função de forma individual, com exceção de algumas matérias²⁷, pois a Lei 6.404/76 traz a previsão de que o estatuto deve atribuir função a cada diretor e essas disposições são utilizadas para afirmar que as decisões da diretoria, que são individuais – e isso não significa que não possa existir na companhia grupos especializados que auxiliem a gestão –, podem ser tomadas sem formalidades como convocações de assembleias gerais: desta forma, um

²⁶ Art. 142. Compete ao conselho de administração:

- I – fixar a orientação geral dos negócios da companhia;
- II – eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;
- III – fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papeis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;
- IV – convocar a assembleia geral quando julgar conveniente, ou no caso do art. 132;
- V - manifestar-se sobre o relatório de administração e as contas da diretoria;
- VI – manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;
- VII – deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;
- VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros;
- IX – escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

²⁷ Essa disposição está expressa no artigo 143, § 2º, LSA.

membro da diretoria pode exercer o controle gerencial mediante a obtenção de procurações de acionistas.

Segundo o autor acima referido, apesar da administração das companhias (se estas forem abertas) se realizar por ambos os órgãos, – diretoria e conselho de administração –, a organização, devido à complexidade dos trabalhos e à exigência estrutural da companhia, é feita pela diretoria. A diretoria é quem representa a sociedade anônima interna e externamente, como observa o artigo 138²⁸ da Lei Acionária, assim, a dominação empresarial exercida pelos diretores pode ser denominada de controle gerencial. A diretoria não é composta apenas por seu presidente, mas por vários diretores que se unem para a administração da empresa, ou seja, todos trabalham juntos para o bom desempenho da atividade econômica. Na prática, porém, ocorre que apenas um deles exerce o controle empresarial da companhia, qual seja, o diretor presidente, no entanto, isso não significa que os demais diretores não tenham importância para a atividade, muito pelo contrário, o diretor controlador deve ser sábio ao ponto de articular todos os diretores para que não haja boicote, ou seja, para que não seja prejudicado no exercício do controle.

V.5: Estruturação do controle gerencial

Para Castro (2010), o controle gerencial pode ser estruturado de três formas na companhia: unipessoalmente; em conjunto; de forma compartilhada. O controle gerencial ou administrativo, quando exercido de forma unipessoal, nem sempre pressupõe que o controlador, sozinho, organiza e estrutura a atividade empresarial, mas que, caso não o faça sozinho, possui pessoal de sua extrema confiança para atingir tal fim. O que caracteriza o controle gerencial unipessoal é que o controlador possui capacidades de articulação e de liderança tão evidentes, que consegue controlar a empresa sem a necessidade de conjugação de esforços de demais diretores ou órgãos.

²⁸ Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao Conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria.

§ 1º. O Conselho de Administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores.

No controle gerencial unipessoal, reiteramos, o administrador nem sempre possui condições de comandar sozinho a empresa, pois há casos em que o mesmo depende de demais diretores apesar de que, na diretoria, cada diretor possui função autônoma e independente. Nesses casos, para Castro (2010) ocorre o chamado controle em conjunto, diante do fato de que o controlador necessita dos demais diretores para a tomada de decisões, mesmo que legalmente e estatutariamente haja previsão de que cada diretor exerce sua função individualmente.

No Brasil, a diretoria da companhia pode exercer o tipo de controle administrativo, quando as decisões são tomadas individualmente e, além do mais, compete à diretoria as representações interna e externa da mesma, no entanto, ocorre que nem sempre o controle gerencial é exercido somente por diretores. A Lei de Sociedades Anônimas, quando menciona o termo 'administradores', o faz em sentido amplo, pois refere à reunião de diretores e conselheiros, pelo fato de que a administração da companhia, se aberta, ocorre pela conjugação de trabalhos da diretoria e do conselho de administração, conforme salienta Castro (2010). Nesse ínterim, o controle administrativo pode ser exercido de forma compartilhada, ou seja, entre diretores e conselheiros, o que traria a necessidade das decisões serem realizadas de forma colegiada em, pelo menos, um dos órgãos, sendo que esse tipo de controle é decorrente da ausência de administrador capaz de decidir os negócios sociais sozinho.

Aqui no País, tanto o controle gerencial como seu exercício pelos membros do conselho de administração parece algo distante da realidade, apesar da disposição, trazida pelo artigo 126, § 1º da Lei Acionária²⁹ prever que os acionistas podem ser representados por administradores que podem, por sua vez, ser diretores ou conselheiros. Abre-se, nesse caso, inclusive, a possibilidade do controle ser exercido por conselheiros sem vínculo com a companhia, denominados de

²⁹ Art. 126.

§1º. O acionista pode ser representado na assembleia geral por procurador constituído há menos de 1 (um) ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; na companhia aberta, o procurador pode, ainda, ser instituição financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos.

conselheiros independentes, pois o artigo 143, da Lei Acionária³⁰ é claro no sentido de que a diretoria pode ser composta e destituída, a qualquer tempo, pelo Conselho de Administração. Pode-se concluir, portanto, tendo em vista somente as disposições trazidas até esse ponto do presente trabalho, que o controle gerencial, caso ocorra no Brasil, deverá ser, necessariamente, exercido por diretores. No entanto, ocorre que, até então, este controle é manifestado em casos de companhias com capital diluído e devido ao absenteísmo e à contratação de administradores pelos acionistas com a finalidade de aumentar exponencialmente suas riquezas, havendo a possibilidade desse tipo de controle advir de companhias com capital concentrado, o que se verifica como a maioria dos casos no Brasil.

Desta forma, o controle gerencial é manifestado quando ocorre a separação entre a propriedade do capital e o controle sobre a atividade empresarial, mas essa situação não se verifica quando pelo menos um acionista titularizar direitos de sócio, de forma permanente, conforme estatui o referido artigo 116. O que se pretende com essa afirmação é que o acionista, mesmo dono de ações, pode não se interessar pela vida empresarial ao ponto de pretender controlar a empresa, desta forma, esse acionista desinteressado pode nomear um representante, o que não deixa de caracterizar o tipo de controle gerencial. Com isso, não há possibilidade de conclusão de que o controle gerencial decorre somente da dispersão acionária e do absenteísmo dos acionistas, mas também de situações nas quais o acionista controlador, desinteressado com a rotina da companhia e visando somente riqueza, outorgue procuração para que um diretor o represente.

O que é bastante comum nas companhias modernas é o fato desses diretores serem técnicos na área, pois como especialistas, possuem capacidade cada vez maior de aumentar as riquezas dos atuais acionistas e chamar a atenção do mercado acionário para aquela atividade, assim, os atuais controladores são diretores exatamente com tais características. Não há somente esta possibilidade de se caracterizar o controle gerencial, ou seja, nos casos, vamos chamar de ordinários (dispersão acionária e absenteísmo) e com a outorga de procurações do acionista

³⁰ Art. 143. A diretoria será composta por 2 (dois) ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo Conselho de Administração, ou, se inexistente, pela assembleia geral, devendo o estatuto estabelecer;

controlador para o diretor da companhia, ocorrendo flagrante transferência de poder do controle societário para o empresarial – há também casos de dependência da companhia de determinado diretor.

Há diretores de companhia que possuem elevado conhecimento técnico e contatos que fazem com que a própria companhia não sobreviva sem sua existência, portanto, nesses casos, também há a transferência do controle societário para o empresarial haja vista que esse diretor altamente capacitado é quem vai, efetivamente, gerir a vida da empresa e controlar os negócios da sociedade. Desta forma, diante das análises realizadas, não há a possibilidade de afirmação de que no Brasil não existe o controle gerencial, visto que o próprio acionista controlador, desde que desinteressado pelos negócios sociais, pode outorgar procuração para administradores agirem em seu nome. Reafirmamos que esse controle ainda pode se verificar quando a companhia for dependente de algum diretor com conhecimentos técnicos que, por esse motivo, passa a exercer o controle empresarial.

