



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS NA
CONTEMPORANEIDADE

NADIALICE FRANCISCHINI DE SOUZA

A GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE NAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS

Salvador

2015

NADIALICE FRANCISCHINI DE SOUZA

**A GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE NAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito, inserida na linha de pesquisa Direito das Relações Sociais na Contemporaneidade, área de concentração Relações Sociais e Novos Direitos.

Orientador: Professor Doutor Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho.

Salvador

2015

S729 Souza, Nadialice Francischini de,

A governança corporativa como instrumento de efetividade do direito fundamental de propriedade nas sociedades anônimas / por Nadialice Francischini de Souza. – 2015.

142 f.

Orientador: Professor Doutor Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de

TERMO DE APROVAÇÃO
NADIALICE FRANCISCHINI DE SOUZA

A GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito, inserida na linha de pesquisa Direito das Relações Sociais na Contemporaneidade, área de concentração Relações Sociais e Novos Direitos.

A Banca Examinadora considerou APROVADA a tese defendida perante a mesma:

Professor Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho - Doutor PUC/SP - Orientador

Professora Roxana Cardoso Brasileiro Borges - Doutora PUC/SP - 2ª Examinadora

Professor Wilson Alves de Souza – Doutor Universidad del Museo Social/Argentina - 3º Examinador

Professor Vinícius José Marques Gontijo – Doutor UFMG/MG – 4º Examinador

Professor João Glicério de Oliveria Filho – Doutor UFBA/BA – 5º Examinador

Salvador

2015

Aos meus pais, Edilberto e Nadir;

Aos meus irmãos, Mario Henrique e Ana Luiza;

Ao meu amor, Carlos;

**Ao meu pequeno ou pequena que em breve estará
conosco.**

Agradecimentos

A Deus, pelo que eu sou.

Aos meus pais, que sempre me incentivaram a seguir os meus sonhos e me apoiaram em todas as decisões que tomei. Sem vocês nada seria possível.

Ao meu amor e companheiro que, sempre ao meu lado, embarcou nessa jornada, apoiando e incentivando.

Ao professor Rodolfo Pamplona Filho, meu orientador, meu professor, meu amigo. Agradeço por me guiar nesse caminho que, mesmo cheio de curvas e pedras, me ajudou a superar todos os desafios, proporcionando a conclusão deste sonho.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia e aos professores integrantes da banca, pela oportunidade de adquirir conhecimentos tão preciosos.

Aos funcionários do Programa, sempre solícitos e prestativos.

A minha sócia que sempre esteve do meu lado, incentivando.

Aos meus amigos e colegas, tão especiais e tão essenciais, por tudo que passamos e por tudo que ainda poderá ser vivido.

"Nada mais honroso do que mudar a justiça de sentença,
quando lhe mudou a convicção."

Ruy Barbosa

RESUMO

A presente tese tem como objetivo e contribuição para as Ciências Jurídicas o reconhecimento de que as práticas de governança corporativa são instrumentos para a efetivação do direito de propriedade, e a sua função social, na relação jurídica societária, principalmente nas sociedades anônimas. Para esse fim, é necessário afirmar que o direito de propriedade é um direito fundamental reconhecido pela Constituição Federal e deve ser exercido em consonância com a sua função social, ou seja, limitado de acordo com os anseios sociais. A sua incidência deve ocorrer em todas as relações jurídicas existentes, tanto as que envolvam Estado/cidadão, quanto as que envolvem particular/particular, corroborando a ideia de que, nas relações privadas, nem todas as situações são solucionadas através da incidência da autonomia da vontade e dos princípios gerais de direito civil, mas devem atender e respeitar os princípios e direitos fundamentais. Nas relações societárias, principalmente envolvendo os direitos de acionistas não é diferente. O ato de ser sócio, de ser detentor de uma ou mais ações não está restrito a questão privatista, mas deve refletir o direito fundamental de propriedade, vez que nenhum acionista pode tê-lo afastado ou restringido. Contudo, isso não é o que acontece na prática, e a fim de corrigir os desvios, as práticas de governança corporativa foram formuladas, proporcionando e assegurando que os sócios minoritários tenham mais acesso ao processo decisório das sociedades. A afirmação da governança corporativa como um instrumento para a incidência direta do direito fundamental de propriedade nas relações societárias permite que os acionistas possam requerer o cumprimento delas independente da existência de ato legislativo ou mesmo de qualquer previsão em documento interno da sociedade. Enfim, verifica-se que essas práticas permitem o exercício completo e direto do direito fundamental de propriedade em uma relação privada societária.

Palavras-chaves: Governança corporativa. Direito de propriedade. Função social da propriedade. Incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Direito societário.

ABSTRACT

This thesis aims and contribution to Juridical Sciences the recognition that corporate governance practices are devices for the realization of property rights, and its social function in corporate legal relations, especially in Business Corporation. For this purpose it is necessary to affirm that the property rights is a fundamental right recognized by the Federal Constitution and must be exercised in line with its social role, is to say, bounded according to social expectations. Its effect should occur in all existing legal relations, both involving State/citizen, as those involving private citizens, corroborating the idea that, in private relations, not all situations are resolved by the influence of the autonomy of the will and the general principles of civil law but must attend and respect the principles and fundamental rights. In corporate relations, mainly involving the rights of shareholders is no different. The act of being a partner, to be the owner of one or more shares are not restricted to privatizing matter, but should reflect the fundamental property right, since no shareholder can have it removed or constrained. However, it is not common practice, therefore, in order to rectify deviations, corporate governance practices has been developed to provide and ensure that minority partners have access to the decision-making process of business corporations. The affirmation of corporate governance as an instrument for direct incidence of the fundamental property rights in corporate relations allow shareholders to require its fulfillment regardless of the existence of a legislative act or even an internal documented prediction. At last, it is fair to say that these practices allow the complete and direct exercise of fundamental property rights in a private corporate relation.

Keywords: Corporate governance. Property rights. Property social function. Impact of fundamental rights in private relations. Corporate Law.

RÉSUMÉ

Cette thèse a pour objectif et contribution pour les Sciences Juridiques, la reconnaissance du fait que les pratiques de la gouvernance d'entreprise sont des instruments quant à la bonne exécution du droit de propriété, et sa fonction sociale, dans la relation juridique sociétaire, en particulier pour les sociétés anonymes. Pour cela, il est nécessaire d'affirmer que le droit de propriété est un droit fondamental reconnu par la Constitution et il doit être exercé en conformité avec sa fonction sociale, c'est-à-dire, limité en accord avec les attentes sociales. Il doit s'appliquer à toutes les relations juridiques existantes, tant celles impliquant L'Etat/citoyen, que celles impliquant particulier/particulier, corroborant ainsi l'idée que, dans les affaires privées, toutes les situations ne sont pas forcément résolues par le principe d'autonomie de la volonté et par les principes généraux du droit civil, mais doivent répondre et respecter les principes et droits fondamentaux. Dans les relations sociétaires, impliquant principalement les droits des actionnaires, ce n'est pas différent. Le fait d'être associé, d'être détenteur d'une ou plusieurs actions n'est pas limité à la question privatiste, mais doit refléter le droit fondamental de propriété, étant donné qu'aucun actionnaire ne peut l'éloigner ou le restreindre. Cependant, ce n'est pas ce qui est mis en pratique, et afin de corriger ces déviations, les pratiques de gouvernance d'entreprise ont été formulées, avec comme objectif d'offrir et d'assurer aux associés minoritaires plus d'accès à la prise de décision des sociétés. L'affirmation de la gouvernance d'entreprise comme un instrument pour l'application directe du droit fondamental de propriété dans les relations sociétaires permet ainsi aux actionnaires de requérir son application, indépendamment de l'existence d'un acte législatif ou même d'une quelconque prévision dans un document interne de la société. Enfin, il se vérifie que ces pratiques permettent l'exercice complet et juste du droit fondamental de propriété dans une relation privée sociétaire.

Mots-clés: Gouvernance d'entreprise. Droit de propriété. Fonction sociale de la propriété. Conséquence des droits fondamentaux dans les relations privées. Droit des sociétés.

