

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO**

STERPHANE DE ALMEIDA CASTRO

**SOCIEDADES ANÔNIMAS ABERTAS, FUNÇÃO SOCIAL DA
EMPRESA E CONSTITUIÇÃO: UM POSSÍVEL DIÁLOGO**

Marabá

2018

STERPHANE DE ALMEIDA CASTRO

**SOCIEDADES ANÔNIMAS ABERTAS, FUNÇÃO SOCIAL DA
EMPRESA E CONSTITUIÇÃO: UM POSSÍVEL DIÁLOGO**

Monografia apresentada junto ao curso de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela.

Orientador: Prof. Ms. Hirohito Diego Athayde Arakawa

Marabá

2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

Castro, Sterphane de Almeida

Sociedades anônimas abertas, função social da empresa e constituição: um possível diálogo / Sterphane de Almeida Castro ; orientador, Hirohito Diego Athayde Arakawa. — Marabá : [s. n.], 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2018.

1. Sociedades por ações – Legislação - Brasil. 2. Responsabilidade social da empresa. 3. Direito constitucional. 4. Empresas. 5. Responsabilidade (Direito) - Brasil. I. Arakawa, Hirohito Diego Athayde, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 342.225

Elaborada por Miriam Alves de Oliveira – CRB-2/583

STERPHANE DE ALMEIDA CASTRO

**SOCIEDADES ANÔNIMAS ABERTAS, FUNÇÃO SOCIAL DA
EMPRESA E CONSTITUIÇÃO: UM POSSÍVEL DIÁLOGO**

Monografia apresentada junto ao curso de
Direito da Universidade Federal do Sul e
Sudeste do Pará, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharela.

Marabá/PA, 09 de outubro de 2018.

Banca Examinadora

Prof. Ms. Hirohito Diego Athayde Arakawa

Prof. Ms. Júlio César Sousa Costa

Conceito: _____

“Tudo o que aprendi se resume nisto: Deus nos fez simples e direitos, mas nós complicamos tudo.” (Eclesiastes 7:29)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que tantas coisas boas nos faz, mas especialmente sou grata pela sua luz que não nos deixa cegos às injustiças nem permite que nos conformemos a elas.

Aos meus pais, Sival e Odeilda, meus exemplos maiores na Terra. Todo o cuidado, carinho e proteção não podem ser ditos em uma homenagem tão curta. Resta reconhecer que minhas conquistas, não são só minhas, mas muito mais deles.

Aos meus irmãos, Ana Beatriz e João Emanuel, que sempre têm algo a me ensinar sobre a vida. Obrigada pela paciência com a irmã mais velha de vocês.

Ao meu orientador, Prof. Ms. Hirohito Diego Athayde Arakawa, pela paciência e compromisso nas orientações, e pelas valiosas e imprescindíveis contribuições a este trabalho.

Às minhas amigas do “Grupo Eterno de Trabalhos”, que tornaram o período da faculdade, com todas as típicas inseguranças, bem mais leve e agradável.

Ao Vinícius, por todo o suporte, pelo afeto e por me incentivar a sonhar e realizar.

À todas as pessoas com quem tive contato na Vara de Execução Penal do Fórum de Justiça Comum de Marabá, no 1º Vara da Subseção Judiciária de Marabá, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, e no Escritório de Advocacia Romoaldo Oliveira e Associados, durante os estágios pelos quais passei. Obrigada pelo aprendizado profissional e humanístico que me proporcionaram.

À turma de 2014, por ter me proporcionado muitos aprendizados sobre o que é ser, de fato, humana.

RESUMO

O presente trabalho visa relacionar as exigências da função social da empresa, com base na Constituição de 1988 às Sociedades Anônimas de Capital Aberto, levando em consideração as visões contratualista e institucionalista desse tipo societário. Para tanto, utilizou-se o método de revisão bibliográfica, com contribuições de livros, artigos e trabalhos acadêmicos nas áreas do Direito Empresarial e do Direito Constitucional. Inicia-se com a apresentação histórica e conceitual das sociedades anônimas, das teorias acerca do interesse social, dos possíveis conflitos que podem gerar. Em seguida apresentam-se os principais obstáculos à defesa de interesses externos à sociedade, problemas para os quais as teorias contratualista e institucionalista não oferecem soluções satisfatórias, como se pretendeu demonstrar; bem como uma classificação das dimensões da Função Social da Empresa inerentes ao exercício das atividades econômicas pelas Companhias Abertas. Ao final, buscou-se aprofundar o princípio de função social presente na CF/88, e suas implicações interpretativas sobre a Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), especialmente sobre as disposições aplicáveis às Sociedades Anônimas de Capital Aberto.

PALAVRAS-CHAVE: Companhias Abertas, Função Social da Empresa, Interpretação Constitucional.

ABSTRACT

This paper aims to relate the requirements of the Social Function of Company, based on the Constitution of 1988 to Joint Stock Company, regarding the Contractualist and Institutional views of this kind of company. For that, the method of bibliographical revision was used, with contributions of books, articles and academic works in the areas of Corporate Law and Constitutional Law. It begins with the historical and conceptual presentation of corporations, theories about the social interest, and the possible conflicts they can generate. Following are the main obstacles to the defense of interests external to society, problems for which contractualist and institutionalist theories do not offer satisfactory solutions, as it was intended to demonstrate; as well a classification of the dimensions of the Social Function of Company inherent in the exercise of activities by the Joint Stock Company. At the end, it sought to deepen the Principle of Social Function present in Constitution of 1988, and its interpretative implications on the Law n.º 6.404/76 (Brazilian Corporation Law), especially on the provisions applicable to Joint Stock Companies.

Keywords: Joint Stock Companies, Social Function of Company, Constitutional interpretation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. PARTICULARIDADES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS PARA FINS DE UMA ABORDAGEM A PARTIR DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	12
1.1 Breve histórico de surgimento e desenvolvimento das Sociedades Anônimas	12
1.2 Abordagem das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro	14
1.3 As Repercussões do Contratualismo e do Institucionalismo sobre as normas aplicáveis às Sociedades Anônimas	16
2. DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM RELAÇÃO ÀS SOCIEDADES ANÔNIMAS DE CAPITAL ABERTO	25
2.1 Responsabilidade Civil dos gestores	25
2.2 Aspectos legais na Lei das Sociedades Anônimas acerca da defesa de interesses de terceiros	27
2.3 Governança Corporativa e o Novo Mercado	29
2.4 Classificação das dimensões da Função Social da Sociedade Anônima Aberta	33
2.4.1 Quanto aos âmbitos de atuação da Sociedade Anônima Aberta	33
2.4.1.1 <i>Dimensão Interna</i>	34
2.4.1.2 <i>Dimensão Externa</i>	35
2.4.2 Quanto às Finalidades Sociais	36
2.4.2.1 <i>Dimensão Primária</i>	36
2.4.2.2 <i>Dimensão Secundária</i>	37
2.4.3 Quanto à responsabilização dos controladores e dos administradores	38
3. A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE EXERCER EMPRESA PELAS SOCIEDADES ANÔNIMAS ABERTAS	42
3.1 A Constitucionalização do Direito	42
3.2 A Função Social da Sociedade Empresária no Novo Paradigma Constitucional	46
3.3 Leitura constitucional das normas aplicáveis às Sociedades Anônimas Abertas	53

CONSIDERAÇÕES FINAIS

63

REFERÊNCIAS

66

INTRODUÇÃO

O Princípio da Função Social da Empresa, embora não reconhecido de forma explícita na Constituição de 1988, está presente nela através do Princípio da Função Social da Propriedade e dos demais princípios que devem reger a Ordem Econômica.

O tema, conquanto avançado na doutrina nacional e estrangeira, ainda está longe de se esgotar, mormente em face do fenômeno da grande empresa, e de seu poder de influência social e econômico. As Sociedades Anônimas de Capital Aberto, são o principal instrumento para o desenvolvimento da grande empresa. Por tais razões, o estudo da Função Social das Companhias Abertas deve evoluir.

Em que pese a Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404/76) deixar expresso, nos artigos 116, parágrafo único, e 154, que os acionistas controladores e os administradores devem atender à Função Social da Empresa, não traz disposições acerca do *modus operandi* a ser adotado, tampouco dos fins a serem seguidos, tendo em vista esta Função Social.

Por outro lado, a Constituição da República, de 1988, traz princípios e finalidades que devem ser buscadas pelo Estado e pela sociedade, e inaugura em território nacional o Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito, inclusive das normas aplicáveis às Companhias Abertas.

O presente trabalho tem o propósito de identificar exigências do Princípio Constitucional da Função Social da Empresa em relação às Sociedades Anônimas de Capital Aberto, tendo em vista as particularidades desse tipo societário e sua importância social e econômica.

Assim, tenciona-se, com a presente monografia, responder a questionamentos como: i) é possível falar em uma “Função Social da Sociedade Anônima de Capital Aberto”?; ii) o Institucionalismo e o Contratualismo, em suas vertentes podem servir como fundamentos para a operacionalização da Função Social da Sociedade Anônima Aberta?; iii) Como a Constitucionalização do Direito Empresarial contribui para a maturação da Função Social a ser cumprida no âmbito das Companhias Abertas?

Para tanto, utilizou-se a metodologia de pesquisa de revisão, com contribuições doutrinárias nas áreas do Direito Empresarial e Constitucional, principalmente.

Optou-se pela divisão do trabalho em três capítulos.

O primeiro capítulo dedica-se a uma breve descrição histórica do surgimento e do desenvolvimento das Sociedades Anônimas, desde o início do comércio ultramar ao surgimento das Sociedades como a conhecemos hoje. Também apresenta o tratamento jurídico dado a esse tipo societário no Brasil, as Teorias Institucionalista e Contratualista acerca do interesse social, bem como a influência destas nas normas pátrias aplicáveis às Companhias Abertas.

No segundo capítulo, buscou-se apresentar os principais desafios que se apresentam à concretização de uma Função Social da Empresa pelas Sociedades Anônimas Abertas e os avanços que, porventura, já existam nesse sentido. Ainda é exposta no segundo capítulo uma classificação das dimensões da Função Social da Sociedade Anônima de Capital Aberto, para fins de auxiliar a identificação de exigências do Princípio em face dos diversos âmbitos de atuação e de interesses que se projetam sobre as Companhias Abertas.

No terceiro capítulo, aprofunda-se no estudo da Constitucionalização do Direito, consectário do Neoconstitucionalismo. Em seguida, estuda-se a Funcionalização do Direito de Empresa, em face dos Princípios e finalidades sociais, presentes na Constituição de 1988.

Por fim, apresenta-se uma leitura constitucional das normas aplicáveis às Companhias Abertas, como possível solução à operacionalização da Função Social da Empresa por aquelas.

1. PARTICULARIDADES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS PARA FINS DE UMA ABORDAGEM A PARTIR DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

1.1 Breve histórico de surgimento e desenvolvimento das Sociedades Anônimas

O nascimento das Sociedades Anônimas está inevitavelmente ligado ao desenvolvimento do Direito Comercial na história. As atividades, desenvolvidas individualmente pelos comerciantes na Idade Média, mesmo que integrassem suas corporações, levou ao surgimento do “*direito dos comerciantes*”, e este culminou, principalmente por meio das atividades econômicas dispendiosas e arriscadas do comércio marítimo, levadas à cabo na época, no nascimento de sociedades mercantis que seguem modelos até atualmente existentes.¹

Tais sociedades representaram uma ruptura em relação ao modelo romano, uma vez que já se iniciavam as tentativas de limitação do risco à sociedade, bem como introduzia um modelo de administração disjuntiva, na medida em que, ao contrário do que ocorre na administração conjuntiva, as decisões acerca dos rumos da sociedade passaram a ser tomadas pela maioria, ou por alguns dos sócios, não exigindo o consenso de todos os demais.

Tais fatos se deram, principalmente, em razão de o comércio ultramar, à época, ter exigido o investimento de altas somas de dinheiro e, conseqüentemente, o necessário aumento da quantidade de investidores, tornando impossível que todos os interessados atuassem na gestão da atividade econômica.

Na Europa da Era Moderna, com a criação das *commendas*², surgiram as figuras dos sócios com responsabilidade limitada ao valor por eles investidos, que não exerciam a atividade comercial, tampouco tinham poder de ingerência nos

¹ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.p. 12

² Ana Frazão (2011, p. 15) sustenta que a *commenda* foi um “modelo societário criado para atender à necessidade de mobilização de grande quantidade de capital para atividade de altíssimo risco: o comércio ultramar de grandes distâncias”, e que aceitava dois tipos de sócios: os *stans* (com responsabilidade limitada ao capital investido), e os *tractators*, “encarregados de fazer a viagem marítima” cuja responsabilidade era ilimitada e solidária pelas obrigações sociais”.

negócios da sociedade, práticas que eram realizadas por outros sócios os quais detinham responsabilidade ilimitada.

Portanto, surge a possibilidade de os sócios apenas contribuírem com o capital, havendo uma superação da *affectio societatis*, da mesma maneira que se começa a relacionar a responsabilidade ilimitada com a gestão da atividade econômica.

Por outro lado, a autonomia patrimonial da sociedade comercial, com a conseqüente responsabilidade limitada de todos os sócios, apenas foi introduzida no direito comercial no início do século XVII, com a criação das companhias coloniais.

Conforme as lições de Ana Frazão³, as companhias coloniais foram as precursoras das sociedades anônimas. Estas companhias foram as primeiras responsáveis pela socialização do investimento, em decorrência da abertura da sociedade aos investidores e da transformação das ações em títulos circuláveis, bem como a socialização parcial dos riscos, em razão do reconhecimento de que as atividades econômicas desempenhadas pela sociedade beneficiavam os sócios e a terceiros de um modo geral, o que legitimava a imposição do risco de insolvência da companhia também aos credores, os quais não mais teriam o patrimônio dos sócios como garantia de que as dívidas sociais seriam pagas⁴.

Desde esse período é possível observar cinco aspectos importantes que culminariam no surgimento das sociedades anônimas, e, mais especificamente, nas sociedades anônimas de capital aberto: (i) a limitação da responsabilidade à sociedade; ii) a personalização; iii) a necessidade de grandes somas de dinheiro para a realização de certas atividades econômicas; iv) a socialização do investimento e a conseqüente (v) dispersão acionária, uma vez que a maioria dos sócios, interessados nos dividendos que a atividade econômica geraria, abstinham-se da gestão da sociedade.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho⁵, “as sociedades por ações dedicaram-se, desde a origem, à exploração de empreendimentos de expressiva importância para a economia e o estado”. Tanto que, no início de seu desenvolvimento, as

³ Ibidem, p. 16-18

⁴ Ibidem, p. 18

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, Volume 2: Direito de Empresa**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89

companhias coloniais recebiam a forte intervenção do Estado, que as criava por meio de leis, bem como nelas investia, sendo que os soberanos da Idade Moderna eram os maiores garantidores daquelas sociedades, o que contrabalanceava o risco decorrente da responsabilidade limitada de todos os sócios, inclusive dos gestores.