V.6: A responsabilidade civil dos administradores

Quando há o controle societário, aquele que depende de efetiva participação no capital social da companhia, o acionista controlador é identificado no exercício da empresa e possui seus delineamentos consagrados pelo artigo 116, da Lei Acionária. Nesse sentido, seu poder deve ser exercido de forma regular, pois se houver abuso, o acionista responderá civilmente, nos termos do artigo 117 que, inclusive, traz o rol das condutas que podem ser consideradas abuso de poder. Este capítulo possui a finalidade, portanto, de analisar o controle gerencial, considerado como aquele que independe de participação acionária e que é consequência, na maioria das vezes, da publicização do capital nas companhias.

Quanto à responsabilidade civil de acionistas nos casos de controle societário, Castro (2010) esclarece que:

A assertiva mostra-se verdadeira quando se analisam os atos abusivos listados no § 1º do art. 117. Trata-se, invariavelmente, de ato inerente à

qualidade de acionista, o que, de resto, afasta a possibilidade lógica de uma pessoa que não revista esta qualidade de se apresentar como controladora da sociedade (p. 261).

O controle gerencial, como vimos, é exercido por administradores e pode ser consequência de várias causas, como o absenteísmo dos acionistas, alteração no perfil desses acionistas, contratação de administradores altamente qualificados com o fim de gerar mais riquezas, enfim, o que se pretende afirmar é que os administradores, como controladores de companhias, também devem exercer esse poder nos ditames do acionista controlador, ou seja, com a finalidade de fazer convergir todos os interesses da companhia que transcendem aos interesses da própria empresa, fazer com que seu voto nas assembleias cumpra a função social da empresa e a faça realizar seu objeto social sem conflito de interesses:

Exige-se do administrador, porém, que: (i) empregue cuidado e diligência (dever de diligência). (ii) exerça as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia (finalidade das atribuições e desvio de poder); (iii) sirva com lealdade a companhia (dever de lealdade); (iv) não intervenha em operação que tiver interesse conflitante (conflito de interesse); (v) informe atos ou fatos tidos como relevantes, a teor do art. 157 (dever de informar). Todos esses deveres tolgem o poder do administrador de extrair benefícios pessoais ou de praticar atos estranhos aos propósitos da companhia, descritos em seu objeto. Praticando qualquer uma dessas condutas, sujeita-se às sanções previstas em lei. (Castro, 2010, p. 262).

Nessa perspectiva, este tópico pretende afirmar que o administrador também deve ser responsabilizado civilmente pelas condutas que forem praticadas com abuso de seu poder, que contrariarem a função social da empresa, que forem decididas com conflito de interesses e que não respeitem todos os interesses envolvidos na mesma. No entanto, o grande problema enfrentado é que o controle gerencial não possui regulamentação legal, portanto, essa responsabilização deve estar fundamentada em alguns conceitos balizadores de caracterização dessas condutas. A tarefa de responsabilização dos administradores através de conceitos genéricos e não através de conceitos legais, como ocorre com o acionista controlador, não é tão simples como parece, pois o administrador, quando controla a atividade econômica ao impor sua vontade nos negócios sociais, pode também

cometer excessos que não devem e não podem passar despercebidos. Como o controle gerencial constitui controle empresarial, o administrador, ou quem detenha procurações para agir em nome do acionista, não responderá civilmente pelas hipóteses previstas no artigo 117, visto que as mesmas são inerentes à condição de acionistas e que a própria lei acionária traz orientação de conduta para os administradores.

No item III.1.2 deste trabalho foram realizadas análises sobre a função social da companhia, nas quais há referência dos deveres dos administradores na busca pela realização da função social, no entanto, neste momento da pesquisa, posteriormente à explanação acerca do poder de controle e do controle gerencial que pressupõe a separação da propriedade e do controle, o assunto se torna mais relevante. Mencionamos que o acionista controlador está sujeito às regras contidas no artigo 117, ou seja, neste dispositivo legal encontram-se os atos que são considerados abusos de poder por parte do acionista controlador. No controle gerencial não há identificação do acionista controlador, desta forma, como se trata de controle empresarial, a responsabilidade do administrador não pode estar fundamentada em atos de sócio, pois o administrador não possui a condição de sócio.

A ideia é corroborada, até mesmo porque, para que o administrador possa exercer sua função, deve necessariamente ocorrer o desinteresse por parte do sócio quanto ao comando da companhia, ou seja, há a imprescindibilidade de que o sócio “saia de cena” para que assim, o administrador possa agir em seu nome, portanto, seria contraditório que o administrador respondesse civil, penal e administrativamente como sócio da companhia. Fato é que a gestão empresarial, notadamente de uma companhia aberta, é bastante complexa, o que torna difícil o tratamento da responsabilidade dos administradores através de regras específicas.

A Lei 6.404/76 trouxe as chamadas cláusulas gerais para orientar a responsabilidade civil dos administradores, consideradas como os deveres de

diligência, lealdade e de informação, dispostos nos artigos 153³¹, 155³² e 157³³, respectivamente. Para que haja a configuração da responsabilidade civil do administrador no exercício do controle gerencial, deve haver prova do nexo causal, ou seja, deve haver relação entre o ato praticado pelo administrador e o dano ocasionado à companhia, aos acionistas e demais envolvidos na atividade econômica, bem como deve haver a violação das cláusulas gerais. No que se refere ao dever de lealdade, Frazão (2011) esclarece que:

O dever de lealdade é hoje uma das bases do regime de responsabilidade civil dos gestores de sociedades anônimas, estando no foco dos principais conflitos societários (*agency problems*), até porque, segundo a análise econômica do direito, o seu potencial de violação é superior ao da violação do dever de diligência, já que haveria grandes incentivos para o cumprimento deste último e não do primeiro. (p.333)

O dever de lealdade está atrelado ao comportamento do administrador, pois este deve comandar a companhia com a finalidade de realização do objeto e função sociais, portanto, as condutas comportamentais nas quais o administrador, de forma omissiva ou comissiva, visar apenas seus próprios interesses em detrimento do interesse da companhia, não está sopesando o dever de lealdade. Agir com lealdade não significa somente para com a companhia, mas também para com todos os envolvidos na atividade empresarial, por isso a cláusula geral denominada de dever de informação trata do desdobramento do dever de lealdade e da complementação ao mesmo.

O dever de informação, principalmente nas companhias abertas, é altamente importante, pois visa também, a proteção do mercado acionário por depender de transparência por parte do administrador, quando da declaração da sua vida

³¹ Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

³² Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

³³ Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular.

econômica perante a companhia. A esse respeito, a mesma autora acima citada afirma que:

[...] o dever de informar tem um duplo alcance: as informações relativas à companhia e as informações relativas aos próprios gestores, a fim de possibilitar o controle da atuação destes e evitar que tenham vantagens excessivas ou façam expropriações vedadas pelo dever de lealdade. (p. 345)

Além dos deveres de lealdade e informação, o administrador deve agir com diligência, ou seja, com zelo, cuidado no comando da companhia; ainda segundo a autora, a lei brasileira segue uma tendência do direito estrangeiro, no sentido de exigir um grau de diligência superior ao do bom pai de família. Assim, como ocorre com o dever de lealdade, o dever de diligência também se relaciona com o interesse social da companhia, ou seja, todo esse cuidado que deve orientar o comando da companhia deve ser sempre em busca do interesse social. O dever de diligência está consubstanciado em caráter subjetivo, pois dificilmente ficará demonstrado se o administrador, no exercício do controle gerencial, agiu com culpa e sem observância dessa cláusula geral, desta forma, somente através de processo judicial que vise a apuração desta culpa é que isso será solucionado.

Frazão (2011) ressalta que o que não podemos deixar de observar, é que toda atividade econômica organizada visa o lucro e, muitas vezes, para o lucro ser alcançado são necessárias atitudes de risco por parte do gestor, na realidade, o risco faz parte da atividade econômica. Nesse viés, agir com diligência não significa não correr o risco para atingir o lucro, pois é possível desenvolver a atividade econômica com os riscos que lhe são inerentes e, mesmo desta forma, agir com o cuidado necessário.