RESUMEN

Esta tesis tiene como objetivo y contribución para las Ciencias Jurídicas, el reconocimiento de que las prácticas de gobernanza corporativa son instrumentos para la realización de los derechos a la propiedad, y su función social, en la relación jurídico-societaria, especialmente en las sociedades anónimas. Para este fin, es necesario afirmar que el derecho a la propiedad es un derecho fundamental reconocido por la Constitución y debe ejercerse de acuerdo con su función social, es decir, limitada de acuerdo a las expectativas sociales. Su enfoque debe ocurrir en todas las relaciones jurídicas existentes, tanto la participación estatal/ciudadano, como los que implican el privado/privado, lo que corrobora la idea de que, en las relaciones privadas, no todas las situaciones se resuelven por la incidencia de la autonomía de la voluntad y de los principios generales del derecho civil, pero deben cumplir y respetar los principios y derechos fundamentales. En las relaciones societarias, que implican principalmente los derechos de los accionistas, no es diferente. El hecho de ser socio, o sea, de ser poseedor de una o más acciones, no se limitan a una cuestión privatista, sino que debe reflejar el derecho fundamental a la propiedad, ya que ningún accionista puede tenerlo alejado o restringido. Sin embargo, esto no es lo que sucede en la práctica, y para corregir las desviaciones se han formulado prácticas de gobernanza corporativa, con el fin de proporcionar y garantizar que los accionistas minoritarios tengan más acceso a la toma de decisiones de las sociedades. La consolidación de la gobernanza corporativa como un instrumento para el efecto directo del derecho fundamental a la propiedad en las relaciones de sociedad permite que los accionistas puedan exigir el cumplimiento de las mismas, independientemente de la existencia de un acto legislativo o de cualquier documento interno, futuro, de la sociedad. En resumen, se verifica que estas prácticas permiten el pleno y directo ejercicio del derecho fundamental a la propiedad en una relación privada societaria.

Palabras clave: Gobernanza corporativa. Derecho a la propiedad. Función social de la propiedad. Efectos de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Derecho societario.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
1.1 PROBLEMAS E QUESTÕES A SEREM ESTUDADAS	15
1.2 ATUALIDADE DO TEMA	19
1.3 METODOLOGIA	20
1.3.1 Porque em Primeira Pessoa	20
1.3.2 Tópica Jurídica	22
1.4 ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO	24
2 O DIREITO DE PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	25
2.1 CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
2.1.1 Delimitação Conceitual de Direitos Fundamentais	29
2.1.2 Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais	33
2.1.2.1 Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais	35
2.1.2.2 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais	37
2.1.2.2.1 Teorias negativas	39
2.1.2.2.2 Teorias afirmativas	41
2.2 PRINCÍPIOS E PRECEITOS DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA	44
2.2.1 Aplicação dos Preceitos da Ordem Econômica Brasileira	44
2.2.2 Aplicação dos Princípios da Ordem Econômica Brasileira	47
2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DIREITO DE PROPRIEDADE	51
2.3.1 O Direito à Propriedade enquanto Direito Fundamental	54
2.3.2 Função Social da Propriedade	58
2.3.3 Aplicação da Função Social a todos os Tipos de Propriedade	62

3 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL SOBRE GOVERNANÇA CORPORATIVA	64
3.1 ESTRUTURAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS	65
3.2 O FUNDAMENTO DA TEORIA DA AGÊNCIA	71
3.3 OS RELATÓRIOS COMO DEFINIDORES DAS PRÁTICAS DE ADMINISTRAÇÃO	75
3.4 FORMAÇÃO CONCEITUAL DA GOVERNANÇA CORPORATIVA	77
3.5 OS MODELOS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA	80
3.5.1 Modelo Anglo-saxão	82
3.5.2 Modelo Alemão	84
3.5.3 Modelo Japonês	85
3.5.4 Modelo Brasileiro	87
3.6 OS DIREITOS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA	89
3.6.1 Princípios da Governança Corporativa	90
3.6.1.1 Princípio da Responsabilidade Corporativa	91
3.6.1.2 Princípio da Informação e da Transparência	92
3.6.1.3 Princípio da Prestação de Contas	96
3.6.1.4 Princípio da Equidade	98
3.6.2 As Práticas da Boa Governança	99
3.6.2.1 <i>Comply or Explain</i>	99
3.6.2.2 Acordo de Acionistas	101
3.6.2.3 Direito ao Voto Múltiplo	102
3.6.2.4 <i>Tag Along</i>	105
3.6.2.5 Medidas para Evitar Tomada Hostil do Controle	105

4 O DIREITO DE PROPRIEDADE APLICADO DIRETAMENTE NAS RELAÇÕES SOCIETÁRIAS ATRAVÉS DA EFETIVIDADE DAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA	110
4.1 OS DESAFIOS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA	110
4.1.1 O Problema do ‘Dono da Empresa’	110
4.1.2 Teoria e Prática da Governança Corporativa	112
4.2 AS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO REFLEXO DA INCIDÊNCIA DIRETA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE	113
4.2.1 As Ações como Bens Apreensíveis por Direito de Propriedade e a Incidência de sua Função Social	114
4.2.2 Aplicação Direita do Direito Fundamental de Propriedade e de sua Função Social nas Relações Societárias, através do Exercício das Práticas de Governança Corporativa	116
5 CONCLUSÕES	122
REFERÊNCIAS	126

1 INTRODUÇÃO

O direito de propriedade é garantido na Constituição Federal do Brasil de 1988, no artigo 5º, *caput*, e incisos XXII e XXIII¹, no capítulo "dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos", e no artigo 170, II e III², enquanto princípio essencial para o regular exercício da atividade econômica. Entretanto, apesar de ser constitucionalmente garantido, a sua aplicação direta nas relações privadas e, especialmente, nas relações societárias não é reconhecido de forma pacífica.

Há uma dificuldade de reconhecer a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, principalmente como decorrência da sua construção histórica. Esses direitos surgem da necessidade de afirmação da população, de uma forma geral, contra o poder da monarquia que comandava a Europa no século XVIII.

Pela forma como foram construídos criou-se a concepção de que eles devem ser opostos somente contra o poder exercido pelo Estado sobre os cidadãos. Tem-se que o Estado é o único que exerce poderes de controle sobre as pessoas e que nas relações privadas todos são iguais.

É com essa visão que se cria a teoria da aplicação vertical dos direitos fundamentais em oposição a incidência horizontal. O ente estatal está em um nível de superioridade em relação aos indivíduos e estes precisam dos direitos fundamentais para reequilibrar as relações jurídicas.

Quando se analisa as relações dos particulares entre si, imagina-se que entre esses, por estarem no mesmo nível hierárquico, não há sobreposição de poder, ou seja, que as relações são horizontalizadas. Contudo, com o surgimento de outras formas de relacionamento, como as relações de trabalho e as relações de consumo, passou-se a verificar que nas relações privadas também pode haver a atuação de

¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...]

(BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.)

² Art. 170. [...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

(*Idem.*)

poder com a finalidade de subjugar o outro, surgindo a necessidade de tutela específica.

Os direitos fundamentais, como demonstrarei, são direitos constitucionalmente garantidos e construídos historicamente a fim de assegurar que determinado ente, pessoa ou grupo de pessoas não exerçam demasiadamente o poder político, social ou econômico sobre outrem. Eles são direitos que buscam reequilibrar as relações jurídicas e por isso não podem ser opostos somente às relações que envolvam o Estado, mas, também, nas relações entre pessoas privadas.

Diferentemente de algumas situações jurídicas onde já se aceita a existência do poder privado, como nas relações trabalhistas, nas quais já se tem certeza de que o empregado é hipossuficiente em relação ao empregador, ou mesmo nas relações de consumo, onde o consumidor é vulnerável perante o fornecedor; nas relações empresariais, principalmente de caráter societário, ainda há o mito de que os sócios são iguais.

1.1 PROBLEMAS E QUESTÕES A SEREM ESTUDADAS

Nas relações empresariais, principalmente nas que envolvem os sócios entre si mesmos, vigora quase que como um dogma a aplicação do princípio da igualdade das partes e da autonomia da vontade. Os sócios, todos, são iguais entre si e têm os mesmos direitos.

Essa visão não corresponde à realidade dentro de uma sociedade, independente do tipo societário que se esteja estudando. Isso porque o sócio ou sócios majoritários sempre terão mais poder de tomar as decisões e de controlar as atividades empresariais do que os sócios minoritários. E, como consequência, há a possibilidade de estes terem direitos fundamentais supridos por decisão daqueles.

A fim de evitar ou minimizar essa situação e assegurar aos sócios minoritários o exercício eficaz dos seus direitos, principalmente nas sociedades anônimas e no processo de tomada de decisões, surgiu em meados do século XX as práticas de governança corporativa. Estas reconhecem o poder exercido pelos sócios majoritários e/ou controladores e pelos gestores e estabelecem regras com a finalidade de reequilibrar as relações jurídicas existentes.

Atualmente, a maioria das práticas de governança corporativa está prevista em códigos de boa conduta de cunho facultativo, ou seja, os sócios controladores e/ou majoritários e gestores podem adotá-los ou não. Mesmo os adotando, há uma flexibilidade sobre o seu cumprimento, não havendo previsão de punibilidade.

Isso é facilmente percebido em práticas já legisladas, como a possibilidade de acordo de acionistas³ e a previsão de voto múltiplo⁴, que não têm caráter impositivo. O acordo de acionistas depende de previsão no estatuto social ou de deliberação da assembleia sobre a sua adoção, bem como o arquivamento deste nos órgãos competentes a fim de que tenha aplicabilidade.