Todavia, para que as sociedades anônimas adentrassem de vez o direito privado, foi preciso a maturação da relação entre administração e responsabilidade, uma vez que o Estado não mais funcionaria como garantidor caso as decisões tomadas pelos gestores acarretassem prejuízos para a companhia, e conseqüentemente para a comunidade de terceiros interessados no bom andamento financeiro e econômico das atividades por ela exercidas.

Atualmente, as Sociedades Anônimas são vistas como instrumentos do capitalismo capazes de utilizar a poupança no desenvolvimento de atividades empresariais.⁶ Ou melhor, pela possibilidade de limitar a responsabilidade dos acionistas ao preço das ações, bem como de captar recursos para o exercício das atividades econômicas de grande porte, sem que tenham que arcar com juros ou com demais custos de empréstimos junto a instituições financeiras, as Sociedades Anônimas são consideradas o “*instrumental adequado para a constituição da grande empresa*”⁷.

1.2 A abordagem das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro

No Brasil Colonial, as sociedades anônimas eram criadas por meio de outorga do Império, visto que exerciam atividades muito relevantes para a economia, constituindo-se em um privilégio concedido pelo Estado⁸. Foi o caso do Banco do Brasil, instituído através de alvará expedido pelo então rei D. João VI, em 1808⁹.

⁶ ANGARITA, Antônio; DONAGGIO, Angela; SICA, Ligia P. Pires Pinto; GIL, Guilherme Bardini. **A Sociedade Anônima e a Democracia na América do Sul: regulação e governança corporativa.** [Recurso eletrônico] – São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 22

⁷ NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Organização Jurídica da Grande Empresa.** Apostila da Graduação FGV Direito Rio, 2016. p. 10

⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial.** 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 371

⁹ Ibidem, p. 372

Em 1849, após a promulgação do Código Comercial Francês de 1808, e possivelmente influenciado por este, a outorga foi substituída pela autorização para a criação das sociedades. Já em 1882, aboliu-se a autorização, introduzindo o sistema da regulamentação, restringindo a necessidade de autorização apenas à criação de sociedades anônimas de capital aberto, sociedades estrangeiras e instituições financeiras.¹⁰

Portanto, no Brasil o direito societário se divide nos sistemas de regulamentação para as sociedades anônimas fechadas e de autorização para as sociedades anônimas abertas.¹¹

De acordo com o art. 1º, da Lei n.º 6.404/76, a Sociedade Anônima, ou Companhia, é a sociedade empresária que tem seu capital dividido em ações e a responsabilidade de seus sócios é limitada ao preço de emissão dessas ações.

As Companhias Abertas são aquelas que negociam os valores mobiliários que emitem, no mercado de valores mobiliários, para captação de recursos junto aos investidores em geral, sendo que sobre estas recairá o foco do presente trabalho.

As ações emitidas pelas Companhias Abertas podem ser negociadas no mercado de capitais, ou entre o acionista e alguém do seu conhecimento que esteja interessado em adquirir suas ações.

Foi a partir de 1960 que o Governo brasileiro passou a controlar o mercado de capitais¹², e em 1976, foi promulgada a Lei n.º 6.385, que instituiu a Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal responsável por fiscalizar e controlar a negociação de valores mobiliários no mercado de capitais. Tais medidas decorrem da importância de garantir que os investimentos se deem de forma segura, bem como para garantir a maior liquidez¹³ das ações negociadas.

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976) e a Lei 6.385/76, portanto, surgiram no contexto da grande especulação de 1971, nas bolsas de valores de São Paulo e do Rio de Janeiro, que trouxe sérios prejuízos aos investidores. Foi quando se compreendeu a necessidade de se tutelar os

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 92

¹¹ Ibidem, p. 92

¹² Ibidem, p. 100

¹³ Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 99) ensina que a liquidez das ações negociadas no mercado de capitais diz respeito “à facilidade de disponibilização do dinheiro” investido nas ações.

interesses dos acionistas minoritários e garantir a segurança do mercado de capitais.¹⁴

O presente trabalho limita-se a uma análise da Sociedade Anônima Aberta sob a ótica da Função Social da Empresa, tendo em vista o caráter institucional que esse tipo societário adquiriu ao longo de seu desenvolvimento, da capacidade que possuem de captar recursos de grande quantidade de investidores, e de empregar esses recursos no desenvolvimento de atividades de grande vulto, daí decorrendo sua importância social e econômica

1.3 As Repercussões do Contratualismo e do Institucionalismo sobre as normas aplicáveis às Sociedades Anônimas

A Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, nos seus artigos 116, § único, e 154, estabelece o princípio da função social da empresa como cláusula geral a ser observada pelos gestores, na condução dos negócios da sociedade anônima. Assim determinam os referidos dispositivos:

Art. 116. (...)

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.

(...)

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**. (grifos nossos)

Dessa forma, a própria Lei das Sociedades Anônimas reconhece que os gestores têm deveres para com a coletividade, que transcendem os interesses da comunidade de acionistas. Essa compreensão recebe contribuições do

¹⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Ob. cit., p. 372

desenvolvimento das teorias contratualista e institucionalista acerca do interesse social das sociedades empresárias.

Primeiramente, é válido anotar que o interesse social está “*associado à finalidade última da atividade empresarial, em relação à qual a realização do objeto social seria um meio ou instrumento*”, consoante as lições de Ana Frazão¹⁵. Tal conceito foi objeto de muitas controvérsias no século XIX, em razão da personalização das companhias.

Com a transformação das sociedades empresárias em pessoas jurídicas, acirraram-se as discussões sobre se a finalidade última a ser buscada seria o interesse dos acionistas ou o interesse da própria companhia, bem como se poderiam tais interesses divergirem.

A Teoria Contratualista surgiu e se desenvolveu a partir da doutrina e da jurisprudência italianas¹⁶, tendo recebido influência do direito anglo-saxão que equiparava os administradores à figura de *trustees* dos acionistas¹⁷. Sua primeira vertente separava o interesse social de qualquer elemento externo à própria sociedade¹⁸, confundindo-o com o interesse dos acionistas.

Quanto à identificação do interesse social com o interesse dos acionistas Ana Frazão aduz:

É claro que, mesmo no contratualismo, já havia a preocupação de se distinguir, de alguma maneira, o interesse social do interesse dos acionistas, ainda que se admitindo a existência de convergência entre ambos. Parte da doutrina já entendia que a causa mediata dos acionistas, que seria o lucro, não poderia comprometer a causa imediata que seria o concurso de todos os acionistas em prol da consecução do objeto social.¹⁹

Consoante as lições de Calixto Salomão Filho, no *Contratualismo Clássico*, o interesse social é primeiramente visto como o interesse do grupo de sócios que

¹⁵ FRAZÃO, Ana. Ob. cit., p. 60

¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 28

¹⁷ Ana Frazão (2011, p. 45) aduz que o direito inglês comparava os administradores das sociedades empresárias à figura dos *trustees* dos acionistas, que tinham o dever de agirem no melhor interesse destes e da companhia, assumindo para com estes deveres fiduciários.

¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. cit., p. 28-29

¹⁹ FRAZÃO, Ana. Ob. cit., p. 65

apenas poderia ser observado no caso concreto “quando comparado com o interesse do sócio para aplicação das regras sobre conflito de interesses”²⁰.

Mas na evolução doutrinária do tema, como afirma o Salomão Filho, o receio de que houvesse uma intervenção judicial na definição do interesse social levou muitos autores a tentarem defini-lo de forma abstrata e típica. Assim, o interesse social reduziu-se à “*maximização do lucro*”, e desapareceu o interesse da sociedade, permitindo ao sócio que utilizasse “*a sociedade em seu único e exclusivo interesse*”²¹.

No entanto, com a disseminação das companhias abertas, ficou claro que a primeira vertente do contratualismo, fechada apenas aos interesses dos acionistas atuais, não poderia prevalecer. Com a aproximação entre o direito societário e o mercado de capitais, uma segunda vertente do contratualismo buscou identificar o interesse social também com o interesse dos futuros acionistas²². Aqui, outros aspectos que não apenas os interesses dos sócios atuais, ganham relevo, como a valorização das ações da sociedade e a preservação da empresa²³.

Calixto Salomão Filho²⁴ entende que a vertente contratualista que considera os interesses dos sócios futuros e indeterminados, quando da definição do interesse social, não difere muito da teoria institucionalista. Ana Frazão²⁵, por outra vista, entende que essa abertura aos interesses alheios aos dos sócios atuais na companhia é fruto de uma revisão do contratualismo para adequá-lo à visão institucionalista da sociedade empresária.

A Teoria Institucionalista, por sua vez, surgiu na Alemanha, com a doutrina do *Unternehmen an sich* (empresa em si)²⁶, criada por Rathenau, recepcionada pela lei acionária alemã de 1937, que tinha um aspecto publicista. Após o fim da primeira Grande Guerra, as grandes sociedades empresárias foram vistas como

²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. cit., p. 29

²¹ Ibidem, p. 30

²² Para Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho (2008, p. 376), os contratualistas modernos consideram que a existência do mercado de capitais e dos sócios futuros e incertos é incompatível com a liberdade concedida aos acionistas de decidirem qual deve ser o interesse social. Assim, buscaram definir o interesse social como a maximização do valor das ações.

²³ FRAZÃO, Ana. Ob. cit., p. 129

²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. cit., p. 29

²⁵ FRAZÃO, Ana. Ob. cit., p. 129

²⁶ Segundo Calixto Salomão Filho (2011, p. 32-33), o próprio criador da doutrina do *Unternehmen an sich*, Rathenau, não diferencia os termos empresa (*Unternehmen*) e sociedade de ações (*Aktiengesellschaft*).

“um instrumento para o renascimento econômico do país”²⁷. Assim, o interesse social passou a ter um aspecto mais público, não restrito aos interesses dos acionistas. Como consequência, os órgãos administrativos das sociedades cresceram perante as assembleias de acionistas; àqueles era dado o papel de defenderem o “interesse empresarial”²⁸, prezando pela neutralidade.

No entanto, uma das críticas dirigidas ao “*Institucionalismo Publicista*”, como o denominou Calixto Salomão Filho²⁹, era a de que o mesmo leva a uma independência da Administração da sociedade empresária frente aos acionistas. A redução do interesse social ao interesse econômico da “empresa”, da coletividade ou do Estado, deixa expresso que o lucro não pode mais ser o motivador da atividade econômica e, com isso, desnatura a Sociedade Anônima, “*típico instrumento da iniciativa privada*”³⁰, uma vez que os acionistas nelas investem tendo em vista o retorno financeiro na forma dos lucros.

O Institucionalismo Publicista alemão evoluiu para um Institucionalismo Organizativo, onde o foco recaiu, não sobre a empresa em si, mas sobre as formas de organização do poder de decisão nas Sociedades Empresárias, de maneira a garantir que haja uma busca harmoniosa do interesse dos diversos tipos de acionistas, bem como dos empregados³¹, dando importância à dimensão funcional³² da empresa, e identificando o interesse social com a preservação da empresa. Assim, a partir da década de 1950, as Sociedades Anônimas na Alemanha passaram a adotar um modelo de “*cogestão*”, com a participação de diretores representantes dos acionistas e dos trabalhadores, e com a participação de comitês de controle³³.

Nos Estados Unidos o Institucionalismo tomou uma forma mais moderada, onde considerou-se que os administradores não seriam titulares de deveres

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. cit., p. 32

²⁸ Ibidem, p. 33

²⁹ Ibidem, p. 32

³⁰ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 481 apud FRAZÃO, ob. cit., p. 124, nota de rodapé n. 387.

³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. cit., p. 36

³² Conforme as lições de Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 1, p. 39), citando Asquini (1943), este expõe que a empresa possui quatro perfis. Pelo perfil subjetivo, a empresa é vista como o próprio empresário; no perfil funcional, “*identifica-se a empresa à própria atividade*”; pelo perfil patrimonial, é vista como o estabelecimento, e pelo perfil corporativo, é caracterizada pela reunião de pessoas em torno de certas finalidades (empresários e empregados).

³³ FRAZÃO, Ana. Ob. cit., p. 133

fiduciários apenas perante os sócios, mas teriam a responsabilidade de buscarem outros interesses também.³⁴

No Brasil, a Lei n.º 6.404/76 incorporou ao interesse social a “*preocupação com o bem público*”³⁵, tal como mostram as cláusulas gerais citadas no início deste tópico. Contudo, não há como negar que a Lei das Sociedades Anônimas também adota uma visão contratualista clássica em muitos de seus dispositivos.

Um dos exemplos de previsões contratualistas na Lei 6.404/76, são as alterações trazidas pela Lei 10.303/01, no art. 118, §§ 8º e 9º, acerca do Acordo de Acionistas:

Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

(...)

§ 8º O presidente da assembléia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado.

§ 9º O não comparecimento à assembléia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada.

(...)

Observa-se na redação dos dispositivos, dada pela referida lei, que será possível que membros do conselho de administração defendam os interesses privados dos acionistas, em detrimento do interesse da companhia. Além disso, torna inócua a atuação do órgão colegiado, uma vez que os acionistas poderão tomar decisões importantes acerca dos negócios da companhia em uma reunião

³⁴ Ibidem, p. 124

³⁵ Ibidem, p. 127

prévia. Trata-se, portanto, de evidente permissão à preterição do interesse maior da companhia em benefício de interesses privados dos acionistas³⁶.

Em relação às Sociedades Anônimas de Abertas, outro instituto que visa atender aos interesses dos sócios, é o direito de saída conjunta, consubstanciado no art. 254-A, da Lei n.º 6.404/76, que busca evitar que, quando da alienação de suas ações, o sócio controlador receba sozinho os benefícios decorrentes do emprego do capital social, integralizado de forma conjunta pelos acionistas.³⁷

Assim, o adquirente que pretende comprar as ações com direito a voto, pertencentes ao bloco de controle, deve realizar oferta para compra das ações com direito a voto dos demais acionistas, e pagar pelas mesmas, no mínimo, 80% do valor pago pelas ações do controlador.

Por outro lado, é possível verificar as teorias institucionalista e contratualista, nos direitos essenciais dos acionistas, que são instrumentos de estabilização das relações de poder de controle dentro das companhias, uma vez que não podem ser suprimidos pela Assembleia, tampouco pelo Estatuto Social (art. 109, da Lei n.º 6.404/76)³⁸. Tratam-se dos “*direitos de participação nos lucros sociais e no acervo (incs. I e II), de fiscalização da administração da companhia (inc. III), de preferência na subscrição de valores mobiliários (inc. IV) e de recesso (inc. V)*”.^{39 40}

No entanto, mesmo os direitos essenciais dos acionistas encontram certas limitações no interesse da sociedade.