É importante registrar novamente que o administrador, mesmo controlando a empresa, age em nome desta, notadamente com a outorga de procurações dos acionistas, portanto, a responsabilidade civil inicialmente é da própria companhia. Assim, a responsabilidade do controlador gerencial não é pessoal, desde que o administrador aja com a observância dos deveres de lealdade, informação e

diligência, caso contrário, sofrerá o risco de responder pelas dívidas da companhia com seus bens pessoais.

Além de não agir com a observância dos deveres de diligência, lealdade e informação, o administrador pode agir de forma a exceder o seu poder, com culpa ou dolo ou, ainda, com violação da lei ou do estatuto, nesses casos, também haverá a responsabilidade pessoal do administrador, no teor do artigo 158, da Lei Acionária³⁴. A legitimidade ativa para a propositura da ação em face do administrador, inicialmente, é da própria companhia após deliberação da assembleia geral, o que pode ser obstáculo para a apuração da conduta do administrador, visto que na mesma prevalece a vontade do controlador, mesmo que seja o controlador administrativo, caso este detenha procurações da maioria dos acionistas; assim, caso a companhia não ingresse com ação específica, as acionistas podem agir, conforme preceito legal do artigo 159.

Insta mencionar que, quando o administrador deixa de observar as cláusulas gerais em suas condutas, o prejuízo direto é da companhia, sendo a primeira legitimada à propositura de ação de responsabilidade em face do administrador, mesmo que os acionistas detenham o prejuízo indireto, o que não impede que, caso o ato do administrador tenha prejudicado diretamente o acionista ou terceiro estranho à sociedade, estes não possam demandar em face do administrador. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu casos em que entendeu ser necessário o dano direto ao acionista ou terceiro para o ingresso de ação individual de responsabilidade em face do administrador.³⁵ Portanto, caso o administrador aja

³⁴ Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
II – com violação da lei ou do estatuto.

³⁵ CIVIL, PROCESSUAL E SOCIETÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIONISTAS MINORITÁRIOS. ADMINISTRADORES. ALEGAÇÃO DE DANOS CAUSADOS À SOCIEDADE. PREJUÍZO INDIRETO AOS SÓCIOS. PREJUÍZO DIRETO À EMPRESA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDIVIDUAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. RECONHECIMENTO. AÇÃO SOCIAL. LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS, ART. 159, §§ 1º A 7º. EXEGESE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

I. Tratando-se de alegação de dano causado à sociedade, carecem de legitimidade ativa para a causa os acionistas autores, que buscam indevidamente, pela ação social, o ressarcimento por violação, em tese, a direitos individuais.

II. Recurso especial não conhecido.(REsp REsp 1002055 / SC – Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR - T4 - QUARTA TURMA – Dje 23/03/2009). Acesso em 14/08/2013.

sem observância dos deveres de lealdade, diligência ou informação ou aja conforme estes deveres, mas com violação da lei, estatuto social ou aja com culpa ou dolo, pode ser responsabilizado pessoalmente através de ação proposta pela companhia, pelos acionistas ou terceiros prejudicados.

Para finalizar este tópico, é importante mencionar que a CVM tem responsabilizado os administradores de companhias abertas, o que permite a conclusão de que as discussões acerca da existência ou não do controle gerencial encontra-se superada, no entanto, ocorre que essa responsabilização está sendo efetivada fora dos ditames trazidos pelo artigo 159, da Lei 6.404/76.

Esse dispositivo legal afirma que a ação de responsabilidade civil em face do administrador compete à própria companhia, após deliberação da assembleia geral e em seu § 7º que caso a conduta do administrador tenha ocasionado prejuízo ao acionista ou terceiros estes têm legitimidade para a ação pessoal, mas ocorre que a CVM independente de assembleia tem responsabilizado os administradores, conforme será demonstrado nas próximas linhas.

V.7: O controle administrativo e a CVM

O controle gerencial ou administrativo constitui controle empresarial por independe de participação societária e não possui regulação expressa na Lei 6.404/76, sendo um dos motivos pelos quais alguns doutrinadores afirmam que o mesmo não existe no Brasil. Além de não possuir regulação legislativa, no Brasil há predominância das companhias com capital concentrado, aquelas nas quais o poder e a participação societária se encontram nas mesmas mãos, portanto, ambos são

PROCESSUAL CIVIL E SOCIETÁRIO. AÇÃO PROPOSTA POR ACIONISTAS MINORITÁRIOS EM FACE DE ADMINISTRADORES QUE SUPOSTAMENTE SUBCONTABILIZAM RECEITAS. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDIVIDUAL PARA RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS À SOCIEDADE EMPRESÁRIA. ILEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA.

- Os danos diretamente causados à sociedade, em regra, trazem reflexos indiretos a todos os seus acionistas. Com o ressarcimento dos prejuízos à companhia, é de se esperar que as perdas dos acionistas sejam revertidas. Por isso, se os danos narrados na inicial não foram diretamente causados aos acionistas minoritários, não detém eles legitimidade ativa para a propositura de ação individual com base no art. 159, § 7º, da Lei das Sociedades por Ações. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1014496/SC – Rel. Ministra Nancy Andrighi, T3 - TERCEIRA TURMA – Dje 01/04/2008). Acesso em 14/08/2013.

motivos para a afirmação de que no Brasil não existe o controle gerencial, sendo que a utilização do termo “controle” é indevida, pois somente pode ser utilizada desde que preenchidos os requisitos trazidos pelo artigo 116 da Lei Acionária.

Carvalhosa (2010) é um dos doutrinadores que entende não existir o controle gerencial no Brasil com fundamento de que nas companhias continua a haver o controlador, que, no entanto, passa a esfera dos administradores. Trata-se de uso indevido da figura do controlador, pois este somente se configura no âmbito dos acionistas. Ainda neste capítulo, analisamos que a obtenção do controle gerencial, na maioria das vezes, surge nas companhias com capital disperso, o que exige a separação entre a propriedade acionária e o comando dos negócios sociais, portanto, isso se verifica através do absenteísmo dos acionistas nas assembleias, pela não utilização da *proxy machinery*, que é a outorga de procurações dos acionistas aos administradores feita por profissional habilitado para tanto, portanto, ocorre o deslocamento do poder de controle dos acionistas para os administradores.

Quanto à *proxy machinery*, Comparato (1983)

O instrumento ideal da manutenção do controle minoritário, ou do controle gerencial, tem sido a captação, organizada em larga escala, de procurações da maioria absenteísta. As grandes companhias norte-americanas revelaram-se insuperáveis nesse particular, chegando a contratar os serviços de empresas especializadas, que se encarregam de colher as procurações em todo o país, e até mesmo no estrangeiro, com a utilização de um batalhão de empregados, deslocando-se rapidamente, em todas as direções, pelos mais modernos meios de transporte. (p. 185-186)

Não somente o absenteísmo pode gerar o controle gerencial, mas o desinteresse dos próprios acionistas quanto ao futuro da companhia sendo que, neste caso, não há pressuposto de que se constitua sociedade anônima, nem tampouco de que haja dispersão do capital, visto poder ocorrer em outros tipos societários, bem como nas companhias com capital concentrado. Esse desinteresse dos acionistas pelo comando dos negócios sociais pode ser oriundo da evolução do perfil dos mesmos, pois verificamos que há acionistas apenas visando o lucro da companhia, por isso transferem o comando da sociedade para os administradores, bem como verificamos que, devido às despesas para a participação de assembleias, se torna mais cômodo constituir mandatário para sua representação. Também é

possível admitir como controle gerencial quando o acionista contrata um administrador especializado naquele tipo societário com o intuito de gerar mais lucro, neste caso também há a representação por mandatário. Podemos concluir antecipadamente, nesse sentido, que os casos de ocorrência do controle gerencial pressupõem que o acionista não se importe e não pretenda comandar a companhia, desta forma, ocorre o deslocamento do poder de controle destes acionistas para os administradores.