No caso da hipótese de voto múltiplo, há a necessidade de que os sócios minoritários sejam de tal forma organizados que somem dez por cento de todo o capital social com direito a voto, ou seja, das ações ordinárias. E a exigência de que esse direito seja exercido quarenta e oito horas antes do início da assembleia geral de acionistas.

Em relação aos sócios preferenciais o direito ao voto múltiplo somente é garantido para a eleição de um membro do conselho de administração, devendo ser exercido com o mesmo percentual de dez por cento e dentro do mesmo prazo de quarenta e oito horas antes da assembleia.

Essas são regras que buscam garantir aos sócios minoritários, entendidos como os que não têm participação acionária ordinária expressiva e os acionistas preferenciais, participação no processo decisório nas sociedades anônimas.

Essa participação é importante, porque quando alguém adquire uma determinada parcela do capital social, ou seja, uma ou algumas ações se torna proprietário de uma fração ideal da sociedade como um todo. Isso significa que tanto o sócio majoritário e/ou controlador como o sócio minoritário são proprietários da sociedade e podem exercer os seus direitos na qualidade de 'donos'.

As práticas de governança corporativa são instrumentos que permitem a esses sócios minoritários o exercício do direito fundamental de propriedade. Não o

³ Artigo 118 da Lei 6.404/1976: 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.
(BRASIL. **Lei n. 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 03 jan. 2014.)

⁴ Artigo 141 da Lei n. 6.404/1976: 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.
(*Idem.*)

exercício da propriedade da forma clássica, através dos seus elementos de usar, fruir, gozar e reaver o bem de quem quer que esteja. Trata-se do instituto da função social da propriedade, que exige o uso do bem através da sua finalidade, do porquê e para que ele existe, e, também, da expectativa que a sociedade deposita para o uso dele.

Em relações às ações, estas são um bem em si mesmo considerado e assegura aos seus titulares o direito de propriedade sobre uma fração ideal da sociedade anônima como um todo. Desta forma, aquele que é detentor de uma ou algumas ações tem o direito de efetivamente participar das decisões da companhia.

A finalidade e a expectativa que se deposita sobre as ações é a possibilidade de uma pessoa fazer parte de uma coletividade e dela participar. Imagina-se que quando se torne sócio, a pessoa possa influenciar de alguma forma a sociedade, vez que todos os sócios devem ter os mesmos direitos e as mesmas oportunidades de decisões.

O reconhecimento de que todos os acionistas devem exercer o direito de propriedade de acordo com a sua função social é reflexo da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas de cunho societário. Esse direito fundamental assegura a proteção do direito sobre as ações face o poder exercido pelos sócios controladores e/ou majoritários e gestores.

As práticas de governança corporativa são o instrumento pelo qual o direito de propriedade e a sua função social vai ser efetivado. Isso porque, o direito fundamental é preexistente. Só há boa governança porque há direitos e garantias fundamentais que precisam ser assegurados.

Desta forma, a principal questão é que busco responder nesse trabalho é se o direito fundamental de propriedade e a sua função social pode incidir diretamente nas relações jurídicas societárias e se as práticas de governança corporativa podem ser consideradas instrumentos de sua aplicabilidade.

Secundariamente, serão respondidas questões como a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, passando por uma análise histórica destes. Como a verificação do direito de propriedade enquanto um direito fundamental, principalmente nas relações de ordem econômica. E, por fim, como as práticas de governança corporativa se desenvolveram e foram construídas, bem como se as mesmas são aceitas como instrumentos jurídicos válidos.

A fim de responder esses problemas, estabeleci as seguintes hipóteses a serem testadas:

a) Os direitos fundamentais devem regular todas e quaisquer relações jurídicas, sejam elas de natureza pública ou privada. Quando se trata de relações públicas aborda-se o tema sob o enfoque da verticalização desses direitos, ou seja, entre o Estado e o cidadão. Quando se estuda a incidência desses direitos nas relações privadas horizontais, está-se diante de dois entes privados, supostamente iguais;

b) A necessidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do fato de que estas não podem mais ser consideradas como efetivadas entre iguais. O poder nelas existentes acabou por derrogar a autonomia privada, como, por exemplo, nas relações de trabalho e nas relações de consumo. Esse poder também está presente nas relações societárias, vez que as partes não são iguais, mas sim desiguais, os sócios majoritários e/ou controladores exercem poder sobre os atos decisórios excluindo os sócios minoritários deste processo;

c) Os sócios minoritários, por serem proprietários das ações e, conseqüentemente, de uma fração ideal da sociedade anônima, têm os mesmos direitos que os sócios majoritários e/ou controladores, no processo de tomada de decisão;

d) O direito de propriedade, principalmente através do exercício da sua função social, é um direito fundamental garantido enquanto direito individual e coletivo, mas também essencial para o desenvolvimento da ordem econômica nacional, estando garantido na Constituição Federal;

e) As práticas de governança corporativa são instrumentos que permitem aos sócios minoritários a efetividade da relação jurídico societária, podendo considerá-las como reflexos da incidência direta do direito fundamental da propriedade e de sua função social nas relações privadas societárias.

Observa-se que o objetivo principal desta tese de doutorado é verificar se o direito fundamental de propriedade e sua função social pode ser aplicado diretamente nas relações privadas de direito societário, sendo as práticas de governança corporativa o seu instrumento de efetivação.

1.2 ATUALIDADE DO TEMA

A problemática sobre a responsabilidade corporativa é bastante atual, como destaca Raphael Rodrigues e Leonardo Portilho⁵, ao salientar que apesar de em 1960 ter sido formada a Associação dos Dirigentes Cristãos de Empresas (ADCE) que buscou disseminar os conceitos de responsabilidade social empresarial, somente a partir do final da década de 80 e início da década de 90 é que houve efetivamente a conscientização e adesão ao movimento. A motivação foi a globalização.

No Brasil, a questão das práticas de governança corporativa somente ganhou espaço para discussão, quando, em 2000, a BM&FBovespa lançou o Mercado Novo ou Mercado de Balcão. Neste se permite a negociação das ações diretamente pelas sociedades anônimas, possibilitando maior liquidez, entretanto, há a obrigatoriedade de que sejam preenchidas regras preestabelecidas de boa conduta.⁶

A adoção dessas práticas ocorreu em virtude da necessidade de o mercado de capitais brasileiro se adaptar a uma tendência mundial de garantir ao investidor – sócio minoritário – maiores direitos e maior segurança para a aquisição das ações e maior participação no processo de tomada de decisão. Quando os investidores se tornam sócios, não mais querem ser meros coadjuvantes da relação societária, mas efetivamente exercer os seus direitos.

A partir de então a BM&FBovespa criou outros três níveis⁷ de segmento que diferenciam as sociedades anônimas de acordo com a quantidade de regras protetivas dos sócios minoritários e adoção de práticas de boa governança.

⁵ RODRIGUES, Raphael; PORTILHO, Leonardo. **Sustentabilidade e Responsabilidade Corporativa no Brasil**. Instituto Akatu para o consumo consciente, Responsabilidade Social Empresarial - Percepção do Consumidor Brasileiro, Pesquisa 2004. Impresso, p. 02-03.

⁶ BM&FBovespa. **Mercado Novo**. Disponível em: <<http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/solucoes-para-empresas/segmentos-de-listagem/novo-mercado.aspx?Idioma=pt-br>>. Acesso em: 03 nov. 2014.

⁷ Além do Mercado Novo ou Mercado de Balcão, os outros níveis são: Bovespa Mais, Nível 2 e Nível 1. Na Bovespa Mais exige-se que todas as ações sejam ordinárias, sendo vedada a emissão de ações preferenciais; deve-se estipular um quórum qualificado para a tomada de algumas decisões e deve-se estabelecer cláusulas péticas; devem ter pelo menos três membros no conselho de administração; deve permitir a prática de *tagalong* para todas as ações; e deve aderir a Câmara de Arbitragem do Mercado. No Nível 2 há a possibilidade de ações ordinárias e preferenciais, entretanto, deve haver um esforço para a pulverização dessas ações no mercado, evitando assim a concentração de capital; deve haver uma proibição para deliberação de votação com capital inferior a 5%, sendo que é obrigatório estabelecer em matérias de troca de membros de gestão quórum qualificado e algumas matérias que serão consideradas cláusulas péticas; o conselho de administração deve ser composto por no mínimo cinco membros, dos quais pelo menos 20% devem ser independentes com mandato unificado de até dois anos e o presidente da diretoria e do conselho

Mundialmente, a despeito do surgimento de vários códigos de conduta, em 2009, a Organização Internacional de Normatização – ISO publicou a ISO 26000 com a finalidade de fornecer orientações e princípios acerca da responsabilidade e sustentabilidade social e dedica um capítulo às questões de governança corporativa.⁸

Neste contexto, surge a necessidade de verificar qual a relação entre os princípios e práticas relacionados de governança corporativa e os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988, principalmente com o direito de propriedade e a sua função social. Isso com o objetivo de proteger os sócios minoritários face ao poder exercido pelo sócio majoritário e/ou controladores ou dos gestores diretamente.