Assim, o direito de fiscalização da administração da companhia apenas poderá ser exercido com os instrumentos concedidos pela lei, quais sejam, pelo funcionamento do conselho fiscal, pelo acesso aos livros da sociedade, pela prestação de contas anual dos administradores, pela votação das demonstrações

³⁶ Ibidem, p. 294

³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit, p.361-363

³⁸ Ibidem, p. 367

³⁹ Ibidem, p. 365

⁴⁰ Fábio U. Coelho (2012, p. 373-374) denota que, apesar de não constar no rol do art. 109, da Lei das Sociedades Anônimas, o direito à Informação também deve ser considerado um direito essencial, em razão da imprescindibilidade do seu atendimento para que o acionista exerça plenamente o direito essencial de fiscalização dos órgãos da administração, e, também, o direito de voto.

financeiras pela assembleia geral e pela auditoria independente⁴¹, sendo que este é um instrumento obrigatório nas Sociedades Anônimas Abertas (art. 17, §3º).

Quanto ao direito de recesso, nas Sociedades Anônimas, mormente nas que negociam suas ações na Bolsa de Valores, o mesmo é restringido em razão da presunção de liquidez e dispersão das ações, que podem mais facilmente ser negociadas e alienadas pelo acionista que pretende se desligar da sociedade.⁴²

Dessa forma, o direito de recesso⁴³ nas Sociedades Anônimas apenas pode ser exercido em determinadas hipóteses estabelecidas em lei (arts. 136-A, §2º, e art. 137)⁴⁴, ocasiões nas quais a Sociedade terá que reembolsar ao

⁴¹ Ibidem, p. 370-372

⁴² Ibidem, p. 377

⁴³ Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 381) “há (...) autores que consideram útil distinguir os dois conceitos, tratando como *direito de recesso* apenas o desligamento motivado (dissidência em relação a alteração do objeto social da companhia, por exemplo); e *direito de retirada* como o desligamento imotivado (que não tem lugar nas sociedades anônimas, mas apenas nas limitadas de vínculo instável). Tendo em vista que o enfoque do presente trabalho está sobre as Sociedades Anônimas Abertas, optou-se pela utilização apenas do termo *direito de recesso*.”

⁴⁴ Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

(...)

§ 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável: (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe; (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

I - nos casos dos incisos I e II do art. 136, somente terá direito de retirada o titular de ações de espécie ou classe prejudicadas; (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)

II - nos casos dos incisos IV e V do art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

a) liquidez, quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários admitido à negociação no mercado de valores mobiliários, no Brasil ou no exterior, definido pela Comissão de Valores Mobiliários; e (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

b) dispersão, quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

III - no caso do inciso IX do art. 136, somente haverá direito de retirada se a cisão implicar: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

acionista o valor patrimonial de suas ações. Por caracterizar uma forma de “*desinvestimento*” o valor reembolsado não pode ser o valor de negociação, uma vez que este leva em conta as “*perspectivas de rentabilidade*” da sociedade, que é afetada pelo reembolso do valor investido pelo acionista retirante⁴⁵.

O direito essencial dos acionistas à participação nos lucros sociais remete-nos ao emblemático caso *Dodge vs. Ford Motor Co.*, motivado por uma decisão do controlador, *Henry Ford*, de não distribuir dividendos especiais aos acionistas, que seriam decorrentes do bom andamento da empresa, sob a justificativa de necessidades de construção de uma nova fábrica, que seria custeada com os lucros já obtidos, em benefício dos consumidores, que teriam acesso a automóveis mais baratos.

A Suprema Corte de Michigan, nos Estados Unidos, determinou a declaração dos dividendos adicionais, entendendo que “o objetivo principal das empresas é a geração de lucros para os seus sócios”⁴⁶. Assim surgiu na doutrina estadunidense a figura dos *mandatory dividends*, retirando de sob a discricionariedade dos administradores a distribuição dos dividendos⁴⁷.

A legislação pátria determina que parte dos lucros líquidos da sociedade deve ser distribuído aos acionistas, e parte deve ser incorporada ao patrimônio

a) mudança do objeto social, salvo quando o patrimônio cindido for vertido para sociedade cuja atividade preponderante coincida com a decorrente do objeto social da sociedade cindida; (Incluída pela Lei nº 10.303, de 2001)

b) redução do dividendo obrigatório; ou (Incluída pela Lei nº 10.303, de 2001)

c) participação em grupo de sociedades; (Incluída pela Lei nº 10.303, de 2001)

(...)

§ 1º O acionista dissidente de deliberação da assembleia, inclusive o titular de ações preferenciais sem direito de voto, poderá exercer o direito de reembolso das ações de que, comprovadamente, era titular na data da primeira publicação do edital de convocação da assembleia, ou na data da comunicação do fato relevante objeto da deliberação, se anterior. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º O direito de reembolso poderá ser exercido no prazo previsto nos incisos IV ou V do caput deste artigo, conforme o caso, ainda que o titular das ações tenha se absterido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à assembleia. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 3º Nos 10 (dez) dias subsequentes ao término do prazo de que tratam os incisos IV e V do caput deste artigo, conforme o caso, contado da publicação da ata da assembleia-geral ou da assembleia especial que ratificar a deliberação, é facultado aos órgãos da administração convocar a assembleia-geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

(...)

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit, p.387-388

⁴⁶ Ibidem, p. 416

⁴⁷ Ibidem, p. 416

societário, por meio da destinação à reserva legal e de contingências ou da capitalização.

Ademais, a distribuição dos dividendos aos acionistas está condicionada à “*existência de resultados positivos distribuíveis*” e à “*inexistência de qualquer débito da companhia perante o INSS*”⁴⁸, como estabelece a Lei n. 4.357/64, em seu art. 32.

Dessarte, observa-se que, mesmo o direito essencial dos acionistas à participação nos lucros sociais encontra limitações no interesse da sociedade, ou mesmo da coletividade.

Conclui-se que o Institucionalismo e o Contratualismo estão presentes nas disposições legais aplicáveis às Sociedades Anônimas no Brasil. Mormente em relação à Companhias de capital aberto, entende-se que não poderia ser diferente. Caso o interesse social excluísse os interesses privados dos acionistas na geração do lucro, e na proteção contra eventuais decisões arbitrárias dos administradores e controladores, não haveria estímulo ao investimento⁴⁹.

Por outro lado, tendo em vista o aspecto institucional da sociedade anônima, a Lei 6.404/76 estabelece que os controladores, bem como os administradores têm responsabilidades não apenas para com os acionistas, mas, também, em relação aos trabalhadores e à comunidade⁵⁰.

Em que pese as teorias Institucionalistas e Contratualistas modernas terem contribuído para que se compreendesse que o interesse social não deve se restringir a objetivos privados dos acionistas, ainda se verificam alguns desafios à efetivação da Função Social da Empresa, conquanto já existam medidas significativas e, todavia, não de todo suficientes, nesse caminho, como se pretende demonstrar no capítulo seguinte.

⁴⁸ Ibidem, p. 415

⁴⁹ FRAZÃO, Ana. Ob. cit., p. 429

⁵⁰ Ibidem, p. 102

2. DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM RELAÇÃO ÀS SOCIEDADES ANÔNIMAS DE CAPITAL ABERTO

Como observado no capítulo anterior, a Lei n.º 6.404/76 traz disposições que são fruto de uma evolução doutrinária das Teorias Institucionalistas e Contratualistas, de forma que nela se observa que o interesse social a ser buscado no exercício da empresa pelas Sociedades Anônimas, mormente nas de Capital Aberto, deve abranger não apenas os interesses privados dos acionistas, mas também dos trabalhadores e da comunidade em que atua.

A Lei das Sociedades Anônimas, apesar de reconhecer expressamente que a Sociedade Anônima tem uma função social a cumprir, não deixa claro quais as medidas a serem tomadas para que essa função social seja implementada. Tampouco, expressa quais os interesses externos que devem ser tutelados.

Quanto à função social da empresa, e o que deve ser buscado pelos gestores das Sociedades Anônimas, preferiu-se falar em capítulo próprio, em razão da possibilidade de se realizar uma leitura constitucional, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, das disposições aplicáveis às Sociedades Anônimas de Capital Aberto.

Por ora, é importante discernir possíveis imprecisões, na Lei das Sociedades Anônimas que, porventura, sirvam de obstáculo à implementação da Função Social, bem como suas disposições acerca da defesa de interesses internos e externos à sociedade.

Faz-se imperioso, também, analisar como os princípios de Governança Corporativa e o Novo Mercado contribuem para as discussões acerca da Função Social da Empresa no âmbito das Companhias Abertas.

Ademais, em razão da necessidade de se estudar a Função Social da Sociedade Anônima Aberta por diferentes dimensões, importa conhecê-las e classificá-las, o que também se propõe na parte final deste capítulo.

2.1 Responsabilidade civil dos gestores

Observa-se nas Sociedades Anônimas modernas uma “*dissociação entre propriedade acionária e poder de comando empresarial*”⁵¹. Embora os autores Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho se refiram, em suas obras, aos controladores das Sociedades Anônimas, esse fenômeno demonstra a necessidade de se reconhecer uma função social do poder de controle, que deve ser observada tanto pelos acionistas controladores, quanto pelos administradores, ainda que estes não sejam acionistas⁵², mormente no contexto de dispersão acionária nas Sociedades Anônimas Abertas.

Entre as dificuldades que se apresentam quando se fala em função social ativa das Sociedades Anônimas, destacam-se a forma da responsabilização dos gestores das companhias pelo atendimento aos diversos interesses que ela envolve.

Nesse sentido, Ana Frazão considera que a ampliação da responsabilidade individual dos gestores para abranger, não apenas a vedação ao abuso da liberdade de iniciativa, mas também o dever de exercício dessa liberdade em conformidade com os ditames da justiça social⁵³, é apta “*para, de uma forma geral, assegurar uma boa gestão empresarial, inclusive no que diz respeito à proteção dos interesses constitucionalmente tutelados*”⁵⁴, e aduz que isso se dá pelo implemento de quatro funções.

A função compensatória visa a reparação do dano causado à vítima, sem que os atos dos quais decorreram o dano sejam anulados. A anulação dos atos considerados lesivos praticados pelas companhias se torna inviável em decorrência dos efeitos que já produziram em face de terceiros de boa-fé, inclusive, quando do reconhecimento do dano e do nexo causal⁵⁵. Eis porque se trata de uma função considerada por Ana Frazão, como “*mais adequada para assegurar uma boa gestão*”⁵⁶, sob a ótica da justiça.

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. p. 52

⁵² FRAZÃO, Ana. Ob. cit. p. 111

⁵³ Ibidem, p. 226

⁵⁴ Ibidem, p. 229

⁵⁵ Ibidem, p. 229

⁵⁶ Ibidem, p. 229

A função de desestímulo, por sua vez, extrapola “a relação entre o causador do dano e a vítima”⁵⁷, atendendo a um caráter mais profilático da responsabilidade civil, em relação a condutas de outros agentes na gestão das sociedades anônimas.

A função punitiva é reforçada pelo “*balanceamento de interesses conflitantes, cessação do ilícito*”⁵⁸, uma vez que a tutela dos princípios constitucionais e a busca pela justiça e pela equidade estão relacionados à vedação ao enriquecimento sem causa⁵⁹.

Tendo em vista que os administradores e controladores decidem os rumos a serem tomados pelas Sociedades Anônimas, a ampliação da responsabilidade dos mesmos é uma forma de “operacionalizar” a função social das Sociedades Anônimas, de acordo com Ana Frazão⁶⁰.

A autora, no entanto, aponta que alguns cuidados devem ser tomados em relação ao tema. O endurecimento da responsabilidade dos gestores pode gerar o efeito reverso, afastando possíveis bons administradores, ou transferindo o risco, porventura, aceito pelos gestores, à companhia⁶¹ que, por sua vez, o transfere aos consumidores, através dos preços finais dos produtos.

Dessa forma, do ponto de vista da justiça distributiva, o recrudescimento incauto da responsabilidade dos gestores pode se mostrar danoso.

2.2 Aspectos legais na Lei das Sociedades Anônimas acerca da defesa de interesses de terceiros

No capítulo anterior foi visto que a Sociedade Anônima surgiu da necessidade de investimentos cada vez mais vultosos para a exploração de expressivas atividades econômicas. A personalização, que levaria a uma socialização do risco dos empreendimentos, atendia aos interesses dos acionistas

⁵⁷ Ibidem, p. 230

⁵⁸ Ibidem, p. 231

⁵⁹ Ibidem, p. 231-232

⁶⁰ Ibidem, p. 233

⁶¹ Ana Frazão (2011, p. 245) ensina que “os gestores facilmente transferem o risco da sua responsabilidade pessoal para a companhia, por meio dos acordos de indenização ou seguros”, bem como aponta em nota de rodapé de n.º 723, que “normalmente, tais apólices cobrem os atos ilícitos, salvo se o administrador tiver agido de má-fé, com fraude ou interesse próprio”.

e, no entanto, abriu a questão quanto aos interesses que devem ser diretamente tutelados: o interesse dos acionistas ou o interesse da empresa?

Apesar das contribuições das Teorias Institucionalista e Contratualista para a definição do que é o interesse social que deve ser buscado, e mesmo que se reconheça que não há como buscar um determinado interesse em detrimento do outro, sem que ambos sejam sacrificados, ainda persistem as controvérsias acerca dos interesses de terceiros, não acionistas, em relação às Sociedades Anônimas.

Em relação aos empregados, como referido anteriormente, o regime de *cogestão*, com a importância dada à dimensão funcional da empresa, surgiu na Alemanha no contexto de pós-guerra. A *cogestão* foi uma alternativa ao “*Institucionalismo Publicista*”, que buscou formas de garantir o interesse de terceiros não acionistas, no caso, dos empregados, inserindo representantes eleitos por estes nos órgãos de gestão da empresa, os quais poderiam atuar de forma paritária em relação aos demais membros.⁶²

A Constituição Brasileira de 1988, estabelece em seu art. 7º, XI, que os trabalhadores urbanos e rurais têm direito à “*participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei*”. Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, a qual precisa de lei infraconstitucional para que passe a gerar todos os seus efeitos.

Apesar de a referida lei não ter sido editada até o momento da conclusão do presente trabalho, já existem casos, no Brasil, de Sociedades por Ações onde são eleitos representantes dos empregados para atuarem junto aos conselhos de administração. É o caso das companhias que foram privatizadas sob a condição de que adotassem a participação de representantes dos empregados em seus estatutos, e, também, das sociedades de economia mista.

A Lei n. 6.404/76 prevê, em seu art. 140, parágrafo único, que o estatuto social da Sociedade Anônima “*poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem*”.