Com base nessas explicações, verificamos que a existência do controle gerencial não pressupõe o sistema de capital pulverizado, ou seja, que haja necessariamente a separação da propriedade e do controle, pois este pode ocorrer em companhias com capital concentrado ou outro tipo societário, como no caso já referido de uma sociedade limitada, na qual o sócio majoritário está domiciliado no exterior e deixa no Brasil procurador com poderes especiais com o intuito de gerir a companhia. O fato relevante para a questão do controle gerencial é que a Lei 6404/76 somente traz previsão legal para o controle societário, ou seja, aquele no qual quem comanda os negócios sociais detém 50% ou mais das ações votantes nas assembleias, portanto, pode-se concluir que o controle gerencial não possui previsão na Lei Acionária, mas é aceito pela própria CVM (conforme será analisado), configurando o controle gerencial no Brasil.

Não obstante as companhias com capital concentrado serem maioria na realidade brasileira, o mercado de capitais tem evoluído de maneira substancial, com número crescente de abertura de capital em companhias, fazendo com que o terreno para o desenvolvimento do controle gerencial pela dispersão acionária se torne mais fértil. No ano de 2000, a Bolsa de Valores de São Paulo lançou níveis diferenciados de listagem – níveis 1 e 2 – no que se refere à governança corporativa³⁶ e Novo Mercado, com o intuito de se obter regras mais rigorosas de proteção aos acionistas minoritários e à própria companhia, diante do fato de que a

³⁶ Governança corporativa é um sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os acionistas e os cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal. Fonte: <http://www.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/consultas/governanca-corporativa/governanca-corporativa.aspx?idioma=pt-br>. Acesso em 18/09/2013 às 12h27.

Lei Acionária não traz essa previsão e o mercado não poderia depender de alteração legislativa para alcançar tal proteção.

Em consulta às listagens recentes, verifica-se que de 2004 em diante o número de companhias que abriram seu capital aumentou exponencialmente, sendo que no ano de 2007 atingiu-se o ápice, o que demonstra mudança no mercado acionário.³⁷ Além do número expressivo de companhias que abriram seu capital, também aumentou o número de ofertas públicas de ações que possuem a finalidade de colocar ao público certo número de ações de uma companhia e que, na maioria das vezes, são extensivas a não acionistas da empresa. No ano de 2012, quarenta companhias realizaram oferta pública de ações³⁸, ao passo que, em 2013, até o presente momento, esse número corresponde a 27 companhias³⁹, portanto, o Brasil passa por momento de grandes transformações no mercado acionário e com tal desenvolvimento, ou seja, com o número crescente de companhias abrindo capital e realizando ofertas públicas de ações, pode-se chegar à existência de companhias com capital pulverizado.

Como mencionamos, a Lei 6404/76 não traz previsão legal a respeito do controle gerencial, mas a doutrina já o aceita como existente e a CVM já possui posicionamento mediante fiscalização de companhias abertas e de administração, com base em regras fora dos interesses societários, mas com interesses empresariais. Se a CVM, que possui função de fiscalizar o mercado acionário e as companhias abertas já aceita o controle gerencial, independente de disposição legislativa, pressupõe-se sua existência no Brasil. Somente para esclarecer essa afirmação fundamentada em dados empíricos, em 2009 a CVM, através de Audiência Pública (02/2009), trouxe discussões acerca da obtenção de procurações por parte dos administradores, o que culminou na Instrução Normativa 481/2009. A mesma traz, em seu artigo 22, o que é considerado para a CVM como pedido

³⁷Fonte: <http://www.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/consultas/ipos-recentes/ipos-recentes.aspx?idioma=pt-br>. Acesso em 18/09/2013 às 12h29.

³⁸Fonte: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/mercados/acoes/ofertas-publicas/ofertas-publicas.aspx?idioma=pt-br>. Acesso em 18/09/2013 às 12h33.

³⁹Fonte: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/mercados/acoes/ofertas-publicas/ofertas-publicas.aspx?idioma=pt-br>. Acesso em 18/09/2013 às 12h35.

público de procuração⁴⁰. Desta forma, verifica-se que esta última aceita o pedido de procurações para voto nas assembleias e, conseqüentemente, aceita a existência do controle gerencial.

No que se refere aos processos sancionadores, a CVM tem atuado de forma bastante clara na existência de responsabilidade por parte dos administradores, ou seja, diante da inexistência legal do controle gerencial, a forma encontrada pelo Direito para enfrentar esse tipo de controle é o poder regulamentar da CVM.

Há inúmeros julgados da CVM envolvendo a responsabilidade dos administradores o que traz a conclusão de que não somente a doutrina reconhece sua existência no Brasil como também a própria CVM, como órgão fiscalizador e regulador.⁴¹

⁴⁰ Art. 22. Para os fins desta Instrução, são considerados pedidos públicos de procuração:

I – os pedidos que empreguem meios públicos de comunicação, tais como a televisão, o rádio, revistas, jornais e páginas na rede mundial de computadores;

II – os pedidos dirigidos a mais de 5 (cinco) acionistas, quando promovidos, direta ou indiretamente, pela administração ou por acionista controlador; e

III – os pedidos dirigidos a mais de 10 (dez) acionistas, quando promovidos por qualquer outra pessoa.

⁴¹ Ementa: Falta de diligência na prestação de serviços de administração de carteira de valores mobiliários – falha do administrador do fundo de investimento na fiscalização dos serviços prestados por terceiros. Advertência.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, por unanimidade de votos, decidiu aplicar a penalidade de advertência à BNY Mellon Serviços Financeiros DTVM S.A. e ao seu diretor-responsável pela prestação de serviços de administração de carteira de valores mobiliários, senhor José Carlos Lopes Xavier de Oliveira, pela infração ao disposto no inciso XV do art.65 e no inciso I do art. 65-A da Instrução CVM nº 409/04.

Os acusados punidos terão um prazo de 30 dias, a contar do recebimento de comunicação da CVM, para interpor recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos termos dos artigos 37 e 38 da Deliberação CVM nº 538, de 05 de março de 2008.

Proferiu defesa oral o advogado Luis Hermano Caldeira Spalding, representante da BNY Mellon Serviços Financeiros DTVM S.A. e do seu diretor, senhor José Carlos Lopes Xavier de Oliveira.

Presente a Procuradora-federal Luciana Silva Alves, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Participaram da Sessão de Julgamento os Diretores Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes, Relatora, Luciana Dias, Otavio Yazbek, Roberto Tadeu Antunes Fernandes e o Presidente da CVM, Leonardo P. Gomes Pereira, que presidiu a Sessão. Rio de Janeiro, 13 de agosto de 2013. Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes Diretora-Relatora. Leonardo P. Gomes Pereira Presidente da Sessão de Julgamento. Fonte: <http://www.cvm.gov.br>. Acesso em 27/09/2013 às 13h55.

Ementa: Suposta existência de conflito de interesses dos administradores com os interesses da companhia. Absolvição – descumprimento do dever do administrador de agir no interesse da companhia. Absolvição e Multas – divulgação de fatos relevantes em desacordo com a realidade dos acontecimentos. Não divulgação, de forma clara e precisa, de fato relevante. Multa. Decisão: Vistos,

As discussões que envolvem o controle gerencial não se esgotam na possibilidade de sua existência – é importante a verificação da sua ocorrência, embora não haja disposição legal, e do controle gerencial, se é interno ou externo.

relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, decidiu:

Preliminarmente, rejeitar as arguições de: (i) nulidade do processo, por suposta violação ao princípio do *simultaneus processus*; (ii) *bis in idem*; (iii) e de suposta ocorrência de ilícito continuado.