1.3 METODOLOGIA

A metodologia corresponde aos instrumentos utilizados para a elaboração a elaboração de um determinado texto. Nos trabalhos acadêmicos e, em especial, na presente tese, percorri um caminho para a sua confecção, seja pela escolha da forma como o trabalho foi escrito, seja na adoção de determinada metodologia jurídica.

de administração deve ser a mesma pessoa; os balanços devem ser em português e em inglês; deve ter uma política para a tentativa de tomada hostil do controle; deve prevê a prática de *tagalong* para todas as ações; e deve aderir a Câmara de Arbitragem do Mercado. E no Nível 1 há a possibilidade de ações ordinárias e preferenciais, entretanto, deve haver um esforço para a pulverização dessas ações no mercado, evitando assim a concentração de capital; não há regra para deliberação e ou cláusulas péticas; o conselho de administração deve ser composto por no mínimo três membros; o presidente da diretoria e do conselho de administração deve ser a mesma pessoa; deve ter uma política para a tentativa de tomada hostil do controle; deve prevê a prática de *tagalong* oitenta por cento das ações ordinárias; e deve aderir a Câmara de Arbitragem do Mercado.

(BM&FBOVESPA. **O que são seguimentos de listagem.** Disponível em: <<http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/solucoes-para-empresas/segmentos-de-listagem/o-que-sao-segmentos-de-listagem.aspx?Idioma=pt-br>>. Acesso em: 03 nov. 2014.)

⁸ ABNT. **ABNT NBR ISO 26000:** Diretrizes sobre responsabilidade social. Rio de Janeiro: ABNT, 2010, p. 07.

1.3.1 Porque em Primeira Pessoa

Tendo com relação à forma em que a tese foi escrita, optei pela primeira pessoa do singular, o eu. Essa escolha foi propositada e tem como finalidade mostrar um pensamento meu e um caminho que foi por mim percorrido.

O uso da primeira pessoa do singular não é usual em trabalhos científicos, há uma preferência pela impessoalidade e o uso da terceira pessoa do singular e ou da forma reflexiva. Entretanto, não há nenhuma regra acadêmica que proíba o uso da forma da primeira pessoa no singular, como adoto.

Ao contrário, há estudos que incentivam o uso, mesmo em trabalhos acadêmicos, como a presente tese, do uso da primeira pessoa, sob o fundamento de que o texto finalizado reflete parte da história do pesquisador, o impacto que os textos e obras estudadas geraram sobre as experiências vividas por este. Neste sentido, que qualquer texto é um reflexo do que "aconteceu ao longo do percurso de uma vida, esclarecem os contextos situacionais envolventes e recorrem ao tempo como eixo que lhe confere coerência"⁹.

A escolha decorre mais de uma preferência do autor e de uma questão cultural do que de uma técnica de narração de trabalhos acadêmicos. Antonia Dilamar Araújo destaca que os trabalhos escritos em língua inglesa, normalmente são escritos em primeira pessoa, a fim de marcar a subjetividade do autor, contudo, os textos em português, há uma preferência pela terceira pessoa do singular ou mesmo pela primeira pessoa do plural. E ela defende a livre escolha do escritor/pesquisador, com a finalidade de desmistificar a "crença de que o relato de pesquisa é monolítico e que deve expressar objetividade e neutralidade".¹⁰

Desde as primeiras palavras e textos que analisei para a confecção da presente tese, sempre tive em mente a sua subjetividade, no sentido de que ela reflete uma posição minha, uma concepção que existe primeiramente para mim. Desta forma, não seria justo escrevê-la na terceira pessoa do singular ou mesmo na forma reflexiva, motivo pelo qual optei por pela primeira pessoa do singular.

⁹ ALARCÃO, Isabel. Prefácio. *Identidades e Vida de Educadores Rio-grandense*: narrativas em primeira pessoa (... e muitas outras). ABRAHÃO, Maria Helena Menna Barreto (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 08.

¹⁰ ARAÚJO, Antonia Dilamar. *Práticas Discursivas em Conclusões de Teses de Doutorado*. Disponível em: <<http://linguagem.unisul.br/paginas/ensino/pos/linguagem/linguagem-em-discurso/0603/060305.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2015, p. 460.

1.3.2 Tópica Jurídica

A teoria jurídica utilizada foi a construção de um raciocínio crítico a partir do uso de premissas já aceitas como verdadeiras pela comunidade jurídica e outras que ainda se revestem do debate, com o objetivo de testar as hipóteses estabelecidas.

Desta forma, entende-se que a tópica jurídica de Theodor Viehweg é a matriz metodológica mais adequada. Ela surge na pós-modernidade como “uma tendência em se resgatar a antiga arte retórica dos gregos e a prática jurídica dos romanos, para construir um modelo de fundamentação mais condizente à legitimação judicial, visando à validade e a eficácia de suas decisões”¹¹.

Theodor Viehweg, revendo o pensamento aristotélico e de seus sucessores, salienta que a tópica é uma técnica de pensar orientado por problemas, desenvolvida pela retórica¹². Para ele o problema “[...] é trazido para dentro de um conjunto de deduções, previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta”¹³.

Margarida Maria Lacombe Camargo afirma que a contribuição de Theodor Viehweg foi permitir o retorno da prática de investigar a estrutura própria do direito, que tem correlação com o caso concreto, conforme se fundamentava a jurisprudência romana em sua prática discursiva. Isso porque, a preocupação daquele autor não era “com os significados atribuíveis aos problemas, mas sim com os mecanismos e as formas de sua solução”¹⁴.

Assim, para se atingir o objetivo almejado, partindo dos problemas preestabelecidos, serão estudadas as premissas adequadas para a conclusão pretendida. Essas premissas são denominadas por Theodor Viehweg de ‘topoi’, e tem como função “servir a uma discussão de problemas”¹⁵.

Sobre os topoi, ressalta Tércio Sampaio Ferraz Junior que “a expressão topos significa lugar (comum). Trata-se de fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de

¹¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 140-141.

¹² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Universidade de Brasília, 1979, p. 33.

¹³ *Ibidem*, p. 34.

¹⁴ CAMARGO. *op. cit.*, p. 144-145.

¹⁵ VIEHWEG. *op. cit.*. 38.

reconhecida força persuasivas, e que usamos, com frequência, mesmo nas argumentações não técnicas das discussões cotidianas.”¹⁶

Entretanto, assim como afirma Theodor Viehweg, os ‘topoi’ não devem ser vistos isoladamente, mas dentro de um catálogo especializado, tendo como referência uma coleção de argumentos adequados a compreensão do tema que se está debatendo¹⁷. Ou seja, eles devem ser escolhidos dentro do sistema jurídico estudado de forma a tentar resolver os problemas propostos.

Desta forma, a tópica é modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção a eles¹⁸. Ela “permite que os diversos focos de luz que possam iluminar o problema incidam sobre ele”¹⁹.

Entendendo ser a tópica a teoria que melhor se adequa metodologicamente ao presente trabalho, que escolhi quatro ‘topois’ para serem testados:

1. Os direitos fundamentais devem ser aplicados tanto nas relações entre os cidadãos e o Estado, quanto nas relações entre os particulares, pois nesta também há o exercício do poder econômico, social e político;

2. O direito de propriedade e a função social, é um direito fundamental individual e essencial para o desenvolvimento da atividade econômica e deve ser assegurado em todas as relações de cunho jurídico. Desta forma, nas relações societárias, os sócios, enquanto proprietários de uma fração ideal da sociedade como um todo, têm o direito de exercê-los diretamente;

3. As práticas de governança corporativa surgem a fim de afastar o abuso de poder exercido pelos sócios majoritários e/ou controladores e pelos gestores, em busca de assegurar mais proteção e direitos aos sócios minoritários. Estes são entendidos como os ordinários, que não têm poder de expressão acionária, e os acionistas detentores de ações preferenciais;

4. As práticas de governança corporativa são, desta forma, o reflexo da incidência dos direitos fundamentais nas relações privada e devem ser exercidos pelos sócios minoritários ainda que não previstos em documentos internos da sociedade anônima.

¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Prefácio do Tradutor**. In *Tópica e Jurisprudência* (VIEHWEG, Theodor). Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Universidade de Brasília, 1979, p. 04.

¹⁷ VIEHWEG. *op. cit.*, p. 37.

¹⁸ FERRAZ JUNIOR. **Prefácio do Tradutor**. *op. cit.*, p. 03.

¹⁹ CAMARGO. *op. cit.*, p. 154.