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit, p. 301

O legislador apresentou apenas uma faculdade às Sociedades Anônimas de adotarem representação dos empregados no Conselho de Administração em seus estatutos sociais.

Além disso, a Lei das Sociedades por Ações estabelece, em seu art. 154, §4º, que cabe ao Conselho de Administração ou à Diretoria, autorizar “*a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.*”

Observa-se, portanto, que a norma aplicável à prática de ações filantrópicas pelas companhias leva a nota da Responsabilidade Social, segundo a qual as companhias são livres para agirem voluntariamente em benefício da comunidade em que atuam.⁶³

Nos Estados Unidos, as práticas visando ao atendimento das responsabilidades sociais das companhias devem, necessariamente, trazer benefícios diretos ou indiretos a estas (*benefit rule*)⁶⁴.

Por outro lado, João Luis Nogueira Matias entende que a Responsabilidade Social não foi uma teoria aceita no Brasil, em decorrência da força do próprio princípio da Função Social da Empresa, cujo atendimento não depende da vontade do empresário.⁶⁵

Além disso, da leitura do dispositivo de lei citado não se depreende que a existência de benefícios diretos ou indiretos às companhias seja uma condição à prática de atos voluntários em benefícios de terceiros no Brasil, razão pela qual não se pode afirmar que a legislação pátria incorporou a *benefit rule*, tal como a adotam as cortes e a doutrina norte americana acerca do tema.

2.3 Governança Corporativa e o Novo Mercado

O movimento denominado no Brasil por Governança Corporativa surgiu nos Estados Unidos e no Reino Unido, na década de 1990, e diz respeito à

⁶³ FRAZÃO, Ana. Ob. cit. p.

⁶⁴ Ibidem, p. 138

⁶⁵ MATIAS, João Luis Nogueira. **A Função Social da Empresa e a Composição de Interesses na Sociedade Limitada**. 2009, 323 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2009. p. 108

adoção de boas práticas de gestão das empresas e de relacionamento entre os acionistas⁶⁶.

No Brasil, foi criado, em 1999, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), que lançou em 2001, o Código de Melhores Práticas, revisto e ampliado, o qual ensejou a alteração da Lei das Sociedades por Ações, em 2001, pela Lei n.º 10.303/2001, que reintroduziu o direito de saída conjunta dos acionistas, quando da alienação das ações dos controladores, e “*instituiu a obrigatoriedade da oferta pública de aquisição de ações por preço justo, no fechamento da companhia (art. 4º-A), e o aumento do prazo para convocação de Assembleia Geral das sociedades abertas (art. 124, § 1º, II)*”⁶⁷.

Os pilares básicos da boa governança são considerados, hoje, imprescindíveis à manutenção da confiança entre os acionistas e terceiros cujos interesses também estão envolvidos no exercício da atividade econômica pela Sociedade. Assim, a boa governança corporativa deve ser alicerçada sobre as seguintes bases:

Transparência: Consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse, e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à preservação e à otimização do valor da companhia.

Equidade: Caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (*stakeholders*), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas.

Prestação de Contas (*accountability*): Os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis.

Responsabilidade Corporativa: Os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das companhias, reduzir as

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., p. 407

⁶⁷ Ibidem, p. 406.

externalidades negativas de seus negócios e operações e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, reputacional, etc.) no curto, médio e longo prazos.⁶⁸

No final de 2016, o Grupo de Trabalho Interagentes, coordenado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, lançou o Código Brasileiro de Governança Corporativa para Companhias Abertas, o qual era dividido em princípios, fundamentos e práticas recomendadas.

O trabalho adotou a visão predominante nos mercados de capitais de outros países analisados, caracterizada pelo “*aplique ou explique*”, estabelecendo que as Companhias que não adotarem as práticas recomendadas, apresentem publicamente os motivos para a adoção das práticas contrárias⁶⁹.

Por mais que o Código não tenha força cogente, ele sistematiza as melhores práticas de acordo com os mais altos padrões de governança. O objetivo é proteger os interesses das diversas classes de acionistas, e, assim, atrair mais investidores para as Sociedades que adotarem tais práticas.⁷⁰ Ainda assim, é inegável que o movimento contribuiu para que as Companhias Abertas observem os interesses de terceiros envolvidos nas atividades que desempenha, através da adoção de programas de integridade (*compliance*) e de fiscalização e auditorias, por exemplo.

Tais preocupações acentuam o caráter institucional das Companhias Abertas, principalmente em face da socialização do investimento.

O Novo Mercado, por sua vez, se trata de uma listagem de Companhias Abertas, criada pela Bovespa em 2001, que seguem as práticas de governança dispostas em regulamento. O descumprimento enseja a exclusão das Companhias do Novo Mercado.

Entre as práticas recomendadas pelo Novo Mercado relativas às estruturas de governança e direitos dos acionistas destacam-se:

⁶⁸ IBGC. **Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas**. Grupo de Trabalho Interagentes; coordenação Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2016. p. 15

⁶⁹ CORTEZ, Mariane; ORCINI, Estêvão; ASSUNÇÃO, Beatriz. **O Código Brasileiro de Governança Corporativa para Companhias Abertas**. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2017/01/23/o-codigo-brasileiro-de-governanca-corporativa-para-companhias-abertas/>> Acesso em: 17 de out. 2018.

⁷⁰ Ibidem.

- O capital deve ser composto exclusivamente por ações ordinárias com direito a voto;
- No caso de alienação do controle, todos os acionistas têm direito a vender suas ações pelo mesmo preço (*tag along* de 100%) atribuído às ações detidas pelo controlador;
- Instalação de área de Auditoria Interna, função de *Compliance* e Comitê de Auditoria (estatutário ou não estatutário);
- Em caso de saída da empresa do Novo Mercado, realização de oferta pública de aquisição de ações (OPA) por valor justo, sendo que, no mínimo, 1/3 dos titulares das ações em circulação devem aceitar a OPA ou concordar com a saída do segmento;
- O conselho de administração deve contemplar, no mínimo, 2 ou 20% de conselheiros independentes, o que for maior, com mandato unificado de, no máximo, dois anos;
- A empresa se compromete a manter, no mínimo, 25% das ações em circulação (*free float*), ou 15%, em caso de ADTV (*average daily trading volume*) superior a R\$ 25 milhões;
- Estruturação e divulgação de processo de avaliação do conselho de administração, de seus comitês e da diretoria;
- Elaboração e divulgação de políticas de (i) remuneração; (ii) indicação de membros do conselho de administração, seus comitês de assessoramento e diretoria estatutária; (iii) gerenciamento de riscos; (iv) transação com partes relacionadas; e (v) negociação de valores mobiliários, com conteúdo mínimo (exceto para a política de remuneração);
- Divulgação simultânea, em inglês e português, de fatos relevantes, informações sobre proventos e *press releases* de resultados;
- Divulgação mensal das negociações com valores mobiliários de emissão da empresa pelos acionistas controladores.⁷¹

Verifica-se que estas medidas, embora contribuam com significativas melhorias na gestão das Companhias Abertas, e na proteção aos direitos dos acionistas minoritários, não promovem grandes avanços em relação aos demais

⁷¹ BANCO DO BRASIL. **Novo Mercado**. Disponível em: <<https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/relacoes-com-investidores/governanca-corporativa/bm&fbovespa-novo-mercado#/>> Acesso em: 17 de out. 2018.

interesses envolvidos, razão pela qual não atendem satisfatoriamente, por si só, o Princípio da Função Social da Empresa.

Para auxílio da compreensão das exigências do Princípio da Função Social da Empresa em relação às Sociedades Abertas, elenca-se no item seguinte uma classificação das dimensões dessa função social, considerando-se a espécie societária em comento.

2.4 Classificação das dimensões da Função Social da Sociedade Anônimas Aberta

A classificação é um método do conhecimento que se justifica pela sua utilidade prática ou teórica⁷², uma vez que ajuda a ordenar aquilo que é conhecido viabilizando uma racionalização doutrinária acerca de determinado tema⁷³.

Por conseguinte, haja vista que o exercício da empresa pelas Sociedades Anônimas Abertas importa para os interesses de diversos agentes, além dos próprios acionistas, propõe-se uma classificação desses efeitos à luz da Função Social da Empresa.

2.4.1 Quanto ao âmbito de atuação da Sociedade Anônimas

Victor Biccás Massoli ao analisar a doutrina concernente ao tema, verificou que os autores se dividem entre aqueles que defendem que a Função Social impõe o exercício da empresa em benefício dos acionistas (*shareholders*), “vez que a função precípua da empresa é a geração de lucro⁷⁴”; e aqueles que entendem que o referido princípio obriga a sociedade ao atendimento dos

⁷² NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 105

⁷³ MAIA, Gretha Leite. **O estudante do Direito e as Classificações da Norma Jurídica: Uma ferramenta mal utilizada**. Publica Direito. In: Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA, 22., 2013, Curitiba. Recurso eletrônico *on-line* Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos, Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 291-306.

⁷⁴ MASSOLI, Victor Biccás. **Função Social da Empresa: Aspectos Relevantes**. AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA, XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA., 2015, p. 454 a 469. p. 462

interesses de todos os envolvidos no exercício da atividade econômica, incluindo os dos empregados, da comunidade em que atua, dos consumidores e dos credores (*stakeholders*)⁷⁵.

Por estas óticas, verifica-se que a Função Social da Empresa impõe limites e deveres às Sociedades Anônimas Abertas tanto no plano interno, de forma a balancear os diversos interesses envolvidos dentro da Companhia, referentes aos acionistas e aos empregados, por exemplo; quanto no plano externo, de forma a atender expectativas justas da comunidade em que a Companhia atue, envolvendo os consumidores, Estado e outros agentes econômicos.

Portanto, é possível classificar as dimensões do Princípio da Função Social da Empresa em **interna** e **externa**, de acordo com o âmbito de atuação.

2.4.1.1 Dimensão Interna

O Princípio da Função Social da Empresa impõe a observância dos direitos dos acionistas minoritários, que devem ser resguardados contra abusos de poder de controle. Por outro lado, os acionistas controladores também devem ter seus direitos e interesses reconhecidos diante de suas posições de sócios.

Isso porque a Constituição de 1988 consagra o princípio da livre iniciativa, bem como o direito de propriedade, que abrange aquela sobre os meios de produção e dos montantes investidos em ações e outros valores mobiliários.

Ademais, não se trata apenas de resguardar os interesses privados dos acionistas, mas, igualmente, de garantir, no caso das Companhias Abertas, a idoneidade do mercado de capitais e a proteção da poupança popular investida em ações. Trata-se de proteger interesses relevantes para a economia popular.

Por outro lado, a proteção aos direitos e interesses dos acionistas desempenha um papel de estímulo ao investimento e à manutenção da empresa, o que se constitui em um pressuposto ao atendimento dos demais interesses envolvidos, como leciona Ana Frazão⁷⁶.

⁷⁵ Ibidem, p. 464

⁷⁶ FRAZÃO, Ana. Ob. cit., p. 219

Por essas visões que justificam a proteção aos interesses e direitos das diversas classes de acionistas é notável a importante influência do Contratualismo em suas vertentes mais modernas.

Os interesses dos acionistas também devem ser harmonizados com os direitos e interesses dos empregados. Isso porque é um dos princípios da Ordem Econômica que a empresa seja exercida de acordo com a busca do pleno emprego e dos ditames da justiça social.

Assim, a Função Social da Empresa, em sua dimensão interna, alia-se ao Institucionalismo Organizativo e enseja a democratização dos centros de decisão dentro das Sociedades Anônimas para que questões relevantes para os empregados sejam decididas também em favor dos mesmos.

Finalmente, a dimensão interna do princípio da Função Social da Empresa também se aproxima do Institucionalismo na relevância que este dá ao aspecto funcional da empresa. Assim, o princípio também impõe que se preze pela permanência da atividade econômica que, como dito alhures, é pressuposto para que os demais interesses, inclusive externos à empresa, sejam atendidos; o que enseja um balanceamento entre os interesses internos envolvidos e aquilo que é importante para a continuidade sadia da atividade econômica.

2.4.1.2 Dimensão Externa

A atuação estatal se justifica pela necessidade de garantia da efetividade de Direitos Fundamentais dos governados. Assim, a dimensão externa da Função Social da Empresa impõe que a Sociedade Anônima Aberta exerça suas atividades em consonância com os ditames legais e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes no art. 3º da Carta Magna.

A dimensão externa também exige que a Sociedade Anônima atue de forma socialmente responsável em relação à coletividade. Assim, como já prevê a

Constituição de 1988, a empresa deve ser exercida sem que haja o sacrifício do meio ambiente equilibrado, que é bem uso coletivo e necessário à vida digna⁷⁷.

A Sociedade Anônima igualmente deve manter procedimentos internos éticos de forma a garantir que os consumidores tenham acesso a produtos de qualidade.

A atuação em benefício dos consumidores também se projeta na preservação da livre concorrência, que impõe às Sociedades Anônimas que estas não busquem vantagens competitivas injustas em relação aos demais agentes econômicos, sob pena de aviltamento do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa.

A dimensão externa da Função Social da Empresa, em relação às Companhias Abertas também se observa na exigência de que estas adotem boas práticas de governança corporativa, observando os pilares da Transparência, da Equidade, da Prestação de Contas e da Responsabilidade Corporativa, para garantir o bom desenvolvimento do Mercado de capitais, considerando-se a importância deste para o desenvolvimento econômico do país.

2.4.2 Quanto às Finalidades Sociais

Este critério considera que a dimensão que conforma a execução da causa imediata pelas Sociedades Anônimas Abertas ao Princípio da Função Social da Empresa, denomina-se **Dimensão Primária**, e aquela que conforma consecução da causa mediata, **Dimensão Secundária**.

2.4.2.1 Dimensão Primária

⁷⁷ BARACHO, Hertha Urquiza; CECATO, Maria Aurea Baroni. Da Função Social da Empresa à Responsabilidade Social: Reflexos na Comunidade e no Meio Ambiente. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito e Desenvolvimento Sustentável**. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE), v.7, n. 2, 2016, p. 114-128, jun. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/320>> Acesso em: 16 de out. 2018.

A formação das Sociedades Anônimas tem por escopo a execução de atividades lucrativas que demandam altas somas de capital investido. Dessa forma, verifica-se que a causa imediata a ser buscada pela Companhia é a consecução do objeto social⁷⁸. Este se trata “do ramo da atividade econômica em que a sociedade atuará para buscar lucros a serem divididos entre seus acionistas”⁷⁹.

Em relação às Sociedades Anônimas, nos termos do art. 982, parágrafo único, do Código Civil de 2002, estas serão sempre empresárias, “independentemente de seu objeto social”. Isso porque o objeto social das Companhias apenas podem ser “empresa de fim lucrativo”, de acordo com o art. 2º, *caput*, da Lei n.º 6.404/76.