No mérito: Por unanimidade de votos: Absolver todos os acusados da imputação de infração ao disposto no art. 156 da Lei nº 6.404/76. Absolver Carlos Geraldo Campos Magalhães, na qualidade de Diretor de Recursos Humanos Estatutários à época dos fatos, da imputação de infração ao disposto no art. 154, *caput*, da Lei nº 6.404/76; Aplicar aos acusados Carla Cico e Paulo Pedrão Rio Branco, na qualidade de, respectivamente, Diretora-presidente e Diretor-financeiro Estatutário da Brasil Telecom S.A. à época dos fatos, a penalidade de multa pecuniária individual no valor de R\$250.000,00, com fundamento no art. 11, inciso II, da Lei nº 6.385/76, por utilizarem a companhia e, às custas desta, patrocinar demandas judiciais que não tinham como objetivo lograr os fins e os interesses da companhia, infringindo, dessa forma, o disposto no art. 154, *caput*, da Lei nº 6.404/76. Aplicar aos acusados Eduardo Seabra Fagundes, Luís Octávio Carvalho da Motta Veiga, Eduardo Cintra Santos e Humberto José Rocha Braz, na qualidade de, respectivamente, Presidente do Conselho de Administração e Conselheiros de Administração da Brasil Telecom S.A. à época dos fatos, com fundamento no art. 11, inciso II, da Lei nº 6.385/76, a penalidade de multa pecuniária individual no valor de R\$250.000,00, em razão de ter votado favoravelmente, nas reuniões do Conselho de Administração, realizadas em 28.09.05 e 29.09.05 e pela desconvocação da AGE a ser realizada em 30.09.05, de modo a não buscar resguardar qualquer interesse legítimo da companhia, ou do interesse público, descumprindo, dessa forma, o comando do art. 154, *caput*, da Lei nº 6.404/76. Aplicar ao acusado Humberto José Rocha Braz, na qualidade de Diretor-presidente da Brasil Telecom Participações S.A. à época dos fatos, a penalidade de multa pecuniária no valor de R\$250.000,00, por ter publicado, no dia 28 de julho de 2005, dois fatos relevantes, cujo teor das informações divulgadas estava em desacordo com a realidade dos acontecimentos, bem como em desacordo com o teor das decisões do STJ, infringindo, dessa forma, o disposto no §5º do art. 3º da Instrução CVM nº 358/02, com fundamento no art. 11, inciso II, da Lei nº 6.385/76.

Por maioria de votos: Aplicar ao acusado Robson Goulart Barreto, na qualidade de conselheiro de administração da Brasil Telecom S.A. à época dos fatos, com fundamento no art. 11, inciso II, da Lei nº 6.385/76, a penalidade de multa pecuniária no valor de R\$250.000,00, por ter votado favoravelmente, na reunião do conselho de administração realizada em 29.09.05, pela desconvocação da AGE da companhia a ser realizada em 30.09.05, de modo a não buscar resguardar qualquer interesse legítimo da companhia, ou interesse público, infringindo, dessa forma, o disposto no comando do art. 154, *caput*, da Lei nº 6.404/76. Os acusados punidos terão um prazo de 30 dias, a contar do recebimento de comunicação da CVM, para interpor recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos termos dos artigos 37 e 38 da Deliberação CVM nº 538, de 05 de março de 2008, prazo esse, ao qual, de acordo com a orientação fixada pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, poderá ser aplicado o disposto no art. 191 do Código de Processo Civil, que concede prazo em dobro para recorrer quando os litisconsórcios tiverem diferentes procuradores. Preferiram defesas orais os seguintes advogados: *Francisco Müsnich*, representando Eduardo Cintra Santos e Humberto José Rocha Braz; *Glaucia Mara Coelho*, representando Carlos Geraldo Campos Magalhães; *Nelson Laks Eizirik*, representando Eduardo Seabra Fagundes e Luis Octavio Carvalho da Motta Veiga; *Cláudia Domingues Santos*, representando Carla Cico e Paulo Pedrão Rio Branco; e *Julio Dubeux*, representando Robson Goulart Barreto. Presentes os acusados Eduardo Seabra Fagundes e Luis Octavio Carvalho da Motta Veiga. O acusado Luis Octavio da Motta Veiga, acompanhado do seu advogado, Nelson Eizirik, subiu à tribuna para, segundo suas palavras, melhor contextualizar os fatos ocorridos, trazendo esclarecimentos adicionais à sua defesa. Presente a Procuradora-federal Julya Sotto Mayor Wellichsch, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM. Participaram da Sessão de Julgamento os Diretores Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes, Relatora, Luciana Dias, Roberto Tadeu Antunes Fernandes e o Presidente da CVM, Leonardo P. Gomes Pereira, que presidiu a Sessão. Ausente o Diretor Otavio Yazbek. Rio de Janeiro, 05 de março de 2013. Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes. Diretora-Relatora. Leonardo P. Gomes Pereira. Presidente da Sessão de Julgamento. Fonte: <http://www.cvm.gov.br>. Acesso em 27/09/2013 às 14h02.

Nesta dissertação, este tema foi abordado no sentido de esclarecer que o controle interno se verifica quando é estruturado no interior da companhia e que ocorre nas companhias com capital concentrado mediante as técnicas de controle, sendo uma delas a *proxy machinery*, ao passo que o controle externo se verifica quando a empresa tem sua manutenção condicionada a fatores extra-societários, como nos casos de endividamento.

A partir das observações despendidas sobre o controle gerencial, notadamente na possibilidade de obtenção através da outorga de procurações gerada pelo absentéismo dos acionistas, verifica-se que esse controle é exercido no interior da estrutura da empresa, tanto que Comparato (1983) define a *proxy machinery* como técnica de obtenção do controle interno. Esta ideia é corroborada por Macedo (2004), quando afirma que no controle gerencial o deslocamento do controle é extra-societário, pois o mesmo reside fora do quadro societário, embora permaneça dentro da estrutura orgânica da empresa. Não há a possibilidade, assim, de afirmação de que o controle gerencial é externo, visto ser exercido dentro da estrutura da companhia nas assembleias gerais, o que não se verifica nos casos de controle externo, nos quais ocorre somente manipulação de um agente extra-societário.

Para finalizar este tópico, é importante tecer comentários acerca da Lei 12.846/13, denominada de Lei anticorrupção brasileira, de 01/08/13, que entrou em vigor no mês de Janeiro de 2014, no sentido de estender a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública aos administradores⁴².

A menção a esta Lei se justifica pelo fato de trazer disposição legal para a responsabilidade dos administradores, tendo em vista que, até então, os administradores eram responsabilizados civilmente e administrativamente pelo poder regulamentar da CVM com fundamento nos deveres fiduciários. A inclusão da responsabilidade dos administradores na Lei 12.846/13 indica a busca pelo

⁴² Art. 3º. A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

comportamento exigido dos administradores denominado de “compliance”, ou seja, é um conjunto de disciplinas para fazer com que os administradores cumpram as normas legais e regulamentares.

V.8: Estudo de Caso

Após os debates acerca da posição doutrinária, legal e regulamentar é o momento de apresentar o estudo de caso através do qual será possível o entendimento de como a CVM tem responsabilizado o administrador. A decisão refere-se ao Processo Administrativo Sancionador nº 17/06 julgado em 22/10/2013⁴³ e que possui como objeto o exercício abusivo do poder de controle, o favorecimento de sociedade controladora, o descumprimento do dever de lealdade exigido do administrador de companhia aberta, o conflito de interesses, o desvio de poder, a não observância, na elaboração das demonstrações financeiras, das normas expedidas pela CVM.

Em tal processo, a Inepar Administração e Participações S/A, na qualidade de acionista controladora da Inepar S/ A Indústria e Construções, foi penalizada, pelo Colegiado da CVM, com multa no valor de R\$500.000,00, por abuso de poder de controle, na modalidade conceituada na alínea "c" do §1º do art. 117 da Lei nº 6.404/76; multa no valor de R\$500.000,00, por abuso de poder de controle, na modalidade conceituada na alínea "f" do §1º do art. 117 da Lei nº 6.404/76; multa no valor de R\$500.000,00, por abuso de poder de controle, nas modalidades conceituadas nas alíneas "c" e "f" do §1º do art. 117 da Lei nº 6.404/76; e multa no valor de R\$500.000,00, por abuso de poder de controle, nas modalidades conceituadas nas alíneas "c" e "f" do §1º do art. 117 da Lei nº 6.404/76.