1.4 ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO

Partindo dessas premissas o trabalho foi organizado em três capítulos de conteúdo. No primeiro estudo o direito de propriedade e de sua função social enquanto direitos fundamentais. Para tanto, início estudando a estrutura dos direitos fundamentais, sua conceituação e a incidência desses nas relações verticais e horizontais. Também analiso o direito de propriedade como princípio e preceito da ordem econômica brasileira e a importância dele para o desenvolvimento da atividade empresarial. O objetivo é verificar se é possível a aplicação do direito fundamental de propriedade e sua função social a todos os tipos de propriedade.

No segundo capítulo de conteúdo, tracei os conceitos da governança corporativa e de suas práticas, estabelecendo as principais definições, teorias, modelos, princípios e práticas. Também se fez necessário uma introdução sobre a estrutura das sociedades anônimas, a fim de estabelecer quais regras devem ser corrigidas com a incidência da boa governança.

No último capítulo de conteúdo analiso a aplicação direta do direito fundamental de propriedade nas relações societárias através da efetivação das práticas de boa governança. Com essa finalidade, estabeleço primeiramente os desafios que criam dentro da estrutura das sociedades anônimas impedimentos para o exercício das práticas de governança.

Afirmo, também, o que tais práticas são o reflexo do direito de propriedade sobre as ações, reconhecendo que essas são bens apreensíveis e de propriedade dos acionistas. Esses, em virtude de ser 'dono', têm o direito de exercer participar efetivamente no processo de tomada de decisão, sem qualquer restrição imposta por lei, estatuto ou outro documento interno da sociedade. As restrições existentes são inconstitucionais, por afrontar direito fundamental.

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito de propriedade, no ordenamento brasileiro, está garantido na Constituição Federal no artigo 5º, caput e incisos XXII e XXIII, e no artigo 170, incisos II e III, tanto como direito individual e coletivo, como direito essencial para a formação da ordem econômica nacional. Entretanto, essa afirmação sozinha não serve como fundamento para o reconhecimento de que as práticas de governança corporativa são reflexo da sua incidência direta. Essa conclusão deve decorrer de uma construção lógica do conhecimento, partindo de tópicos aceitos como verdadeiros.

Neste primeiro capítulo de conteúdo analisarei o direito de propriedade em si mesmo considerado, principalmente enquanto direito fundamental e enquanto princípio da ordem econômica brasileira.

2.1 CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não são um modelo fixo e estático, mas estão em constante mudança, tendo sua origem histórica na antiguidade clássica. Entretanto, a formulação como se conhece foi recortado na Revolução Francesa e na Revolução da Independência dos Estados Unidos, por meio da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte de 1776 e da Declaração de Direitos da Revolução Francesa de 1789.²⁰

Sobre os referidos documentos históricos, o primeiro tem importância porque é reconhecido como o marco enquanto “documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social”²¹. Foi o precursor em declarar que os homens são iguais em direitos e deveres e que todos têm direitos a vida e a liberdade²².

²⁰ Neste sentido: COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 3-10; MENDES, Gilmar Ferreira, et.al. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 104-106.

²¹ *Ibidem.*, p. 10.

²² **DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**. Disponível em: <www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/.../declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2013.

Já a segunda Declaração, reproduzindo os ideários da revolução francesa, prevê no artigo 1º que, “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”²³, o que o torna um documento que protege realmente os direitos de uma sociedade contra as imposições do Estado.

Noberto Bobbio, destacando a relevância desta Declaração para a construção dos direitos fundamentais como atualmente conhecemos, afirma que ela “representa um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indica uma virada história do gênero humano”²⁴. Neste sentido, salienta Fábio Konder Comparato que ela se destaca por ter sido “em si mesma o primeiro elemento constitucional do novo regime político”²⁵ instaurado pós Revolução.

Ambos os documentos reconhecem a necessidade de se tutelar valores individuais, como a liberdade e a igualdade. Mas “a grande diferença [entre eles] está no fato de que o texto francês não segue a visão individualista da declaração norte-americana e confia muito mais na intervenção do legislador enquanto representantes de interesse geral”²⁶.

Esse também é o entendimento de Noberto Bobbio ao explicar que a Declaração Francesa dos direitos do homem tinha como finalidade a formação de um Estado moderno. Isso ocorreu através da mudança de representação política, antes fundada na dicotomia soberano/súdito, agora na relação Estado/cidadão.²⁷

Em virtude de sua importância histórica, estes documentos apresentados são analisados sob dois aspectos: o político e o filosófico.

O primeiro aspecto está fundado na questão da soberania, entendido como o fato de que o Estado era encarado como um sujeito unitário capaz de manifestar sua vontade e realizar ações concretas, não admitindo – teoricamente – interesses contrários ao seu²⁸. A ordem jurídica de então, tanto no âmbito privado, quanto no

²³ **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012.

²⁴ BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 79.

²⁵ COMPARATO. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. *op. cit.*, p. 163.

²⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

²⁷ BOBBIO. *op. cit.*, p. 04.

²⁸ VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. *In* **Revista CEJ**, Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007, p. 11.

público, foram pensados sob o foco de romper com os ditames absolutistas que vigoraram durante a Idade Média, proporcionando à burguesia, então em surgimento, maior segurança para desenvolver-se. E, nesta perspectiva, a proclamação desses documentos desencadeou a “mudança radical nos fundamentos da legitimidade política”²⁹. Isso porque, proporcionou-se “[...] a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estado, as organizações religiosas”³⁰.

No segundo aspecto (o filosófico) verifica-se a ideia de superação dos ideais jusnaturalistas e juspositivistas, visto que ao invés de um “fundamento divino ou próprio da natureza humana, os valores materiais referidos vieram manifestados justamente na figura dos direitos fundamentais, fontes da importante ênfase humanística do Direito Constitucional”³¹. Gilmar Ferreira Mendes aponta que para os “jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela”.³²

Salienta ainda Fábio Konder Comparato que o fundamento teórico dos direitos fundamentais está no fato de que “[...] todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de que sua humanidade nasce vinculada a uma instituição social de capital importância”³³.

Com o advento do século XX, a busca por acesso a bens e serviços produzidos pela economia tem permitido também uma busca por valores sociais de justiça que não eram acessíveis à população de uma forma geral, mas somente aquela parte que era detentora dos meios de produção³⁴. Para tanto, o ente público, que durante o período do Estado Moderno se manteve afastado das relações privadas, principalmente, passa a ser o responsável pela “promoção da igualdade substancial, mesmo que por vezes isso implique reduções ao espaço da liberdade econômica, embora sem sacrificá-la de um todo”³⁵. O Estado passa a ser garantidor

²⁹ COMPARATO. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. *op. cit.*, p. 63.

³⁰ *Ibidem.*, p. 10.

³¹ VICTORINO. *op. cit.*, p. 12.

³² MENDES. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. *op. cit.*, p. 113.

³³ COMPARATO. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. *op. cit.*, p. 24.

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *In* **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2012, p. 102.

³⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. A Constitucionalização do Direito Privado. *In* **RIDB**, Ano 1 (2012), n. 01. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CC0QFJAA&url=http%3A%2F%2Fwww.idb->

dos direitos e interesses coletivos, na busca de evitar abusos ao espaço público e de afirmação da dignidade da pessoa humana³⁶.

Outro fato histórico marcante deste novo momento foi o surgimento de diversos grupos sociais, estes definidos por Carlos Antonio Wolkmer como sendo “sujeitos coletivos transformadores”, que tem outras necessidades além daquelas fixadas nas supracitadas revoluções, fazendo nascerem novos direitos³⁷. Esses direitos dependem da condição específica que cada pessoa ocupa dentro de um determinado grupo social. São os direitos dos trabalhadores, dos consumidores, dos idosos, da mulher, das minorias e, porque não, dos sócios minoritários nas sociedades anônimas.

O fundamento do surgimento desses novos direitos esta na ordem constitucional instaurada, que permitiu que esta irradiasse seus efeitos materiais para os demais ramos do direito³⁸. Ela possui relação íntima “[...] com a formação do chamado ‘novo constitucionalismo’³⁹, também denominado de Constitucionalismo Andino ou da América Latina. Este tem como característica o reconhecimento de um ou vários direitos plurinacionais comunitários, ou seja, de que dentro de um Estado de Direito coexistem diversos grupos interculturais.⁴⁰

fdul.com%2Fuploaded%2Ffiles%2FRIDB_001_0185_0243.pdf&ei=7si-Us-QHtLokQfX6oH4AQ&usg=AFQjCNE6b3k3Qzsbj5KzbLW1076yl87NjA&bvm=bv.58187178,d.eW0>.
Acesso em: 28 dez. 2013, p. 200.

³⁶ LÓBO. Constitucionalização do direito civil. *op. cit.*, p. 102.

³⁷ WOLKMER, Carlos Antonio. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 122.