Dessa forma, a Dimensão Primária do Princípio da Função Social da Empresa impõe que a Companhia execute o seu objeto social em observância aos direitos trabalhistas, à eticidade e sustentabilidade dos procedimentos de produção e circulação de bens.

Essa dimensão pode ser vista no Código de Governança Corporativa para Companhias Abertas, do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, o qual recomenda que as Companhias adotem programas de integridade e de gerenciamento de riscos, de maneira a mitigar as possibilidades de desatendimento aos ditames legais no exercício da empresa.

2.4.2.2 Dimensão Secundária

A consecução do objeto social pela Sociedade Anônima, por sua vez, tem por finalidade gerar lucros a serem divididos entre os acionistas. Eis a causa remota, ou mediata, que leva à reunião dos mesmos, em sociedade, em torno do objeto social.

⁷⁸ FRAZÃO, Ana. Ob. cit., p. 65

⁷⁹ LORIA, Eli; MENDES, Helio Rubens de Oliveira. A Utilidade do conceito do Objeto Social na disciplina das Sociedades Anônimas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 61, p. 191 – 241, Jul - Set de 2013. p. 4

Também aqui deve ser observado o Princípio da Função Social, em sua dimensão secundária. É secundária pois para sua observância, impõe-se o pressuposto da consecução de forma justa do objeto social.

Assim, a dimensão secundária da Função Social da Empresa impõe o balanceamento dos diversos interesses que se projetam sobre a atividade econômica exercida, levando em conta o que é importante tanto para os acionistas atuais, quanto para os acionistas futuros e incertos (investidores), bem como dos empregados, consumidores e da comunidade em que a Companhia atua.

Observa-se que essa dimensão se relaciona intimamente com o caráter eminentemente institucional das Sociedades Anônimas Abertas, tanto que os mais elevados padrões de Governança Corporativa, para fins de atração de investidores nos mercados de capitais, levam em conta a forma com a qual a Companhia opera o balanceamento dos interesses envolvidos, principalmente no que diz respeito às diversas classes de acionistas.

2.4.3 Quanto à responsabilização dos Controladores e dos Administradores

Ana Frazão expõe alguns efeitos que o Princípio da Função Social da Empresa exerce sobre a responsabilidade civil dos gestores das Sociedades Anônimas. Da análise de sua obra, é possível identificar três dimensões principais: a ampliativa, a limitadora e a dimensão hermenêutico-integrativa.

A **dimensão limitadora** é reconhecida por Ana Frazão⁸⁰ e é vista em relação ao exercício de diversos direitos pelos controladores, e no desempenho das funções de gestão pelos administradores.

Em relação ao direito de livre iniciativa empresarial, este se torna mais restrito ensejando a responsabilização civil dos administradores e dos controladores quando, no exercício do direito, deixarem de tomar as devidas cautelas *“para a preservação dos iguais direitos dos demais cidadãos e dos*

⁸⁰ FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa**. In: Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Comercial, Edição 1, Julho de 2018. São Paulo: 2018. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>> em 15 out. 2018.

princípios constitucionais”, haja vista que a Função Social da Empresa impõe que a atividade empresarial “*concretize e tutele os interesses constitucionalmente protegidos*”⁸¹.

A **dimensão limitadora** também se apresenta no exercício do direito de voto pelo Controlador, uma vez que este exerce seu poder, mormente, “*no âmbito da assembleia geral*”⁸². Assim, por mais que se reconheça o direito do acionista controlador de defender seus interesses perante a comunidade acionária, a Função Social da Empresa limita esse direito exigindo que seu exercício se dê em harmonia com os direitos e interesses dos demais acionistas, bem como dos interesses de terceiros que “*atualmente se projetam sobre a empresa*”⁸³.

Por sua vez, a **dimensão ampliativa** é tratada por Ana Frazão como a dimensão ativa⁸⁴. Contudo, por se verificar que essa dimensão apenas potencializa diversos deveres dos quais os gestores já são titulares, com a inclusão de terceiros, não integrantes da comunidade acionária, como destinatários, bem como com a ampliação das hipóteses de descumprimento de deveres e violação de direitos que ensejam a responsabilização civil, é que se buscou neste trabalho acentuar o caráter amplificador da Função Social da Empresa em relação aos deveres dos diretores das Sociedades Anônimas.

Na responsabilidade civil extracontratual, cujos pressupostos estão descritos no art. 186, do Código Civil de 2002⁸⁵, a questão da *violação de direito*, por força do Princípio da Função Social da Empresa, deve abranger “*o dano injusto causado a interesses relevantes protegidos pelo ordenamento, ainda que estes nem sempre se ajustem perfeitamente à categoria de direitos subjetivos*”.⁸⁶

Quanto aos deveres funcionais dos administradores, o Princípio da Função Social da Empresa impõe que estes atuem visando o interesse social da Companhia, bem como de terceiros cujos interesses também são afetados pela atividade empresarial, além dos interesses dos acionistas, o que também

⁸¹ FRAZÃO, Ana. Ob. cit., p. 225

⁸² Ibidem, p. 287

⁸³ Ibidem, p. 289

⁸⁴ Idem, 2018.

⁸⁵ Assim dispõe o referido dispositivo legal: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

⁸⁶ FRAZÃO, Ana. Ob. cit., p. 256

representa a prevalência da Teoria Institucionalista, e superação da concepção dos administradores como meros *mandatários* dos acionistas.⁸⁷

A **dimensão ampliativa** divisa-se, igualmente, na ampliação das hipóteses de voto emulativo. Este se verifica no exercício do voto abusivo, mais especificamente, aquele “*exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas*” (art. 115, da Lei n.º 6.404/76). Assim, pela Função Social da Empresa, “*o voto exercido com o fim exclusivo de causar danos aos empregados, consumidores ou à coletividade como um todo, deverá ser considerado igualmente emulativo*”⁸⁸ para fins de responsabilização do acionista.

Quanto às hipóteses de abuso de poder pelos acionistas controladores, a Função Social da Empresa impõe o reconhecimento da modalidade culposa, sem que seja necessário demonstrar a “*intenção subjetiva*” do agente “*em prejudicar a companhia ou os minoritários*”⁸⁹, e da possibilidade da ocorrência do abuso de poder por omissão, uma vez que a Constituição e a Lei das Sociedades por Ações impõem deveres que, por sua vez, ensejam um dever jurídico de agir do Controlador.⁹⁰

O dever de Lealdade, que pode ser definido, *grosso modo*, como o “*dever de agir no interesse da companhia*”⁹¹, e que se impõe aos gestores da Companhia, foi ampliado para abranger, como destinatários “*todos aqueles que, de forma contratual ou não, estão sujeitos aos efeitos e externalidades da atividade empresarial*”⁹².

A **dimensão ampliativa** também de observa na extensão do dever de diligência, o qual se define pelo dever de empregar o cuidado e a diligência do “*comerciante ordenado e consciencioso*”⁹³ no atendimento ao interesse da companhia. Assim, o dever de diligência deve ser exercido de forma a evitar excessos na gestão das atividades econômicas, para que sejam afastadas ações

⁸⁷ Ibidem, p. 293

⁸⁸ Ibidem, p. 319-320

⁸⁹ Ana Frazão (2011, p. 329) cita trecho de acórdão no RESP 798264, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, para demonstrar que a modalidade culposa do abuso de poder pelo Controlador já é reconhecida pela jurisprudência do STJ.

⁹⁰ Ibidem, p. 329

⁹¹ Ibidem, p. 174

⁹² Ibidem, p. 344

⁹³ Ibidem, p. 351

vantajosas “*para a Sociedade e os acionistas sempre que trouxerem danos desproporcionais a outros grupos envolvidos*”⁹⁴.

A **dimensão hermenêutico-integrativa** do Princípio da Função Social da Empresa ganha especial relevo nas Sociedades Anônimas Abertas em razão do seu caráter institucional, e da quase inexistente distinção entre o que é de interesse público ou privado. Assim, essa dimensão propõe a harmonização das visões contratualistas e institucionalistas e impõe que as cláusulas gerais referentes à atuação dos gestores (dever de lealdade, de cuidado e de diligência) devem ser interpretadas de acordo com os princípios constitucionais da ordem econômica⁹⁵.

⁹⁴ Ibidem, p. 363

⁹⁵ Idem, 2018.

3. A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE EXERCER EMPRESA PELAS SOCIEDADES ANÔNIMAS ABERTAS

3.1 A Constitucionalização do Direito

Transformações ocorridas ao longo do século XX resultaram em diversas mudanças de paradigmas que repercutiram no direito. O Neoconstitucionalismo, surgido em um contexto de crise de legitimidade da atuação do Estado, proporcionou o que se convencionou chamar de constitucionalização do direito.

O constitucionalismo não teve sua origem apenas no século XX, apesar de nele ter se consolidado.⁹⁶ Conceituando o Constitucionalismo como a “*limitação do poder e supremacia da lei*”, Luís Roberto Barroso aduz que suas origens remontam à Antiguidade Clássica, quando do surgimento da ideia de “*governo de leis, e não de homens*”, em Atenas.⁹⁷

Contudo, o constitucionalismo como o conhecemos atualmente surgiu de um caso emblemático (*Marbury versus Madison*, 1803) julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual ela avocou para si o papel de intérprete e guardião da Constituição Americana, bem como estabeleceu o princípio da supremacia da Constituição, podendo o Judiciário invalidar os atos de qualquer um dos três poderes que violassem os seus comandos.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, aquelas nações cuja história havia sido marcada por governos totalitários, principalmente, editaram Constituições que traziam uma visão mais humanista e solidária do direito⁹⁸. Todavia, os ideais constitucionais colidiam com as normas de direito privado, as quais ainda sustentavam o princípio da autonomia da vontade, prezando pelo individualismo dos interesses privados.

⁹⁶ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 251.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. Editora Saraiva, 2010. p. 15.

⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. In: *Direito Civil Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 11

Houve, então, uma reconstitucionalização da Europa, sendo que o constitucionalismo que surgia exigia que a Constituição ocupasse o seu lugar de lei superior, à qual todo o ordenamento jurídico deveria se conformar. As instituições que antes gravitavam em torno das leis civis, agora tinham que ser validadas pela Constituições, pelos princípios por ela adotados.

O Neoconstitucionalismo é marcado pela corrente filosófica do pós-positivismo, que, resultando da junção do jusnaturalismo e do positivismo, visa uma aproximação do Direito com a Filosofia⁹⁹. O jusnaturalismo, ao buscar uma ideia universal válida de justiça, foi rejeitado por não ter um caráter científico. Por outro lado, mesmo em sua ciência e rigor metodológico, reduzindo o Direito à lei, o positivismo fracassou frente às práticas do Nazismo e do Fascismo, no século XX, cobertas pelo manto da legalidade.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso ensina que o *“pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”*¹⁰⁰.

Assim, as cartas constitucionais originadas nos países após o fim da Segunda Guerra Mundial, passaram a ser vistas como o direito posto que encerrava os valores e objetivos que a sociedade deveria buscar; para além de uma norma sobre as demais normas do ordenamento, a Constituição passou a ser vista como a fonte de legitimação para os atos não só do poder legislativo, mas, também, do executivo e do judiciário, bem como dos particulares.

Um dos primeiros avanços do Neoconstitucionalismo, portanto, foi a atribuição de *status* de norma jurídica, com força vinculativa à Constituição¹⁰¹. Em seguida, na década de 40, adotando-se o modelo constitucional americano, reconheceu-se a supremacia da Constituição o que fez com que ocorresse uma expansão da jurisdição constitucional¹⁰². Uma vez reconhecida a supremacia dos direitos fundamentais constitucionalizados, fazia-se necessário pôr esses direitos à salvo do processo político, sendo resguardados por tribunais constitucionais ou

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Themis: revista da ESMEC, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016, p. 6

¹⁰⁰ Ibidem, p. 6

¹⁰¹ Ibidem, p. 7.

¹⁰² Ibidem, p. 8.

pelo Poder Judiciário, consoante o sistema de jurisdição constitucional adotado em cada país¹⁰³.

O desenvolvimento social e histórico provocou nos governados um “sentimento de direito”. Não se aceitava mais a redução do direito à norma, à legalidade estrita. Dessa forma, aos direitos fundamentais é dada uma força contramajoritária e o reconhecimento de que são preexistentes ao Estado, no sentido de que cada indivíduo é dotado de capacidade e vontade jurídica. Assim, os direitos fundamentais positivados nas constituições se tornaram parâmetro para medir a legalidade substancial de todo o ordenamento.

É neste cenário que se desenvolve a constitucionalização do direito que consiste na Constituição definindo as bases principiológicas de todo o direito, e que, por sua vez, forneceu uma releitura da divisão clássica das fontes do direito, e eclipsou a linha divisória entre direito público e privado.

A superação da divisão clássica entre o direito público e privado é vista mais claramente em relação aos direitos fundamentais. Estes podem ser conceituados, *grosso modo*, como os direitos humanos positivados nas normas internas de cada país. Assim, com a Constitucionalização do direito, a defesa dos direitos fundamentais presentes na Constituição não reconhece barreiras impostas pelo direito privado, tampouco esses direitos podem ser sacrificados em nome da supremacia do interesse público. A própria instituição do Estado passou a ter sua razão de ser na garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a atuação do Poder Público volta-se para o bem, não só da maioria, mas, também do indivíduo.

A constitucionalização do Direito é interpretada por teóricos, como Cassio Cavali, como uma das manifestações da publicização do direito, haja vista que as constituições passaram a conter normas sobre relações privadas, bem como o direito privado passou a ser interpretado conforme as cartas constitucionais.

Cavali reconhece, ainda, que as teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais perante particulares convergem para a adoção da teoria da eficácia direta (imediata), segundo a qual, os direitos fundamentais vinculam o Estado e os particulares, aceitando-se, no entanto, que a forma de vinculação deverá

¹⁰³ Ibidem, p. 8

observar a finalidade da norma, adotando *modus vinculandi* distinto em cada caso¹⁰⁴.

Contudo, ainda que se reconheça que a concretização do interesse público possa acarretar a garantia de alguns direitos fundamentais, a ideia de que a constitucionalização do direito privado é apenas uma das faces da publicização leva a crer que a constituição visa proteger os interesses do Estado, quando, na verdade, ela busca resguardar os direitos individuais, pondo-os à salvo mesmo do processo político e das vontades da maioria. E, mesmo com o passar das décadas, a constituição não perdeu o seu caráter limitador do poder, seja do Estado, seja dos particulares.

Considerando que os princípios constitucionais se irradiam por todo o ordenamento jurídico, bem como que a constitucionalização não se confunde com a publicização do direito, é necessário compreender como o constitucionalismo da República Federativa do Brasil se reflete sobre o ordenamento jurídico.