Neste caso, não somente a acionista controladora foi penalizada, mas também os administradores da companhia, por descumprimento do dever de lealdade, explicitado nas linhas acima, ou seja, a CVM através de seu poder regulamentar responsabilizou os administradores por ausência de observância dos chamados deveres fiduciários. Através do poder regulamentar, a CVM aplicou aos

⁴³ Fonte: www.cvm.gov.br. Acesso em 15/01/2014 às 8h50.

administradores acusados penalidade de inabilitação para o cargo de administrador perdurando em períodos diversos e multas, não para todos os administradores, em valores de R\$ 500.000,00.

V. 9: Conclusões parciais

O controle gerencial, apesar de pouco desenvolvido no Brasil diante da ainda predominância da concentração acionária, constitui controle na iminência de evolução diante das transformações pelas quais passa o mercado acionário. Foi possível verificar, no decorrer do desenvolvimento deste trabalho, que o controle gerencial não necessariamente pressupõe publicização do capital, o que atualmente é habitual nas grandes companhias, ou seja, uma companhia pode possuir grande número de acionistas e quem a controla, muitas vezes, sequer possui participação acionária. Além da dispersão de ações, observamos que o absenteísmo também é configurador do controle gerencial, pois os acionistas não participam das assembleias gerais, assim, a consequente outorga de procurações ao administrador faz com que o controle da empresa fique nas mãos do mesmo.

O absenteísmo, como observamos, é oriundo do atual perfil do acionista, que não se interessa pelo comando e futuro da companhia, mas somente com o lucro, desta forma, o comando fica nas mãos do administrador. O controle gerencial também pode se verificar quando a companhia depende de um administrador técnico, ou seja, os acionistas contratam um administrador especializado, setorizando a prática, para que a atividade se desenvolva de modo a ensejar cada vez mais o lucro. Verifica-se, assim, que o controle gerencial é visto como não existente no Brasil, inicialmente por não possuir disposição na Lei 6404/76, bem como por não existirem no País companhias com capital disperso, apesar de que sua verificação pode ser observada em companhias com capital concentrado ou em sociedades empresárias de outras espécies, que não sociedades anônimas.

Além disso, pode-se verificar que a doutrina representado por Fábio Comparato, Berle, Means e Rodrigo Castro aceita a existência do controle gerencial e a CVM já se posicionou quanto a este tipo de controle publicando, inclusive, a

Instrução Normativa 481/2009 bem como julgando processos aplicando sanções aos administradores que deixam de observar a função social da empresa e os deveres fiduciários que lhe são impostos, que são os deveres de diligência, lealdade e de informação. Desta forma, é possível inferir que o controle gerencial existe no Brasil e se constitui como controle interno, pois apesar de ser denominado de extra-societário, é exercido dentro da companhia. Portanto, acreditamos que seja desta forma que o assunto sobre o controle gerencial deva ser abordado no Brasil: a partir da afirmação de sua existência, caracterizado como controle interno, notadamente na esteira das transformações, em curso, do mercado acionário.

CONCLUSÃO

O presente estudo possibilitou, por fim, algumas conclusões que podem ser sintetizadas da seguinte forma:

Foi possível observar que, como objeto de estudo, o poder de controle é uma situação de fato, pois não está regulado pela Lei 6.404/76, que somente traz a definição de acionista controlador; como situação de fato possui circunstâncias merecedoras de análise mais aprofundada. Tal análise tem início com a aplicação dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, nas relações privadas – notadamente no Direito Empresarial – o que se torna possível com a visão de que a Constituição Federal é o centro do ordenamento jurídico, no sentido de que todas as demais normas devem por ela passar: visão ancorada no denominado neoconstitucionalismo.

Além disso, os direitos fundamentais devem ser invocados e aplicados nas relações em que houver uma desigualdade presente; no âmbito desta dissertação, a desigualdade é relativa às sociedades anônimas, portanto, para que os acionistas tenham tratamento uniforme e igualitário, há necessidade da invocação dos direitos fundamentais e, posteriormente, da lei acionária e normas regulamentares. Com esse novo enfoque, os direitos fundamentais não podem ser vistos somente como limites de atuação do Estado em face dos indivíduos, mas como o centro de todo o ordenamento jurídico.

As normas de Direito Empresarial devem estar submissas às regras constitucionais, o que não significa a perda da livre iniciativa e da autonomia privada, mas um deslocamento do foco das normas do Direito Empresarial para o Direito Constitucional, portanto, a presente dissertação tem lugar no âmbito do Direito Societário Constitucional. Atualmente, vivemos neocapitalismo, mas nem por isso os direitos do homem e suas garantias fundamentais devem deixar de ser observados. Desta maneira, as regras empresariais e econômicas, mesmo estando no âmbito do direito privado, devem respeitar as normas constitucionais, o que é denominado de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A partir destas considerações, foi possível tratar do tema referente à Revolução Industrial como ponto de partida para o surgimento do modo de produção capitalista, assunto bastante importante nesta dissertação. O capitalismo, como modo de produção moderno, atualmente utiliza-se da empresa para seu fortalecimento e seu exercício, assim foi necessária a análise da empresa, num viés econômico e jurídico. A empresa, atualmente é considerada atividade econômica, e como tal protegida pelo Direito, mas anteriormente essa proteção recaía sobre os atos de comércio.

Para o desenvolvimento dessa análise, foi necessário o estudo da história do direito comercial em suas fases: a fase inicial das corporações de ofício, com aspecto subjetivista, pois as regras somente eram aplicadas aos artesãos que participassem das corporações; a fase seguinte, dos atos de comércio, denominada de sistema francês devido ao Código Comercial francês de 1807 que acabou influenciando o Código Comercial brasileiro de 1850, com aspecto objetivista, pois as regras passaram a ser aplicadas a qualquer comerciante que praticasse os atos de comércio, independente de classe social ou profissional; a fase (final) italiana, denominada de teoria da empresa, encampada pelo Código Civil italiano de 1942 e que influenciou o Código Civil brasileiro de 2003, através da qual o Direito protege a atividade econômica organizada.

Além da abordagem da história do Direito Empresarial, também foi imprescindível ao desenvolvimento do presente trabalho, a história das sociedades empresárias, tendo em vista que o tema central constitui o controle gerencial que é verificado em tais sociedades. O capitalismo utiliza a empresa para seu fortalecimento e seu exercício, desta forma, a presente dissertação utilizou-se da espécie de sociedade denominada de sociedade anônima para a análise da empresa, nesse sentido, a mesma foi abordada neste trabalho juntamente com suas características, como institucionais, com capital social dividido em ações, podendo ser de dois tipos, abertas e fechadas: as companhias abertas são reguladas e fiscalizadas pela CVM (Comissão de Valores Mobiliários). Foram abordados os assuntos: os acionistas e seus perfis e a função social da companhia a partir da

discussão sobre quais os interesses que, além da busca pelo lucro, devem ser sopesados pelo empresário no exercício da atividade econômica.

Os estudos acerca da função social da sociedade tornam-se possíveis com as disposições expressas na Constituição Federal, notadamente no artigo 170 que traz os princípios gerais da atividade econômica. Através da análise da função social foi possível verificar que a busca pelo lucro não deve prevalecer no âmbito das sociedades anônimas, visto que há necessidade de conciliação de todos os interesses envolvidos na atividade econômica e este dever é dirigido ao acionista controlador ou ao administrador.