Também, neste sentido, Stuart Hall destaca que há uma contínua mudança tendo em vista que “o sujeito, previamente vivido [durante o Estado Moderno] como tendo uma identidade unificada e estável, está se tornando fragmentado; composto não de uma única, mas de várias identidades, algumas vezes contraditórias ou não resolvidas”.

(HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011, p. 12-13.)

³⁸ VICTORINO. *op. cit.*, p. 13-14.

³⁹ *Idibem.*, p. 11.

⁴⁰ Neste sentido: WOLKMER, Carlos Antonio. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. *In Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2014, p. 152-153.

Esse tema não é pacífico. Carlos Santiago Nino afirma que há dois sentidos para o termo constitucionalismo: o primeiro, que trata do estado mínimo, onde devem estar presentes na Constituição os direitos básicos e mínimos da sociedade, positivados ou não. Neste sentido, é norma constitucional todas aquelas que asseguram direitos aos cidadãos. Em segundo sentido, há a relação com o Estado de Direito, que consiste em reconhecer os direitos somente se positivados, se previstos em normas previamente estabelecidas.

Para o autor, ambos os sentidos são deficientes, pois no primeiro a ideia de mínimo gera o problema de não se saber exatamente quais e quantos são esses direitos, posto que não positivados. No segundo sentido, há o problema de que só são normas postas ao que interessa a Poder Político, podendo haver direitos que não serão assegurados por não estarem positivados.

(NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional: análise filosófico, jurídica y política de la práctica constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 02-04.)

A aceitação de que os direitos fundamentais estão mudando em virtude do surgimento das novas necessidades sociais e de que as regras constitucionais estão se adaptando para protegê-las, permite que se aceite outras formas de aplicação, além da concepção clássica, de tutela contra o poder absolutista do Estado. Isso ocorre em virtude de reconhecer que as pessoas privadas também exercem poderes sobre seus 'semelhantes', estando sujeitas à incidência dos direitos fundamentais.

2.1.1 Delimitação Conceitual de Direitos Fundamentais

Para uma melhor compreensão sobre a incidência e aplicação dos direitos fundamentais é necessário, primeiramente, conceituá-los. Isso porque, no curso da pesquisa deparei com diversas denominações, como direitos humanos, direitos fundamentais e liberdades públicas⁴¹, ora usadas como sinônimos, ora usadas como institutos totalmente distintos, o que pode gerar confusão de terminologia.

O conceito de direitos humanos é particularmente ambíguo, porque, como destaca Ricardo David Rabinovich-Berkman, todos os direitos são humanos, posto que formulados por homens e para homens, não incidindo sobre animais⁴². Ou seja, só pelo fato de ser uma pessoa humana tem acesso a uma gama de direitos e deveres que lhe é assegurado.

Entretanto, isso não é corroborado por todos. Norberto Bobbio conceitua direitos humanos como “[...] direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”⁴³. Eles seriam direitos informadores dos direitos na busca da dignidade, no ser livre e no ser igual⁴⁴.

⁴¹ Outros termos também são usados como sinônimo, tais como direitos básicos, direitos naturais, direitos essenciais e direitos de personalidade, entretanto, são correntes minoritárias. No presente trabalho optei por não abordá-los no texto, por não ser este o foco principal a ser estudado.

⁴² “[...] *la primera cuestión que se presenta es que todos los derechos, en realidad, parece que son 'humanos', en el sentido literal de este adjetivo que, como ya vimos, es el de 'perteneiente o relativo al hombre'. Los demás animales, en la enorme mayoría de las comunidades actuales, no tienen derechos.*”

(RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **Derechos Humanos: una introducción a su naturaleza y a su historia**. Buenos Aires: Quorum, 2007, p. 02-03.)

⁴³ BOBBIO. *op. cit.*, p. 31.

⁴⁴ Neste sentido cabe destacar o quanto afirma Dirley da Cunha Júnior: “[...] todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual [...]”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 569.)

Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁵, Samuel Antonio Merbach de Oliveira⁴⁶, Luiz María Díez-Picazo⁴⁷ e Vanessa Oliveira Batista⁴⁸, por sua vez, delimitam a expressão direitos humanos com base na ordem internacional, para delimitar as posições jurídicas que reconhecem a pessoa humana como um ser que tem independência das ordens constitucionais dos países individualmente. Os direitos humanos estão para a ordem internacional da mesma forma que os direitos fundamentais estão para a ordem nacional.

Segundo essa concepção, é possível afirmar que os direitos humanos têm caráter supralegal e englobariam os direitos fundamentais, que estariam restritos ao ordenamento interno de cada país. Entretanto, essa divergência é de cunho meramente didático, pois, direitos positivados ou não, nacionais ou internacionais, os direitos humanos são de suma importância para a existência do próprio Estado e do indivíduo, independente do reconhecimento constitucional.⁴⁹

Distintamente, a expressão liberdades públicas, como destaca Joaquim de Carvalho, teve origem na Revolução Francesa, quando houve a necessidade de afirmação do homem enquanto essência e de reanalisar os problemas de

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28-29.

⁴⁶ OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. **A Teoria Geracional dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorias_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2013, p. 13.

⁴⁷ *"la expresión 'derechos humanos' designa normalmente aquellos derechos que, refiriéndose a valores básicos, están declarados por tratados internacionales. La diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos estribaría, así, en el ordenamiento que los reconoce y protege: interno, en el caso de los derechos fundamentales; internacional, en el caso de los derechos humanos.*

(DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de Derechos Fundamentales**. 4. ed., Navarra: Thomson Reuters, 2013, p. 32)

⁴⁸ Esses conceitos decorrem do fato de que, após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os direitos humanos passaram a ser "um compromisso entre as nações que a firmaram, além de ser genérica, abrangendo um ideal comum a diversas culturas e tendências num mundo pluralizado". Entretanto, os mesmos não se confundem.

(BATISTA, Vanessa Oliveira. **Da necessidade de interação das normas de direitos fundamentais com a normativa internacional no estado contemporâneo**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1343>. Acesso em: 25 jan. 2013, p. 04)

⁴⁹ Neste sentido: MINARDI, Fabio Freitas. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e a Aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal. *In Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. V. 4. 2008. Disponível em: <apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/viewFile/219/212>. Acesso em: 15 jun. 2012, p. 03-04.

discriminação existentes entre a população e a monarquia⁵⁰. Elas têm mais concepção histórica do que aplicação prática.

Destaca Luiz MaríaDíez-Picazo que na Espanha a expressão 'liberdades públicas' não tem conteúdo próprio, sendo considerado como sinônimo de direitos fundamentais. Contudo, "[...] *cabría apreciar una especial idoneidad para referirse a aquellos derechos fundamentales que garantizan ámbitos de autonomía frente al Estado, en vez de facultades de participación*"⁵¹.

A despeito de todas as discussões sobre as terminologias apresentadas, usarei na presente tese o termo direitos fundamentais, construída sob a ótica do ser humano em si, como posições que revestem as pessoas de direitos, prerrogativas e faculdades, todas essenciais para a manutenção das relações jurídicas. Esse conceito foi formulado a partir de duas concepções dos direitos fundamentais: a subjetiva e a objetiva.

Na acepção subjetiva relaciona-se com o sentido de que os direitos fundamentais são posições jurídicas essenciais para a proteção da pessoa⁵², ou seja, "[...] o seu conteúdo normativo refere-se ao direito de seu titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual"⁵³. Não se refere ao indivíduo enquanto um ente isolado, mas sim enquanto representativo de toda a humanidade. Ela aborda os direitos como faculdades reconhecidas para as pessoas e reflete na incidência vertical de proteção contra os poderes do Estado⁵⁴. É o próprio direito em si mesmo.

A concepção objetiva, por sua vez, decorre da constitucionalização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da necessidade de estabelecer limitações do poder e da sua forma de atuação, ou seja, atua como limite da

⁵⁰ CARVALHO, Joaquim de. **As liberdades públicas e as garantias individuais**. Disponível em: <<http://www.joaquimdecarvalho.org/artigos/artigo/164-2.-As-liberdades-publicas-e-as-garantias-individuais->>. Acesso em: 25 jan. 2013, p. 01.

⁵¹ Tradução livre: cabe verificar uma especial idoneidade ao referir-se àqueles direitos fundamentais que garantem âmbitos de autonomia face ao Estado, em vez de facultades de participação. O autor ainda destaca que na França e no Reino Unido há, respectivamente, *libertes publiques* e *civil liberties*, que se tratam de direitos fundamentais em uma concepção puramente material. (DÍEZ-PICAZO. *op. cit.*, p. 32-33.)

⁵² CUNHA JÚNIOR. *op. cit.*, p. 642.

⁵³ DIMOULIS; MARTINS. *op. cit.*, p. 117.