Consoante as lições de Daniel Sarmento, o que se apresenta no Brasil é um constitucionalismo social centrado, não apenas no direito positivo e nas liberdades individuais, mas, também, nos ditames da justiça e do bem-estar social, conforme as condições e demandas concretas da sociedade. O Estado existe pelos direitos fundamentais e deve resguardá-los, seja por meio da publicização ou da não intervenção nas relações privadas, o que deve prevalecer é a Constituição.

O constitucionalismo social, defendido por Daniel Sarmento, diz respeito à adoção de normas constitucionais que tenham por escopo a garantia de liberdade e dignidade também aos desfavorecidos, conciliando os principais valores do liberalismo (garantia dos direitos individuais e a limitação do poder), com a “*busca da justiça social e do bem-estar coletivo*”¹⁰⁵.

A realidade do constitucionalismo social adotado no Brasil está intimamente ligada à acolhida do regime de Estado Democrático de Direito pela Constituição da República, de 1988, em seu art. 1º; esta buscou a concretização

¹⁰⁴ CAVALLI, Cássio Machado. **O movimento de publicização e constitucionalização do direito privado**. In: CAVALLI, Cássio Machado. *Direito Comercial: Passado, presente e futuro*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012. p. 212-213.

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 62.

daquele com o estabelecimento de objetivos fundamentais, que, por sua vez, devem condicionar as condutas do Poder Público e dos particulares.

Tendo em vista os fins deste trabalho, é imperioso analisar as implicações do Estado Democrático Constitucional de Direito para o direito de empresa no Brasil, o que se fará a seguir.

3.2 A Função Social da Sociedade Empresária no Novo Paradigma Constitucional

O Estado é a forma política da sociedade que abrange, por sua vez, diversas sociedades às quais precisam ser limitadas pelo poder do Estado, bem como seus indivíduos disciplinados por este¹⁰⁶. Para tanto é que serve o poder político.

Segundo Darcy Azambuja, o poder político tem por objetivo, ou “*causa final*”, “*manter a ordem, assegurar a defesa e promover o bem-estar da sociedade; é realizar enfim o bem público*”¹⁰⁷. O jurista aduz, ainda, que a legitimação do poder político consiste em sua necessidade e naturalidade, bem como a sua justificação no fato de que “*ele não pode deixar de existir sem que a sociedade pereça*”¹⁰⁸, e complementa:

Longe de diminuir, o progresso da civilização aumenta a necessidade do poder organizado, porque as atividades dos indivíduos e das associações se multiplicam, multiplicando os pontos de atrito e os motivos de choque. Sem uma autoridade que vele pelo bem geral, que proceda impessoalmente e conforme as regras aceitas por todos, a ignorância, o egoísmo, a indiferença, a maldade transformariam a vida social num inferno, onde a morte seria o menor mal e a única libertação.¹⁰⁹

¹⁰⁶ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. Globo Livros, 2008. p. 48

¹⁰⁷ Ibidem, p. 95

¹⁰⁸ Ibidem, p. 95

¹⁰⁹ Ibidem., p. 95-96

Partindo desses pressupostos, verifica-se que as relações econômicas também se incluem no espectro de ingerência do poder político. Relativo a isso, Israel Batista França Junior¹¹⁰ expõe:

Bittar (2016, p. 132) afirma que “a economia não se realiza e não se pratica alijada da ordem de valores, porque o homem não está para a economia, porém a economia está para o homem”. No entanto, em economias reificadas o homem serve ao dinheiro, onde há esbanjamento ao lado de desigualdades e miséria, por isso deve haver limites impostos ao setor econômico, assim como princípios, regras e fins a serem atingidos, conforme determinações no texto constitucional.

Um dos significados para a noção de mercado, trazido por João Luis Nogueira Matias, em sua tese de doutorado, é a de um “conjunto de institutos jurídicos que garantem as trocas, ou seja, instituição, espaço social”¹¹¹. Nesse sentido, o autor explica que, embora o mercado tenha regras próprias, “não é inteiramente auto-regulado” e “sempre está vinculado aos valores maiores da ordem jurídica em que se situa”. A própria concepção de Estado Liberal é uma “forma específica de interferência”, segundo o autor, que reflete os valores que determinada forma de estado preza, no caso, a liberdade, muitas vezes, em detrimento da igualdade e da justiça social.

Visto que as relações econômicas devem ocorrer com a observância aos princípios maiores defendidos pelo Estado, adotados por todos, resta elucidar como a empresa deve ser exercida no Brasil, tendo em vista os princípios constitucionais e o Estado Democrático Constitucional de Direito que conformam a ordem econômica.

Para José Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito consiste nos valores democráticos sendo irradiados por todos os elementos que o constituem, e a democracia a ser realizada seria proporcionada pela garantia das condições

¹¹⁰ FRANÇA JÚNIOR, Israel Batista. **A responsabilidade social e econômica da sociedade empresária na perspectiva da justiça distributiva de John Rawls**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Sergipe. 2017.p. 33

¹¹¹ MATIAS, João Luis Nogueira. **Op. cit.**, p. 19

que possibilitem a efetiva participação de todo o povo na construção de um “Estado de justiça social”¹¹².

Por sua vez, a democracia surge como possível solução ao conflito entre liberdade e igualdade¹¹³, sendo estes os dois valores principais que a inspiram¹¹⁴.

Darcy Azambuja afirma que a partir do início do século XX, quando os intelectuais empreenderam a tentativa de “*estudá-la imparcialmente*”,

(...) quase todos admitiram que a Democracia é um sistema de técnicas políticas e de valores que pode dar, senão a solução, o processo adequado para a solução pacífica e racional dos problemas sociais, o ambiente ótimo para o desenvolvimento da pessoa humana, as condições indispensáveis às relações fraternais entre os povos.¹¹⁵

Consoante os valiosos comentários de Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes¹¹⁶ à Constituição Brasileira de 1988, não se tratando meramente de o Estado proporcionar as condições para que os cidadãos vivam suas vidas com dignidade, o Estado Democrático de Direito busca transformar a realidade incentivando a participação de todos na construção de “*um projeto de sociedade*”, “*onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência*”.

Dessa forma, ao qualificar a República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 explicitou que os valores nela democraticamente inseridos deveriam ser realizados, buscando a “*conciliação entre melhor qualidade de vida para todos e preservação das liberdades individuais*”¹¹⁷.

Entre os princípios constitucionais que devem subordinar a atuação do estado, destacam-se os fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º,

¹¹² DA SILVA, José Afonso. **O estado democrático de direito**. Revista de direito administrativo, v. 173, p. 15-24, 1988. p. 21-22

¹¹³ MATIAS, João Luis Nogueira. Ob. cit.p.36

¹¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 38ª edição, rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95

¹¹⁵ AZAMBUJA, Darcy. Ob. cit., p. 311

¹¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva-Almedina-IDP, 2013. p. 232

¹¹⁷ MATIAS, João Luis Nogueira. Ob. cit.p. 36

da CRFB), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

No plano internacional, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 10 de dezembro de 1948, ainda exerce sua influência ao declarar, em seu art. 1º que *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”*.¹¹⁸

A Dignidade da Pessoa Humana, enquanto fundamento do Estado, evidencia que este deve existir em função da pessoa humana, condiciona a atuação estatal e norteia o intérprete na leitura dos demais princípios constitucionais, bem como das normas infraconstitucionais.¹¹⁹

Tal qual leciona Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁰, podem-se divisar diversas dimensões da ideia de dignidade da pessoa humana, entre as quais destacam-se a ontológica e a histórico-cultural. A dimensão ontológica significa que a dignidade é inerente e natural ao ser humano. Por outro lado, a dimensão histórico-cultural deixa evidente que a dignidade não pode ser vista de forma dissociada do aspecto social do ser humano, implicando na compreensão de que aquela é *“fruto do trabalho de diversas gerações da humanidade”*, bem como de que apenas tem sentido

em função da intersubjetividade que caracteriza as relações humanas, cuidando-se, nesta perspectiva, do valor intrínseco atribuído à pessoa pela comunidade de pessoas e no correspondente reconhecimento de deveres e direitos fundamentais. (p. 255)

O jurista também aduz que a dignidade da pessoa humana possui as dimensões negativa, ou defensiva, e positiva, ou prestacional, uma vez que condiciona a atuação do Estado e de particulares que não podem reduzir o indivíduo a um meio para a consecução de finalidades, ao mesmo tempo em que

¹¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Ob. cit., 2013. p. 251

¹¹⁹ Ibidem, p. 254

¹²⁰ Ibidem, p. 255

assumem “*deveres fundamentais*” de guarda e promoção da dignidade de todos¹²¹.

O art. 1º, inciso IV, da CRFB de 1988, por sua vez, estabelece que os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, como fundamentos da República Federativa do Brasil, assim como a dignidade da pessoa humana, foram alçados ao grau de princípios constitucionais conformadores uma vez que desempenham as funções de “*explicitar as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, condensar as opções políticas nucleares e refletir a ideologia dominante da Constituição*”, como leciona Cláudio Mascarenhas Brandão¹²².

É da seguinte forma que Cláudio M. Brandão explicita o que o constituinte quis dizer ao inserir o fundamento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa na CRFB:

Significa afirmar que a atividade do empresário ou do trabalhador, neste caso na escolha da profissão, somente encontrará guarida se for exercida pelo que ela possa conter de socialmente justo, sobretudo diante da inexorável correlação a ser feita com o art. 170, que enumera os princípios fundadores da ordem econômica, entre os quais se inclui, mais uma vez, a valorização do trabalho humano, ao lado da existência digna (para todos e não apenas para o titular do empreendimento econômico); função social da propriedade (compreendida como função social da empresa ou mesmo do exercício da atividade econômica); busca do pleno emprego (ampliação do acesso ao mercado formal); redução das desigualdades (distribuição da riqueza); e justiça social (justiça distributiva).¹²³

De acordo com Ana Paula de Barcelos e Luís Roberto Barroso¹²⁴, a CRFB visa proteger o trabalho e a livre iniciativa pela repercussão social que esses fatores exercem, sendo inevitável a conclusão de que, assim como o trabalho, a livre iniciativa é tutelada constitucionalmente em razão de sua função social. Os autores aduzem, ainda, que a liberdade é “*sempre essencial à dignidade humana em geral*”, e os benefícios que ela traz aos empreendedores repercutem (ou

¹²¹ Ibidem, p. 255-256

¹²² Ibidem, p. 267

¹²³ Ibidem, p. 268

¹²⁴ Ibidem, p. 277

devem repercutir) positivamente na sociedade e no “*desenvolvimento econômico, social, cultural e tecnológico do país e de suas regiões*”.

Assim, é que hoje se protege o direito de exercer a empresa pela importância das atividades econômicas desempenhadas para a comunidade, e não mais pelo simples direito de propriedade ou por um direito inerente ao lucro. Nesse sentido são as lições de Fábio K. Comparato e Calixto S. Filho:

A instituição do Estado Social impôs, no entanto, duas consequências jurídicas da maior importância para a organização das empresas. De um lado, o exercício da atividade empresarial já não se funda na propriedade dos meios produção, mas na qualidade dos objetivos visados pelo agente (justificação teleológica e não pelo título causal); sendo que a ordem jurídica assina aos particulares e, especialmente, aos empresários, a realização obrigatória de objetivos sociais, definidos na Constituição e instrumentados na lei do plano. De outro lado, o lucro, longe de aparecer como o fruto da propriedade do capital, passa a exercer a função de prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresária, obedecidas as finalidades sociais fixadas em lei.¹²⁵

Em relação ao princípio da Liberdade de iniciativa, Fábio Ulhoa Coelho elenca quatro desdobramentos, que são “condições para o funcionamento mais eficiente do modo de produção”¹²⁶, e que, portanto, justificam a proteção da livre iniciativa:

(a) imprescindibilidade, no capitalismo, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos; (b) reconhecimento do lucro como principal fator de motivação da iniciativa privada; (c) importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica do investimento; (d) importância da empresa na geração de postos de trabalho e tributos, bem como no fomento da riqueza local, regional, nacional e global. (p. 83)

¹²⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 365

¹²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, Volume 1: Direito de Empresa**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81

A Constituição de 1988 também prevê, em seu artigo 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais consistem em: (i) *construir uma sociedade livre, justa e solidária*; (ii) *garantir o desenvolvimento nacional*; (iii) *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*, e (iv) *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Consoante os comentários de Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes¹²⁷, os objetivos elencados no texto constitucional representam o fim de assegurar um “*núcleo de modernidade tardia não cumprida*”, condicionando a atuação e a discricionariedade do Poder Público, na execução de políticas públicas.

É importante esclarecer que os fundamentos, bem como os objetivos da República Federativa do Brasil reafirmam o Estado Democrático de Direito no qual se constitui. A CFRB, através de seus princípios, condiciona a atuação estatal e dos agentes privados em nome de um projeto de sociedade democrática, onde o bem de todos seja, ao menos, a finalidade real, e onde as necessidades materiais mínimas sejam atendidas.

É importante, ainda, esclarecer o papel que o princípio da solidariedade social teve para o ajustamento das atividades dos particulares aos princípios do Estado Democrático de Direito.

Existente no plano moral desde tempos muito remotos, e tendo se desenvolvido na esfera política nos últimos dois séculos¹²⁸, o princípio da solidariedade social adentrou a esfera jurídica por meio da ideia de que, sendo impossível a vida humana sem “*inter-relação*”, os indivíduos têm o dever de ajudarem uns aos outros. Dessa forma, os direitos subjetivos se tornam uma forma de poder-dever, que deve ser exercido com vistas a certas finalidades sociais.

O princípio da solidariedade social, portanto, relaciona-se com o princípio democrático, uma vez que busca a realização democrática das liberdades individuais¹²⁹.

¹²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Ob. cit., 2013. p. 310

¹²⁸ MATIAS, João Luis Nogueira. Ob. cit.p. 40

¹²⁹ Ibidem, p. 41

Por sua vez, o cumprimento da função social da empresa é a realização dos princípios democráticos e de solidariedade social, uma vez que a atividade empresarial deve ser exercida considerando-se os interesses jurídicos metaindividuais que também são por ela afetados, tal como leciona Fábio Ulhoa Coelho¹³⁰.

Pelo que foi exposto, é possível corresponder à síntese de Virgínia Afonso de Oliveira Morais da Rocha, quando refere que:

Em resumo, a função social da empresa visa a orientar a atuação do empresário, dos sócios, dos mandatários, dos administradores e dos acionistas controladores, pautando-a por padrões ditados pela boa-fé objetiva, pelo respeito às leis vigentes (tributárias, econômicas, cíveis, empresariais, consumeristas, ambientais, penais) e aos interesses sociais e, ao mesmo tempo, pela geração de emprego, circulação de riqueza e produção de bens e serviços.¹³¹

3.3 Leitura constitucional das normas aplicáveis às Sociedades Anônimas Abertas

O Princípio da Função Social da Empresa, conquanto não esteja expresso no texto constitucional, pode ser depreendido dos demais Princípios Constitucionais, mormente do Fundamento dos Valores Sociais da Livre Iniciativa, da Função Social da Propriedade e dos Princípios que regem a Ordem Econômica, como foi visto.