O poder de controle, como situação de fato, significa o poder de comandar os negócios sociais e, inicialmente, seu exercício pode ser verificado através do acionista controlador, com conceito expresso no artigo 116 da Lei 6.404/76 e decorrente de participação acionária, bem como de propriedade de 50% ou mais de ações com direito ao voto, nas Assembleias Gerais. O controle pode ser exercido interna ou externamente, no sentido de que o primeiro se estrutura dentro da companhia, enquanto que o controle externo é verificado quando a manutenção da atividade econômica é condicionada por fatores externos à companhia.

O controle interno conta com técnicas para ser obtido no interior da companhia e deve ser utilizado pelo acionista controlador com observância da função social bem como de forma que a companhia realize seu objeto social envolvendo os interesses dos demais acionistas, trabalhadores e da comunidade na qual a atividade econômica ocorre. A utilização abusiva do poder de controle acarreta consequências jurídicas que, no caso do acionista controlador, estão elencadas, não de modo exaustivo, no artigo 117 da Lei 6.404/76. O acionista controlador, além de não poder se utilizar de seu poder de forma abusiva, também não deve exercê-lo com conflito de interesses, ou seja, os seus interesses pessoais não devem prevalecer sobre os interesses da própria companhia, mas isso não significa que o mesmo não deva levar em consideração seus interesses egoísticos e sim que, se houver conflito, os interesses da companhia devem estar em primeiro lugar.

A evolução dos estudos acerca do controle nos leva à conclusão de que há possibilidade de, no mundo empresarial, ocorrer a separação entre a propriedade de ações e o controle, ou seja, há possibilidade do controle ser exercido por quem não detém a titularidade de ações. É nesse aspecto que os estudos do controle gerencial mostram-se interessantes no mundo empresarial moderno, pois o controle gerencial, apesar da utilização da denominação de controle, é exercido por administradores que não possuem nenhuma participação no capital social da sociedade. O controle gerencial é um tipo de controle empresarial e não societário, justamente pelo fato de não depender de participação acionária e, neste, ocorrer o deslocamento do controle das mãos dos acionistas para as mãos dos administradores.

Este tipo de controle pode ser consequência do absenteísmo (ausência do acionista nas assembleias), o que gera a necessidade da outorga de procurações, denominada de *proxy machinery*, aos administradores para comando dos negócios sociais. Também pode ter como causa o desinteresse dos acionistas, pois diante de vários perfis destes, pode haver algum ou alguns que visem somente o lucro e, com isso, não se importam com o comando e o futuro da sociedade, o que passa a ser preocupação dos administradores mandatários. Também é possível verificar o controle gerencial através da contratação de administradores técnicos por acionistas preocupados somente com os dividendos, assim, se o controle for exercido por tais administradores técnicos há possibilidade do aumento dos lucros.

O controle gerencial é facilmente identificado nas companhias com capital disperso, ou seja, naquelas em que o capital social é de titularidade de várias pessoas, sendo que ninguém possui parcela significativa do capital social. No entanto, no Brasil, apesar do crescente desenvolvimento do mercado acionário, ainda há predominância das companhias com capital concentrado. Os administradores, no exercício do controle, devem atuar no sentido de realização do objeto social da companhia, com observância da função social da companhia, bem como sem conflito de interesses. Assim, como ocorre com o acionista controlador, os administradores possuem deveres que, se não respeitados, acarretam sua responsabilidade civil.

Quanto ao acionista controlador, a Lei 6.404/76 nos referencia quanto à sua responsabilidade civil, tendo em vista que o artigo 117 traz rol exemplificativo das condutas que podem ser consideradas abuso do poder de controle, sem contar as hipóteses que podem ser consideradas conflito de interesses. A conduta abusiva e com conflito de interesses do administrador não é facilmente identificada, como ocorre com o acionista controlador, pelo fato do controle gerencial não possuir disposição na Lei 6.404/76, portanto, o administrador possui os chamados deveres fiduciários que, se não respeitados, geram sua responsabilidade civil. Estes últimos são os deveres de lealdade, diligência e informação já referidos que geram relação fiduciária entre o administrador, a companhia e os demais acionistas, no sentido de que o fiduciário, neste caso o administrador, deve agir no interesse da companhia, ou melhor, se houver conflito de interesses entre o interesse da companhia e seus próprios interesses, o primeiro deve prevalecer.

É possível, desta forma, diante do que foi explanado, concluir que existe o controle gerencial no Brasil no aspecto doutrinário e regulamentar, pois a Lei 6.404/76 trata apenas e tão somente do controle societário, aquele oriundo de participação acionária. A grande questão é como o controle gerencial é enfrentado pelo Direito, pelo fato de não possuir regulação legislativa no Brasil, o que pode ser solucionado pelas normas e fiscalização regulamentares, ou seja, a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) trata o controle gerencial através do aumento do controle dos atos dos administradores, ampliando seus deveres e responsabilidades, com o intuito de fazer com que seus comportamentos se alinhem aos interesses da sociedade.

Nesse sentido, foram explicitados comentários acerca da Lei 12.846/13 que estendeu a responsabilidade administrativa e civil por atos praticados por pessoas jurídicas contra a administração pública, nacional ou estrangeira aos administradores, fazendo parte, portanto, do chamado “compliance” – um conjunto de disciplinas para fazer com que os administradores cumpram as normas legais e regulamentares.

O poder regulamentar da CVM no que se refere às companhias abertas é necessário para fiscalizar as condutas de administradores quando do exercício do controle gerencial no intuito de proteção de todos os agentes envolvidos na atividade empresarial. Portanto, a publicização do poder de controle caracteriza-se como questão de direito público, o que justifica a pertinência com os direitos fundamentais.

Assim como no controle gerencial, a CVM trata da governança corporativa quando realiza fiscalização e regras preventivas de proteção aos investidores e aos acionistas minoritários, portanto, tanto no controle gerencial quanto na governança corporativa. Apesar de não possuir legislação, há normas regulamentares e fiscalização, desta forma, pode-se concluir pelas suas existências. Desta forma, é possível afirmar que o controle gerencial existe no Brasil tanto para a doutrina, quanto para a CVM que, através dos deveres fiduciários, faz que com que a conduta do administrador se alinhe aos interesses da companhia. Além da afirmação de sua existência no Brasil, é possível, por fim, concluir que o controle gerencial constitui controle interno, pois apesar de ser considerado extra-societário pelo fato de não depender de disposição legislativa, o mesmo é verificado no interior da companhia, privilegiando seus órgãos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES. Euzébio Henzel. A eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre as corporações empresariais e particulares. *Revista Síntese de Direito Empresarial*, n. 25, São Paulo, 2012 (p. 38-72).

ARRUDA, José Jobson de Andrade. **A Revolução Industrial**. São Paulo: Ática, 1988.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

BERTOLDI, Marcelo M. O poder de controle na sociedade anônima - alguns aspectos. São Paulo. *Revista de Direito Mercantil* n. 118 ano XXXIX Abr/Jun 2000 (p. 63-76).

BOCATER, Maria Isabel do Prado. Poder de controle e influência significativa. Coord. KUYVEN, Luiz Fernando Martins. **Temas essenciais de direito empresarial. Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa**, São Paulo.: Saraiva, 2012 (p. 833-845).

BOITEUX, Fernando Netto. **Responsabilidade civil do acionista controlador e da sociedade controlada**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BOTREL, Sérgio. **Direito Societário Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei 6.404/76. Dispõe sobre a sociedade por ações. 1976.

BRASIL. Lei 12.846/13. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. 2013.

BULGARELLI, Waldirio. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo: RT, 1985.

_____. **Manual das sociedades anônimas**. São Paulo: Atlas, 2001.

CANÊDO, Letícia Bicalho. **A Revolução Industrial**. São Paulo: Atual, 1994.

CARVALHOSA, Modesto. A dispersão acionária e o desaparecimento da figura do acionista controlador. **Estudos de direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010 (p. 11-15).

CARVALHOSA, Modesto. O desaparecimento do controlador nas companhias com ações dispersas. Coord.: Marcelo Vieira von Adamek. **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011 (p. 516-521).

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. **Controle gerencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. São Paulo. Revista de Direito Mercantil 50, 1983 (p. 57-74).