⁵⁴ Nestes sentido, José Ignacio Martínez Estay afirma que: "*suponelosderechos como facultades reconocidas por elordenamiento jurídico a los individuos*". (ESTAY, José Ignacio Martínez. *Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos*. In **Revista Chilena de Derecho**. Número Especial. Disponível em: <dialnet.unirioja.es/servlet/dfichero_articulo?codigo=2649971>. Acesso em: 15 fev. 2013, p. 59.)

racionalização ao poder e como vetor para a sua atuação⁵⁵. Desta forma, uma das suas mais importantes consequências está em estabelecer ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais⁵⁶, ou seja, oferecer “critérios de controle da ação estatal”⁵⁷.

Mas para estabelecer esse controle estatal é necessário, conjuntamente, estabelecer um sistema de valores que permita destacar quais as necessidades do ser humano nas relações sociais⁵⁸, desenvolvendo a visão objetiva dos direitos fundamentais e da qual decorre a incidência destes nas relações privadas.

O seu alicerce está no fato de que os valores fundantes desses direitos permeiam todas as relações sociais, não justificando a aplicação exclusiva nas relações que envolvam cidadãos e Estado, mas também incidindo sobre as relações entre privados.⁵⁹

Resumidamente, a visão subjetiva dos direitos fundamentais tem lastro na proteção do sujeito, enquanto ser humano, enquanto parte de uma sociedade estatal, enquanto cidadão. Já objetivamente relaciona-se com os valores jurídicos que permeiam a sociedade e que devem ser orientadores de todas as relações jurídicas.

A aceitação de que os direitos fundamentais são valores criados ao longo de uma história e surgentes com a finalidade de proteger os direitos, inicialmente contra o Estado, e posteriormente enquanto meramente afirmados, permite aceitar a aplicação da extensão dos seus efeitos em todas as relações jurídicas.

⁵⁵ Neste sentido: MENDES. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. *op. cit.*, p. 153; e CUNHA JÚNIOR. *op. cit.*, p. 642.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

⁵⁷ DIMOULIS; MARTINS. *op. cit.*, p. 118.

Neste sentido também destaca Fabio Freitas Minardi que: “Os direitos fundamentais, portanto, por concretizarem os valores máximos do ordenamento jurídico na forma promulgada na Lei Maior, devem subordinar toda a sociedade, nela incluída o Poder Público (Estado) e os particulares (pessoas físicas e jurídicas)”.

(MINARDI. *op. cit.*, p.05)

⁵⁸ Neste sentido Germán J. Bidart afirma que: “A partir del sistema de valores es posible abastecer las pretensiones y necesidades de los hombres y de su convivencia, que a la postre componen los contenidos históricos de eso que, tradicionalmente, se da en denominar el bien común público, o la buena convivencia compartida (el “estar-bien” en la convivencia, o el “bien-estar” de los hombres en sociedad)”.

(CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. 1. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 123.)

⁵⁹ Neste sentido José Ignacio Martínez afirma que: “los valores que representan dichos derechos rigen en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, incluida la interpretación del Derecho Privado”. (ESTAY. *op. cit.*, p. 60.)

2.1.2 Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais

A norma fundamental, assim como as demais normas jurídicas, é estudada normalmente em três planos: a validade, a vigência e a eficácia. A validade tem relação com o ingresso da norma no ordenamento jurídico, ou seja, uma norma será válida quando não contradizer norma superior e tenha ingressado no ordenamento atendendo ao processo legislativo pré-estipulado.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a “noção de validade é um aspecto dogmático fundamental, pois significa a sua identificação como compatível ao sistema jurídico que integra, sendo um critério puramente lógico-formal”⁶⁰. Para Hans Kelsen, a validade da norma está relacionada com o fato de haver uma norma que prescreva se uma conduta “deve ou não deve ser, deve ou não ser feita”.⁶¹

Em crítica a essa posição de Kelsen, Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que a explicação kelseniana da validade sugere que “a norma é um signo, meio para outro signo, e a relação signo/signo, norma/norma, é uma relação de validade”, havendo um excesso de formalismo, e reduzindo a validade “a uma categoria formal do pensamento”, o que denomina de validade condicional⁶². Esta, assim, se justificaria na relação meio/fim, exigindo “uma técnica retrospectiva, isto é, para saber se uma norma vale condicionalmente, deve-se remontar à sua norma imunizante e à norma imunizante desta, até chegar à primeira norma ou norma origem”⁶³.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior a validade não deve ser condicionante, mas sim finalística, ou seja, é preciso “saber se uma norma vale, finalisticamente, é preciso verificar se os fins foram atingidos conforme os meios prescritos”, reconhecendo a relação íntima entre direito e moral⁶⁴.

A validade da norma, assim, pode ser estudada sob dois enfoques: primeiramente, analisando a norma com relação à forma de ingresso no

⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. V. 1, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. MACHADO, João Baptista (trad.). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 07.

⁶² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Validade das Normas Jurídicas**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/37198542/FERRAZ-JUNIOR-Tercio-Sampaio-A-validade-das-normas-juridicas>>. Acesso em: 04 fev. 2013, p. 03.

⁶³ *Ibidem.*, p. 06.

⁶⁴ *Ibidem.*, p. 07.

ordenamento jurídico e em relação a sua subjugação com a moral, mantendo o direito sempre associado a este.

Sobre o tema, Robert Alexy afirma que uma norma será válida quando atenda os critérios pré-estabelecidos de validade, ou seja, “se a norma N satisfaz os critérios K^1 , ..., K^n , então, N é válida”. Desta forma, pode haver diversas teorias de validade, com base nos diferentes tipos de critérios utilizados, sendo todos aceitáveis⁶⁵. Tem-se uma norma válida se essa atende as condições pré-estabelecidas para o seu ingresso correto no ordenamento jurídico.

A vigência da norma, por sua vez, tem relação com a sua “existência específica”⁶⁶. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ela é “um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma”⁶⁷. É a norma que já pode ser exigida porque está com o tempo válido.

Implica dizer que pode haver norma que seja válida e não seja vigência, ou seja, não se pode exigir, como é o caso das normas no período da *vacation legis*. Neste momento, a norma já tem validade segundo os critérios estabelecidos, entretanto, não pode ser exigido o seu cumprimento, vez que se trata de um período de adaptação.

Por fim, a eficácia está relacionada com a produção de efeitos⁶⁸. Com o “fato real de ela [a norma] ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”⁶⁹.

Para Hans Kelsen a “eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes”⁷⁰. A eficácia é consequência direta do fato de a norma ter preenchido os critérios de validade. Em contrapartida, ela terá validade enquanto puder ser exigido o seu cumprimento.

A eficácia, enquanto verificadora da produção dos efeitos da norma, tem relação com o modo como a sociedade a observa e ocorre quando a norma encontra “na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos”⁷¹.

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 60.

⁶⁶ KELSEN. *op. cit.*, p. 07.

⁶⁷ FERRAZ JÚNIOR. **A Validade das Normas Jurídicas**. *op. cit.*, p. 14.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ KELSEN. *op. cit.*, p. 08.

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 148.

⁷¹ FERRAZ JÚNIOR. **A Validade das Normas Jurídicas**. *op. cit.*, p. 14

Em relação aos direitos fundamentais, não há como negar, principalmente levando em consideração a sua construção histórica, que as normas que os prescrevem estão dotadas de validade e de vigência. Ou seja, atendem aos critérios pré-estabelecidos para o ingresso no ordenamento jurídico e estão aptas a serem exigidas.

Neste sentido Germán J. Bidart Campos afirma que uma norma pode ter reconhecimento jurídico ainda que ela não seja escrita, bastando que ela tenha vigência sociológica, devendo ser acessível a todos. Significa afirmar que todos os cidadãos devem poder desfrutar e gozar do exercício da norma.⁷²

Mas, em relação à eficácia da norma, há a necessidade de analisar o sujeito ao qual a mesma se destina. Isso porque, tradicionalmente, esses direitos eram destinados a proteger os cidadãos - sujeitos ativos - dos arbítrios do Estado - sujeito passivo, em uma relação dita vertical. Entretanto, após a aceitação de que os direitos fundamentais também tem um aspecto valorativo, passou-se a visualizar a possibilidade de aplicar os direitos fundamentais nas relações jurídicas que envolvam somente particulares. Neste caso, tem-se a horizontalização das relações fundamentais.

A questão da incidência dos direitos fundamentais não está em relação a quem é o sujeito ativo, o detentor desses, posto que sempre o cidadão, a pessoa, o particular; mas contra quem eles podem ser opostos, quem é o sujeito passivo: só o Estado ou qualquer um.

2.1.2.1 Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, historicamente, foram construídos como forma de contrapor e assegurar garantias individuais diante do poder absolutista opressor. Eles são regras que devem ser opostos pela sociedade contra o Estado a fim de assegurar o cumprimento de uma ordem constitucionalmente garantida.

⁷² CAMPOS, Germán J. Bidart. *op. cit.*, p. 110-111.