Assim, as normas aplicáveis às Sociedades Anônimas também devem se conformar aos Princípios Constitucionais, e não apenas aos princípios e conceitos circunscritos às leis aplicáveis às Sociedades por Ações ou ao Mercado de Capitais.

¹³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., p. 88

¹³¹ ROCHA, Virgínia Afonso de Oliveira Morais da. **A função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade penal dos acionistas controladores de sociedades anônimas sob a perspectiva da teoria do domínio do fato**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima. 2014. p. 29

A Constituição traz, pois, unidade ao direito para conformar todas as normas aos seus princípios, de modo que, embora não haja um conceito ou forma de operacionalização das cláusulas gerais relacionadas ao cumprimento da Função Social da Empresa pelos gestores das Companhias Abertas expressos nos diplomas legislativos aplicáveis a estas, de fato há diversos Princípios Constitucionais que devem guiar o intérprete na aplicação destas cláusulas gerais.

Esta é a solução que se depreende das lições de Gustavo Tepedino, quando de suas contribuições acerca da Constitucionalização do Direito Civil:

Não se trata, portanto, de ler a normativa especial através de seus próprios princípios – como se fora um microssistema -, encontrando-se tais preceitos setoriais condicionados, vinculados, instrumentalizados, ao projeto constitucional.¹³²

Por tais razões, é que se busca compreender como a Função Social da Empresa deve ser buscada pelas Companhias Abertas, em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal de 1988.

As Sociedades Anônimas, desde o início, dedicaram-se à exploração de atividades econômicas de grande expressividade, que demandavam elevados investimentos, que quase sempre estavam além das capacidades econômicas dos que se interessavam em empreender.

É inerente às Sociedades por Ações, enquanto instrumentos do capitalismo, que seus objetivos mediatos sejam direcionados à maximização dos ganhos de seus investidores, sem os quais atividades empresariais de grande impacto, inclusive positivos, para a consumidores, fornecedores, empregados, etc., estariam inviabilizadas. Por isso a Função Social da Empresa também se harmoniza com a finalidade lucrativa.¹³³

Ainda assim, há que se reconhecer, em face do que foi exposto nos tópicos anteriores, que a Função Social da Empresa impõe deveres à Sociedade

¹³² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 15

¹³³ FRAZÃO, Ana. Ob. cit., p. 209

Anônima que não é inteiramente livre para exercer a empresa apenas no interesse dos sócios.

Nesse sentido, entende-se que o Princípio da Função Social da Empresa relaciona-se com a visão Institucionalista das Sociedades Anônimas, especialmente, em relação às Companhias Abertas, tal como expõe Ana Frazão:

(...) não é mais o aporte financeiro que determina a quem os administradores devem suas obrigações, mas sim o interesse da sociedade no sucesso da atividade empresarial.

Daí o acerto da observação de Calixto Salomão Filho (2002, p. 31), de que o maior saldo do institucionalismo é destacar que a empresa é uma *“instituição não-redutível ao interesse dos sócios”*. Tal afirmação, que é válida na atualidade para todas as sociedades empresárias, o é com maior razão às companhias abertas, em face do seu caráter marcadamente institucional e *“quase público”*.¹³⁴

Em se reconhecendo que a função social da empresa impõe o atendimento de interesses maiores que transcendem os dos acionistas, uma interpretação constitucional da Lei n.º 6.404/76 determina que haja eficácia no atendimento e respeito aos interesses dos acionistas, dos trabalhadores e da comunidade em que a companhia atua.

Nesse passo, deve-se reconhecer a legitimidade ativa ordinária dos trabalhadores, bem como dos membros da comunidade em que atua a companhia, de contestarem atos dos controladores que venham a afetar seus interesses. Isso porque a própria lei acionária brasileira reconhece, no art. 116, parágrafo único, que outros interesses, que não apenas os dos acionistas devem ser observados no exercício da empresa pelas companhias. Ademais, a capacidade de ser parte é dada a *“qualquer ente ao qual a lei reconheça o menor resquício de direito substancial”*¹³⁵.

Por outro lado, reconhece-se que a Função Social da Empresa, também impõe o atendimento aos direitos e interesses legítimos dos acionistas; estes não devem ser considerados meros funcionários do Estado, com a responsabilidade

¹³⁴ Ibidem, p. 205-206

¹³⁵ DONIZETTI, Elpídio, **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20ª ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 205

de servir aos interesses envolvidos pelo exercício da empresa, haja vida que a Constituição de 1988 também consagra o princípio da Livre Iniciativa e da Dignidade da Pessoa Humana.

As Sociedades Anônimas são o principal instrumento do capitalismo uma vez que surgem e suas atividades se desenvolvem em torno do objetivo de gerar lucro. Assim, o Código Civil de 2002, em seu art. 982, parágrafo único, e a Lei das Sociedades de Capitais, no art. 2º, § 1º, deixam explícito que não importa qual seja o objeto social, as Sociedades Anônimas serão sempre empresárias, tendo sempre por escopo o desenvolvimento de atividades que gerem lucro.

Todavia, isso não deve ensejar a adoção de uma visão meramente contratualista da Companhia, uma vez que nenhuma lei está acima da Constituição, e esta não erige a lucratividade a um princípio da Ordem Econômica, mas consagra, por outro lado, os princípios Justiça e da Função Social da Propriedade¹³⁶.

Assim, em caso de conflito entre a finalidade obter lucro e interesses externos relativos à justiça social, os segundos devem prevalecer, bem como afirmam Fábio K. Comparato e Calixto S. Filho:

(...) a harmonização dos interesses internos e externos à empresa faz-se, naturalmente, no sentido da supremacia dos segundos sobre os primeiros na hipótese de conflito. O direito ao lucro ou à expansão da empresa não é garantido contra os interesses da comunidade local, regional e nacional em que ela se insere; interesses esses não só de ordem econômica (independência tecnológica ou economia cambial, por exemplo), como também de ordem social em sentido amplo (proteção ao meio ambiente, dos interesses dos consumidores, ou do patrimônio cultural).¹³⁷

Em relação às Companhias Abertas, entende-se que a defesa de interesses externos também traz benefícios diretos e indiretos aos interesses internos. Como foi dito no primeiro capítulo, os contratualistas modernos buscaram definir o interesse social como a maximização do valor das ações.

¹³⁶ CAVALCANTI, Humberto Madruga Bezerra. **Função Social e a Concentração Econômica Vertical da Empresa Privada**. Brasília: RDIET, V. 6, nº 1, p. 72-92, Jan-Jun, 2011. p. 84

¹³⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 365

É inegável que quando os gestores das Sociedades conduzem a empresa de forma ética e socialmente responsável, atendendo aos objetivos constitucionais, e às leis infranconstitucionais, mesmo a economia popular é beneficiada, proporcionando muitos potenciais investidores em valores mobiliários, assim como as ações da companhia são valorizadas, em face da boa reputação que passa a usufruir.

Por outro lado, conforme aduz Ana Frazão¹³⁸, ainda em relação às Sociedades Abertas, devem ser atendidas as finalidades das normas que visam a proteção dos acionistas minoritários e dos investidores por ser “*questão social relevante*”, uma vez que isso influi diretamente na “manutenção do mercado de capitais” e na “*proteção da poupança popular investida em ações e demais valores mobiliários*”.

Dessarte, no atendimento à Função Social da Empresa pelas Companhias Abertas é possível visualizar ações que agregam benefícios tanto do ponto de vista dos sócios, quanto da empresa em si. Mas, além de tudo, a interpretação das normas aplicáveis às Sociedades Anônimas impõe também o reconhecimento de interesses de terceiros que devem ser respeitados no exercício da empresa.

É possível, portanto, falar em uma Função Social Constitucional das Sociedades Anônimas, relacionando os princípios constitucionais às especificidades e relevância desse tipo societário.

Princípio da Soberania Nacional. Tendo em vista o recente desenvolvimento do mercado de capitais no Brasil, muitas sociedades empresárias brasileiras têm buscado o aumento do capital social em bolsas de valores no exterior¹³⁹. Assim, verifica-se que muitas empresas em território brasileiro têm sido exercidas e viabilizadas por investidores estrangeiros, evidenciando o fenômeno da “*Globalização Financeira*”¹⁴⁰.

Nesse sentido, a Função Social das Sociedades Anônimas impõe que o exercício da atividade econômica pelas Companhias Abertas observe o Princípio

¹³⁸ FRAZÃO, Ana. Ob. cit., p. 207

¹³⁹ De acordo com Luciano Henrique Fialho Botelho, et. al. (2015, p. 5), a captação de recursos financeiros para o desenvolvimento de empresas brasileiras se dá principalmente na bolsa de valores de Nova York.

¹⁴⁰ A Globalização Financeira pode ser conceituada como a “*interligação de mercados de capitais em escala global, resultando no surgimento de um mercado unificado de investimentos e captação de recursos*” (BOTELHO, et al, 2015, p. 4).

da Soberania Nacional, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, I, da CF/88) e Princípio da Ordem Econômica (art. 170, inciso I). Conseqüentemente, as Sociedades Abertas devem, no exercício da empresa, observar os fins sociais do Estado Brasileiro¹⁴¹, bem como ao seu poder de tributar, consagrados constitucionalmente, ainda que grande parte de seus recursos seja de origem estrangeira. Apenas o Estado Brasileiro possui soberania, e a “*faculdade de autodeterminar-se*”, detendo o poder diretivo sobre a economia e os fins sociais que deve atender.

Ainda sobre o Princípio da Soberania, Maria Conceição Martins Ferreira aduz que:

A inserção da soberania nacional, agora recapitulada na ordem econômica (art. 170, I), destina-se a não deixar uma compreensão estritamente política, garantindo uma posição afirmativa de real independência do Estado brasileiro, preservando, defendendo e desenvolvendo as suas riquezas contra os imperialismos externos. Sem soberania econômica não há Estado.¹⁴²

Princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência. O Princípio da Livre Iniciativa também impõe limitações à atuação da Companhia Aberta, tendo em vista sua Função Social, mormente no que diz respeito à Livre Concorrência.

Segundo Nathalia Masson, o Princípio da Livre Concorrência é um desdobramento do Princípio da Livre Iniciativa. A livre concorrência é a garantia de que os agentes econômicos poderão competir no mercado de forma justa¹⁴³.

Trata-se de um dos princípios da Ordem Econômica Brasileira e é de suma importância para economia de mercado e para o funcionamento do sistema capitalista. Ainda segundo Nathalia Masson, também é o que possibilita a livre iniciativa.

¹⁴¹ Quanto às finalidades a serem buscadas pela República Federativa do Brasil, remetemos o leitor aos comentários acerca dos Objetivos Fundamentais Constitucionais no item 3.2 do presente trabalho.

¹⁴² FERREIRA, Maria Conceição Martins. Princípios Constitucionais da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica (Soberania, Livre Iniciativa e Valor Social do Trabalho). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 25, p. 134 – 168. Out - Dez / 1998. p. 4

¹⁴³ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

Entre as características do mercado sem concorrência, Fabiano Del Masso cita a imposição de produtos e a ausência de investimentos em aprimoramento dos produtos, induzida pela monopolização do mercado¹⁴⁴.

Todavia, pode ocorrer de os agentes econômicos praticarem atos anticoncorrenciais. Conforme leciona Fabiano Del Masso, aqueles, quando competem no mercado ilícitamente, agem com abuso de poder econômico, quando ofendem as “*estruturas de mercado competitivas e eficientes*”¹⁴⁵ que são de interesse público, ou agem com deslealdade, em ofensa a interesse de particulares.

Entre os atos fiscalizados pelo CADE¹⁴⁶, estão os de concentração, que se observa quando uma sociedade empresária se une a outra, seja por questões gerenciais ou por qualquer outro motivo. Assim, ambas obtêm vantagens consistentes no aumento do poder econômico. Este poder pode ser usado de forma lícita ou ilícita, o que pode afetar negativamente as estruturas concorrenciais de mercado, com a formação de *trusts* e cartéis.

Verifica-se, portanto, no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, o dever de comunicar ao CADE, eventuais alterações no controle acionário das companhias abertas, o que já existe como controle preventivo dos atos de concentração econômica, disposto no art. 88, da Lei n.º 12.529/11¹⁴⁷. Por tal via, principalmente, busca-se a submissão das Sociedades Abertas ao Princípio da Livre Concorrência, e o cumprimento de sua Função Social em face do ambiente externo, com a preservação do mercado competitivo em benefício de toda a coletividade.

Princípio da Defesa do Meio Ambiente. As Sociedades Anônimas Abertas também devem atender ao Princípio da Proteção ao Meio Ambiente, que está explícito no art. 170, inciso VI, da Constituição Federal de 1988. Além disso, o art. 225, da CF/88 estabelece o direito fundamental ao meio ambiente

¹⁴⁴ MASSO, Fabiano Del. **Direito Econômico Esquematizado**. 3ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 117.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 232.

¹⁴⁶ Como preceitua Fernando Antônio Alves Oliveira (2014, p. 11), a Lei nº 12.529/2011 que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, criou o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), autarquia federal sob a supervisão do Ministério da Justiça, como órgão executor.

¹⁴⁷ COURA, Lilian Harada. **A defesa da concorrência no Brasil: princípios e contexto histórico**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54085/a-defesa-da-concorrenca-no-brasil-principios-e-contexto-historico/1>> Acesso em 24 de out. 2018.

equilibrado, e o dever do Poder Público e de toda a coletividade de “*defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

Assim, a Função Social das Sociedades Anônimas também exige que estas, no desempenho das atividades que compõem seu objeto social, sigam os princípios de proteção e defesa do meio ambiente, levando em consideração o dever que possui para com toda a coletividade, e que o meio ambiente equilibrado é bem de difícil reparação, exigindo a adoção de medidas preventivas eficientes.

Em relação às Companhias Abertas, essa dimensão da Função Social da Empresa ganha relevo em razão do mercado de capitais e dos próprios investidores. Logo, exige-se, não somente que a Sociedade adote as medidas de proteção ao meio ambiente, mas, também que sejam transparentes quanto aos impactos ambientais que suas atividades econômicas, eventualmente, causarem.¹⁴⁸

Nesse aspecto, a Função Social das Companhias Abertas relaciona-se com a concepção moderna do Contratualismo, considerando-se os interesses e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado dos acionistas futuros e incertos.