_____. Estado, empresa e função social. São Paulo. RT 732, Outubro, 1996, n. 85 (p. 38-46).

_____. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Perfis da empresa. São Paulo. Revista de Direito Mercantil n. 104. 1996 (p. 109-126).

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Controle externo nas companhias. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro ano XX, n. 44 - Out/Dez 1981 (p. 70-75).

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.

DRUCKER, Peter. **Sociedade Pós-Capitalista**. São Paulo: Pioneira, 1999.

EIZIRIK, Nelson. **Questões de Direito Societário e mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. **A Lei das S/A Comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. O mito do "controle gerencial" - alguns dados empíricos. Revista de Direito Mercantil n. 66, ano XXVI Abril/Junho 1987 (p. 103-106).

_____. Propriedade e controle na companhia aberta - uma análise teórica. Revista de Direito Mercantil n. 54, ano XXIII Abril/Junho. São Paulo: RT, 1984 (p. 90-104).

FILHO, Alfredo Lamy. A empresa - formação e evolução - responsabilidade social. **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003 (p. 1-18).

FILHO, Oscar Barreto. **Teoria do Estabelecimento Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1969.

FRANCO, Vera Helena de Mello. A função social da empresa. *Revista do Advogado* 96, ano XXVIII Março de 2008. São Paulo: AASP, 2008 (p. 125-136).

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. São Paulo: Renovar, 2011.

FRONTINI, Paulo Salvador. Função social da companhia: limitações do poder de controle. **Temas de direito societário empresarial contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011 (p. 535-551).

GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. Movimentos sociais e direitos fundamentais coletivos e difusos no Brasil. *Revista Cadernos de Direito*. Piracicaba, 10. 2010 (p. 7-19).

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Conflito de interesses. Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas**. São Paulo: RT, 1989.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. Interesses e valores transcendentais na empresa moderna. **Atualidades Jurídicas** n. 03. Belo Horizonte: Del Rey, 1993 (p. 245-260).

LOBO, Jorge. **Direitos dos acionistas**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Interesses e valores transcendentais na empresa moderna. Org. WALD, Arnoldo. **Doutrinas essenciais Direito Empresarial, volume III**, São Paulo: RT, 2011 (p. 761-772).

LOTUFO, Renan. A evolução do direito privado constitucional. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano I, 1993 (p. 7-23).

MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle não societário**. São Paulo: Renovar, 2004.

MARTES, Ribeiro; FRONTINI, Paulo Salvador; RIBEIRO, Camilla Ribeiro e Outros. Mercado de Capitais Brasileiro. **Mercado de Capitais Brasileiro Doutrina, cases materials**. São Paulo: Quartier Latin, 2012 (Prólogo).

MARTES, Camila Ribeiro; YOSHINAGA, Esther Seiko e LONGHI, Maria Isabel Carvalho Sica. A alienação do controle minoritário. **Mercado de Capitais Brasileiro. Mercado de Capitais Brasileiro Doutrina, cases materials**. São Paulo: Quartier Latin, 2012 (p. 31-52).

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.

MARTINS, Pedro A. Batista. Responsabilidade de acionista controlador: considerações doutrinária e jurisprudencial. **Doutrinas essenciais Direito Empresarial, volume III**. Org. Arnaldo Wald, São Paulo: RT, 2011 (p. 905-930).

MARUCH, André; APPENDINO Fábio e OLIVEIRA, Luis Gustavo M. de. Aquisição de controle com capital pulverizado ou com controle minoritário. Coord. BOTREL, Sérgio. **Direito Societário. Análise crítica**, São Paulo: Saraiva, 2012.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Aquisição de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Quem deve comandar a companhia? Alocação do poder empresarial: sistema de freios e contrapesos. Coord. KUYVEN, Luiz Fernando Martins. **Temas Essenciais de direito empresarial. Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa**, São Paulo: Saraiva, 2012 (p. 505-516).

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Poder de controle, conflito de interesses e proteção aos minoritários e stakeholders. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. N. 28. São Paulo: RT, 2005 (70-93).

PEREIRA, Guilherme D. Cunha. **Das mudanças na titularidade do poder de controle**. São Paulo: Saraiva, 1995.

REALE JUNIOR, Miguel; REALE, Miguel. **Questões atuais de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

REBELO, Nikolai Sosa. O paradigma do poder de controle da sociedade anônima. Revista de Direito Empresarial n. 25. Mar/Abr/2012 (p.108-121).

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012. 2º volume.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. São Paulo: Red Livros, 2002.

SANTOS, Maria Januária Vilela. **História Geral**. São Paulo: Ática, 1977.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, José Orlando Gonçalves da. **Acordo de acionistas e poder de controle na sociedade anônima**. Disponível em <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. A função social e o controle do poder de controle nas companhias. Revista de Direito Mercantil n. 135. 2004 (94-109).

SPINELLI, Luis Felipe. **Conflito de interesses na administração da sociedade anônima**. São Paulo: Malheiros, 2012.

STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e função social do (e no) direito. Coord. MACHADO, Rafael Bicca e TIMM, Luciano Benetti. **Função Social do Direito**, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. Revista de Direito Mercantil n. 139. 2005 (29-49).

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Temas de Direito Civil, tomo III**, São Paulo: Renovar, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. **O Novo direito civil. Ensaio sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a Teoria geral dos contratos. O Código Civil de 2002 e a crise do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. São Paulo: Scipione, 2002.

VIDAL, Adriana Prazeres Salgueiro Reis. A eficácia dos direitos fundamentais nos contratos bancários de adesão. 286f. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional - Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. 2011.

WALD, Arnoldo. O acordo de acionistas e o poder de controle do acionista majoritário. Revista de Direito Mercantil 110. 1998 (p. 07-15).

_____. O interesse social no direito privado. Coord. MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. **Função Social do Direito**, S.P., Quartier Latin, 2009.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na ordem econômica. Princípios e função social**. S.P.: Juruá, 2009.

SITES CONSULTADOS

BMFBOVESPA. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/mercados/acoes/ofertas-publicas/ofertas-publicas.aspx?Idioma=pt-br>>. Acesso em: 18/09/2013.

BMFBOVESPA. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/mercados/acoes/ofertas-publicas/ofertas-publicas.aspx?idioma=pt-br>. Acesso em: 18/09/2013.

BMFBOVESPA. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/consultas/ijos-recentes/ijos-recentes.aspx?idioma=pt-br>. Acesso em: 18/09/2013.

BMFBOVESPA. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/consultas/governanca-corporativa/governanca-corporativa.aspx?idioma=pt-br>. Acesso em: 18/09/2013.

CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-31/retrospectiva-2010-operacoes-mercado-capitais-cresceram-100>. Acesso em: 17/09/13.

CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-31/retrospectiva-2009-cvm-aprimorou-regulamentacao-mercado-capitais>. Acesso em: 17/09/13.

CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-09/acionista-nao-faz-oferta-nao-punido-negar-clausula-protecao>. Acesso em: 17/09/13.

CONJUR. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006dez17/lei_sa_viabilizou_existencia_grandes_empresas. Acesso em: 17/09/13.

CONJUR. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006out14/pulverizacao_controle_lei_sociedades_anonimas. Acesso em 17/09/13.

CONJUR. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2004set23/cvm_aplica_multa_banco_opportunity_diretores. Acesso em 17/09/13.

CONJUR. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-set-16/novas_regras_mercado_capitais_brasil. Acesso em 17/09/13.

CVM. Disponível em: www.cvm.gov.br. Acesso em: 18/09/2013.

CVM. Disponível em: www.cvm.gov.br. Acesso em: 09/01/2014.

IDP. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/94/disserta%C3%A7%C3%A3o_Adriana%20Prazeres%20Salgueiro%20Reis%20Vidal.pdf?sequence=1. Acesso em: 27/09/2013.

WIKIPEDIA. Disponível em:
http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Marbury_contra_Madison. Acesso em 08/01/2014.