Princípio da Busca do Pleno Emprego e da Redução das Desigualdades Sociais. Em relação aos trabalhadores, o cumprimento da Função Social da Empresa pelas Companhias Abertas não exige grandes inovações em relação ao que já se exige dos demais tipos societários e empregadores. Todavia, tendo em vista que a Constituição prevê, em seu art. 7º, inciso XI, a participação dos lucros e resultados da empresa e, “*excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei*”, em relação às Sociedades Anônimas, isso merece ser ponderado.

Quanto à participação de representantes dos trabalhadores nos órgãos de gestão das Sociedades Anônimas, reconhece-se que essa medida não traz

¹⁴⁸ De acordo com Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Cláudio Luiz de Miranda Bastos Filho (2013, p. 8), a competitividade empresarial leva à adoção de medidas para um desenvolvimento sustentável nas Sociedades Anônimas Abertas, o que gera para as mesmas uma vantagem competitiva, inclusive no mercado de ações.

A BM&FBOVESPA lançou em 2005, o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), que se constitui em uma carteira com as ações mais negociadas na Bolsa de Valores, e emitidas por Companhias comprometidas com a sustentabilidade ambiental.

benefícios apenas aos trabalhadores, mas também ao próprio andamento dos negócios, conforme explicita Márlen Pereira Oliveira:

O indiscutível *interesse* dos trabalhadores pelo sucesso de sua sociedade empregadora, que converge com o dos investidores, é a maior evidência de que a conduta dos *managements* deve ser acompanhada por todos, através de um conselho supervisor, que, em nosso direito, é exteriorizado no Conselho de Administração. Os trabalhadores, portanto, gozam de absoluta legitimidade para participarem desse órgão, não só tutelando seus direitos mas, principalmente, compartilhando as decisões e responsabilidades da cúpula administrativa da sociedade.¹⁴⁹

Já foi dito que o direito de exercer a empresa pelas Sociedades Anônimas é tutelado em razão da função que esse direito tem para a coletividade. Assim, uma vez que os trabalhadores têm interesses legítimos no bom andamento dos negócios da sociedade, bem como na qualidade das próprias condições de trabalho, seus interesses podem servir como contrapesos em sede dos órgãos de gestão e supervisão das Companhias Abertas, em face de interesses privados relacionados exclusivamente à maximização do lucro das diversas classes de acionistas, principalmente em face do apela à valorização das ações nas Sociedades Abertas.

Tem-se, portanto, que o regime de *cogestão* se amolda aos Princípios Constitucionais, mormente àqueles dispostos no art. 170, e incisos VII e VIII, relativos à Ordem Econômica:

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:

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Márlen Pereira. A participação de Representantes dos Empregados nos Conselhos de Administração. 2016, p. 3. Disponível em: <http://www.ombadvocacia.com.br/wp-content/uploads/2016/05/artigo_participacao_representantes_empregados_-conselhos_-administracao_oliveira_marques_benfica_advogados.pdf> Acesso em 26 de out. 2018.

Por outro lado, a participação dos empregados nos lucros e resultados das Sociedades Anônimas Abertas esbarra, principalmente, no seu escopo lucrativo e na sua natureza de sociedade de capital, pois as Sociedades Anônimas se constituem em torno de objeto lucrativo, viabilizadas pelos recursos investidos, quase que unicamente, pela esperança de retorno na forma de dividendos.

Caso seja instituído, de forma não cautelosa, o direito dos empregados à participação nos lucros e resultados das Companhias Abertas, a própria atividade empresarial pode ser comprometida, em prejuízo dos próprios trabalhadores e da comunidade, haja vista o desestímulo ao investimento nas ações que pode ser gerado por uma excessiva limitação dos dividendos.

Por outro lado, embora o constituinte originário não tenha imposto a adoção da representação dos trabalhadores no âmbito do Conselho de Administração, de forma expressa, às sociedades empresárias, a partir da leitura funcional do direito de exercer a empresa pelas Companhias Abertas, é possível depreender que a obrigatoriedade de estas adotarem a participação de representantes de seus empregados no Conselho de Administração é medida que mais se coaduna com as normas e princípios constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Sociedade Anônima de Capital Aberto é considerada o principal instrumento ao exercício da Grande Empresa, tendo em vista a capacidade de captar recursos de grande número de investidores, e de limitar os riscos do empreendimento ao preço de subscrição das ações. Assim, os objetivos dos empreendedores aliam-se à busca dos investidores pelos ganhos na forma de dividendos.

Nesse sentido, tendo em vista sua importância social e econômica, este trabalho teve a finalidade de identificar como o Princípio da Função Social da Empresa condiciona a atuação das Sociedades Anônimas Abertas.

Foram apresentadas as Teorias Institucionalista e Contratualista acerca do interesse social. Este se caracteriza pela finalidade principal a ser buscada pela Sociedade, que seria alcançada por meio da consecução do objeto social. Ambas as teorias se desenvolveram ao longo do tempo de modo a reconhecerem que, principalmente no âmbito das Sociedades Anônimas de Capital Aberto, tendo em vista o caráter institucional das mesmas, devem ser buscados os interesses das diversas classes de acionistas, dos acionistas futuros e incertos, dos trabalhadores, da própria empresa e, também, do Estado, haja vista a relação estreita com o mercado de capitais.

No entanto, embora tenham contribuído para que o interesse social não mais se restringisse ao dos acionistas, nem mesmo o Institucionalismo Organizativo apresenta, por si só, uma solução satisfatória às dificuldades de se operacionalizar a Função Social das Sociedades Anônimas Abertas.

No segundo capítulo observou-se que, embora a Responsabilidade Civil dos Gestores possa ser utilizada para garantir uma boa gestão das Companhias Abertas, ainda se deve ser vista com cautela, principalmente em face da possibilidade de os administradores transmitirem à Sociedade os riscos da gestão, o que leva à majoração dos preços dos produtos finais, onerando o consumidor, e gerando efeitos perversos do ponto de vista da justiça distributiva.

Também se mostrou que a Lei n.º 6.404/76 não traz grandes avanços quanto à defesa de interesses de terceiros, uma vez que expõe apenas

faculdades à Sociedade de adotarem ou não o regime de “*cogestão*”, ou de realizarem atos gratuitos em benefício da comunidade e dos trabalhadores, tendo em vista sua Responsabilidade Social.

Todavia, observou-se que não se impõe, no ordenamento pátrio, como condição à realização desses atos gratuitos, que estes gerem benefícios diretos ou indiretos à Companhia, distinguindo-se da Teoria da Responsabilidade Social no direito estadunidense.

Quanto à Governança Corporativa e ao Novo Mercado, viu-se que são mecanismos importantes para garantir a boa gestão e a transparência diante do mercado de capitais, bem como a proteção aos direitos dos acionistas minoritários. Contudo, não avançam significativamente em relação à defesa dos direitos dos não acionistas e não investidores.

Apresentou-se uma classificação das dimensões da Função Social da Sociedade Anônima, pelos critérios do Âmbito de Atuação, das Finalidades Sociais e da Responsabilização dos Gestores. Com isso buscou-se demonstrar que as Companhias Abertas possuem esferas de aplicação da Função Social da Empresa, que devem ser consideradas em um estudo do tema.

No terceiro capítulo desenvolveu-se o conceito de Função Social da Empresa, por meio da exposição do fenômeno da Constitucionalização do Direito, o que também abrangeu o Direito Empresarial e as disposições aplicáveis às Companhias Abertas.

Dessa forma, a Constituição da República de 1988 traz Princípios e finalidades que devem ser buscadas, não só pela a atuação estatal, mas, igualmente, pelos particulares. Viu-se, portanto, que as Sociedades Empresárias têm direitos e deveres perante o Estado e a comunidade em que atua, e deve buscar atender aos objetivos e aos direitos fundamentais, bem como aos Princípios que devem reger a Ordem Econômica.

No que respeita às Sociedades Anônimas de Capital Aberto, buscou-se identificar na Constituição da República, de 1988, prescrições que se relacionassem com as particularidades do tipo societário em estudo, tendo em vista sua Função Social.

Viu-se que o Princípio da Soberania Nacional condiciona a atuação das Companhias Abertas, em face da possibilidade de terem recursos de origem

estrangeira investidos nas mesmas, de forma que não se oponham como um poder em face do Estado e dos objetivos fundamentais que o constituem.

O Princípio da Livre Iniciativa diz respeito ao direito de exercer a empresa, pela Companhia Aberta, ao mesmo tempo em que condiciona o desenvolvimento destas, gerando para a Comissão de Valores Mobiliários o dever de comunicar aos órgãos de defesa da Livre Concorrência, que é Princípio que possibilita a Livre Iniciativa, alterações no controle acionário da Companhia.

O Princípio da Defesa do Meio Ambiente impõe que as Sociedades Anônimas desenvolvam suas atividades econômicas de forma sustentável, reduzindo as externalidades no meio ambiente. Também impõe a transparência em face do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado que também é do interesse dos acionistas futuros e incertos.

Por fim, diante dos Princípios da Busca do Pleno Emprego e da Redução das Desigualdades Sociais, a Função Social da Empresa demanda que seja adotado pelas Companhias Abertas a representação dos trabalhadores no Conselho de Administração, de forma a democratizar a gestão e garantir o atendimento a interesses legítimos dos empregados.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A Função Social da Empresa: Sustentabilidade Ambiental como Diferencial Competitivo entre as Companhias Abertas**. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE, 2013, São Paulo. Recurso eletrônico *on-line*. Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do Direito na contemporaneidade, Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 186-212.

ANGARITA, Antônio; DONAGGIO, Angela; SICA, Ligia P. Pires Pinto; GIL, Guilherme Bardini. **A Sociedade Anônima e a Democracia na América do Sul: regulação e governança corporativa** [Recurso eletrônico] – São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. Globo Livros, 2008.

BANCO DO BRASIL. **Novo Mercado**. Disponível em: <[https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/relacoes-com-investidores/governanca-corporativa/bm&fbovespa-novo-mercado#/> Acesso em: 17 de out. 2018.](https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/relacoes-com-investidores/governanca-corporativa/bm&fbovespa-novo-mercado#/)

BARACHO, Hertha Urquiza; CECATO, Maria Aurea Baroni. Da Função Social da Empresa à Responsabilidade Social: Reflexos na Comunidade e no Meio Ambiente. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito e Desenvolvimento Sustentável**. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE), v.7, n. 2, 2016, p. 114-128, jun. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/320>> Acesso em: 16 de out. 2018.

BARRETO FILHO, Oscar. Novos rumos para a sociedade anônima. As empresas no contexto social. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, v. 66, p. 161-174, 1971.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. Editora Saraiva, 2010. p. 15.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Themis: revista da ESMEC, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.

BOTELHO, Luciano Henrique Fialho; et al. **Globalização Financeira e Governança Corporativa: Práticas das Companhias Brasileiras Atuantes na Bolsa de Valores de Nova York**. In: XII Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia / AEDB 2015, Resende: AEDB, 2015.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 set. 2018.

CAVALCANTI, Humberto Madruga Bezerra. **Função Social e a Concentração Econômica Vertical da Empresa Privada.** Brasília: RDIET, V. 6, nº 1, p. 72-92, Jan-Jun, 2011.

CAVALLI, Cássio Machado. **O movimento de publicização e constitucionalização do direito privado.** In: CAVALLI, Cássio Machado. *Direito Comercial: Passado, presente e futuro.* Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva-Almedina-IDP, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, Volume 1: Direito de Empresa.** 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Comercial, Volume 2: Direito de Empresa.** 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo: civilização e poder.** estudos avançados, v. 25, n. 72, p. 251-276, 2011.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

CORTEZ, Mariane; ORCINI, Estêvão; ASSUNÇÃO, Beatriz. **O Código Brasileiro de Governança Corporativa para Companhias Abertas.** Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2017/01/23/o-codigo-brasileiro-de-governanca-corporativa-para-companhias-abertas/>> Acesso em: 17 de out. 2018.

COURA, Lilian Harada. **A defesa da concorrência no Brasil: princípios e contexto histórico.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54085/a-defesa-da-concorrenca-no-brasil-principios-e-contexto-historico/1>> Acesso em 24 de out. 2018.

DA SILVA, José Afonso. **O estado democrático de direito.** Revista de direito administrativo, v. 173, p. 15-24, 1988.

DE OLIVEIRA, Daniele de Lima. **Deveres e responsabilidade dos administradores da S/A.** 2008. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2008.

DONIZETTI, Elpídio, **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20ª ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev., atual. e ampl., Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 38ª edição, rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Maria Conceição Martins. Princípios Constitucionais da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica (Soberania, Livre Iniciativa e Valor Social do Trabalho). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 25, p. 134 – 168. Out - Dez / 1998

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

_____. **Função Social da Empresa**. In: Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Comercial, Edição 1, Julho de 2018. São Paulo: 2018. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>> em 15 out. 2018.

FRANÇA JÚNIOR, Israel Batista. **A responsabilidade social e econômica da sociedade empresária na perspectiva da justiça distributiva de John Rawls**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Sergipe. 2017.

IBGC. **Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas**. Grupo de Trabalho Interagentes; coordenação Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2016.

KONDER, Carlos Nelson. **Distinções Hermenêuticas da Constitucionalização do Direito Civil**. In: Direito Civil Constitucional. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LORIA, Eli; MENDES, Helio Rubens de Oliveira. A Utilidade do conceito do Objeto Social na disciplina das Sociedades Anônimas. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 61, p. 191 – 241, Jul - Set de 2013.

MAIA, Gretha Leite. **O estudante do Direito e as Classificações da Norma Jurídica: Uma ferramenta mal utilizada**. Publica Direito. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA, 2013, Curitiba. Recurso eletrônico *on-line*. Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos, Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 291-306.

MASSO, Fabiano Del. **Direito Econômico Esquematizado**. 3ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MASSOLI, Victor Biccas. **Função Social da Empresa Aspectos Relevantes. AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA, XXIV CONGRESSO**

NACIONAL DO CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA., 2015, p. 454 a 469.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

MATIAS, João Luis Nogueira. **A Função Social da Empresa e a Composição de Interesses na Sociedade Limitada**. 2009, 323 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Organização Jurídica da Grande Empresa**. Apostila da Graduação FGV Direito Rio.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da *failing firm* no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UnB. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.unb.br/handle/10482/16424>>

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa**. 2010. 121f. Monografia (Pós-Graduação). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2010.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017

ROCHA, Virgínia Afonso de Oliveira Morais da. **A função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade penal dos acionistas controladores de sociedades anônimas sob a perspectiva da teoria do domínio do fato**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima. 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. **Função, Funcionalização e Função Social**. In: Direito Civil Constitucional. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia**

do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 89-152, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição.** In: Direito Civil Constitucional. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa.** São Paulo: MÉTODO, 2013

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.