Afirma Luiz MaríaDíez-Picazo que são direitos para fazer frente aos direitos do Estado, aos poderes públicos⁷³. Também Cláudio Henrique Bezerra Leite afirma que se trata de uma limitação que é imposta contra a atuação dos governantes, enquanto partes de uma relação de poder vertical⁷⁴. E Gilmar Ferreira Mendes destaca que os direitos fundamentais tem como finalidade principal a defesa do cidadão contra o Poder Público⁷⁵.

Desta forma, a aplicação dos direitos fundamentais está relacionada à questão da constitucionalidade das normas fundamentais. Não basta reconhecer que eles são direitos que buscam a proteção do ser humano, do indivíduo, enquanto ente socialmente inserido; ou mesmo que são valores reconhecidos pela coletividade e orientadores das relações jurídicas como um todo, eles precisam ter respaldo na Constituição.

Essa teoria decorre do constitucionalismo clássico, que, segundo Luigi Ferrajoli, consiste em um "*sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo*"⁷⁶. E completa afirmando que o garantismo, enquanto faceta do constitucionalismo, corresponde à elaboração e a implementação das

⁷³ "La historia de las declaraciones de derechos está íntimamente ligada a la historia del constitucionalismo, es decir, a aquella corriente de pensamiento que propugna la limitación y el control del poder político por medio del derecho. [...] Desde sus orígenes, las declaraciones de derechos han tenido como finalidad primaria proteger a los particulares frente al Estado: la acción de todos los poderes públicos debe hallar un tope jurídicamente infranqueable en esos derechos solemnemente declarados. Puede decirse que las declaraciones de derechos constituyen el estatuto jurídico-político básico de los ciudadanos y, más en general, de las personas. Así, las declaraciones de derechos son, junto a la búsqueda de una regulación equilibrada de los poderes públicos, uno de los grandes temas de todo el constitucionalismo."

(DÍEZ-PICAZO. *op. cit.*, p. 25.)

⁷⁴ LEITE, Cláudio Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas Relações de Emprego. *In Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 17. jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_%28Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego%29.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 34.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *In Revista Jurídica Virtual*. Vol. 2. N. 13. Jun./1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012, p. 02.

⁷⁶ Tradução livre: um sistema de vínculos substanciais, ou seja, de proibições e de obrigações impostas pelas cartas constitucionais, e precisamente pelos princípios e pelos direitos fundamentais por elas estabelecidos, a todos os poderes públicos, inclusive ao legislativo. (FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los Derechos Fundamentales. In Questões Constitucionales*. N. 15. Julio-diciembre 2006. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2014, p. 114.)

técnicas de garantia idôneas para assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos fundamentais estabelecidos nas Constituições Estatais.⁷⁷

DimitriDimoulis e Leonardo Martins resumem bem a visão tradicional dos direitos fundamentais aos conceituarem como “[...] direitos público-subjetivos de pessoa [...], contidos em dispositivos constitucionais [...], tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”⁷⁸. Essa é a eficácia vertical dos direitos fundamentais, posto que está relacionada com a possibilidade de exigir do Estado que faça ou deixe de fazer algo em função de determinado direito do cidadão.

Segundo essa teoria, todos os direitos de cunho fundamental, tais como os individuais, sociais, culturais e econômicos, assim como os direitos de titularidade coletiva, direitos genéticos, direitos tecnológicos e o direito à paz⁷⁹, devem ser implementados pelo Estado, posto que postos contra este.

A aceitação dessa teoria impediria falar na incidência do direito de propriedade nas relações de direito societário, através das práticas de governança corporativa. Isso porque, dentro de uma sociedade empresarial somente há entes de natureza privada, não há intervenção do Estado.

2.1.2.2 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

A possibilidade do reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais em relações privadas surge com o desenvolvimento da teoria horizontal, ou horizontalidade das relações fundamentais. Esta permite a possibilidade desses direitos serem aplicados e exigidos diretamente entre os particulares, independente da presença estatal.

⁷⁷ *Ibidem.*, p. 115.

⁷⁸ DIMOULIS; MARTINS. *op. cit.*, p. 115.

⁷⁹ Esses direitos foram afirmados ao longo dos anos e reconhecido nas chamadas dimensões/gerações que, a despeito da discussão doutrinária acerca de qual nomenclatura é mais adequada, demonstram a uma evolução histórica dos direitos fundamentais, e que estes foram construídos em diferentes momentos históricos. Não no sentido de substituição de um direito por outro, mas sim no sentido de agregação de vários direitos em um único indivíduo a depender de qual situação esteja sendo contestada. Desta forma, verifica-se que o conjunto dos direitos fundamentais é formado um somatório de todos os direitos historicamente reconhecidos.

Neste sentido: LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 08 jan. 2013, p. 01; OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 17; e BOBBIO. *op. cit.*, p. 32.

O reconhecimento desta relação decorre da afirmação de que as pessoas precisam ser protegidas não só do poder exercido pelo Estado, mas também dos atos de poder praticados pelos seus semelhantes. Aceita-se que os homens não são iguais como ditavam as primeiras declarações, mas sim desiguais, e precisam ser tutelados dentro dessa desigualdade.

Tal fato pode ser constatado em diversas relações jurídicas, tais como as relações de trabalho e as relações de consumo. Nestes, verificando uma desproporcionalidade no uso do poder por uma das partes envolvidas (por exemplo: empregador e fornecedor), houve a necessidade de restabelecer o equilíbrio, o que só foi possível através da aceitação de que os direitos fundamentais podem incidir sobre as relações privadas⁸⁰.

Neste sentido, afirma Cláudio Henrique Bezerra Leite que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, “decorre do reconhecimento de que as desigualdades estruturantes não se situam apenas na relação entre o Estado e os particulares, como também entre os próprios particulares”⁸¹. Isso proporcionou uma nova forma de pensar a aplicação dos direitos fundamentais, incidindo também nas relações entre os particulares.

Tal possibilidade já é expressamente prevista na Constituição da República do Portugal (artigo 18) ao determinar que: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”⁸². Contudo, configura uma exceção à regra.

Outras constituições abordam somente a posição tradicional da aplicação vertical dos direitos fundamentais, por exemplo da Constituição espanhola, que, no artigo 53, dispõe de forma expressa que os direitos e liberdades fundamentais vinculam somente os poderes públicos.⁸³

⁸⁰ Neste sentido: CUNHA JÚNIOR. *op. cit.*, p. 649; e SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas**: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 114.

⁸¹ LEITE. *op. cit.*, p. 36.

⁸² PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Constituicao_Portuguesa.htm>. Acesso em: 05 fev. 2013, p. 06.

⁸³ 1. *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que su tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)*

2. *Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.*

Já a Constituição brasileira de 1988 (artigo 5º, § 1º) dispõe que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁸⁴, entretanto, é omissa em relação às quais sujeitos as mesmas se dirigem, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência o debate do tema.

Apesar de aparentemente haver a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas diretas, isso não é pacífico. Destaca Luiz MaríaDíez-Picazo que a resposta depende da concepção político-filosófica que se tem sobre a concepção de Estado Democrático de Direito, sobre o grau de liberalismo que o fundamente e sobre a interpretação constitucional adotada.⁸⁵

Os teóricos que estudam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas podem ser divididos em dois grandes grupos: os adeptos da teoria negativa - que afirma que esses direitos só podem ser opostos face ao Estado - e os adeptos da teoria positiva - que entendem ser possível a incidência.

2.1.2.2.1 Teorias negativas

As teorias negativas, como próprio nome já induz, negam totalmente a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, por entenderem que esses direitos somente estão vinculados ao poder público. Está fundada na incidência conforme a visão clássica, onde tais direitos refletem somente as relações entre o Estado e os cidadãos. DimitriDimoulis e Leonardo Martins, contrários à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, são categóricos quando afirmam tal impossibilidade.⁸⁶

3. *El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.*

(ESPAÑA. **ConstitucionEspañola**. Disponível em: <<http://www.gva.es/cidaj/pdf/constitucion.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012, p. 09.)

⁸⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. *op. cit.*

⁸⁵ O fundamento de tal afirmação está no fato de que, segundo o autor: “[...] *para unos, la Constitución contiene simplemente las reglas del juego de una sociedad democrática, de manera que, en tanto en cuanto se respeten dichas reglas, cualquier opción adoptada por la mayoría de turno es válida y legítima; para otros, en cambio, la Constitución recoge un programa de configuración de la sociedad, por lo que las principales decisiones colectivas quedan de alguna manera predeterminadas por ella.*”

(DÍEZ-PICAZO. *op. cit.*, p. 142.)

⁸⁶ DIMOULIS; MARTINS. *op. cit.*, p. 102.

O fundamento da impossibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, para os autores, está na historicidade. A finalidade para a qual os direitos fundamentais foram construídos é limitar o poder do Estado a favor dos indivíduos a este submetidos. Desta forma, o Estado em sentido amplo (toda e qualquer autoridade ou órgão que exerça competências estatais) é o único destinatário das normas.⁸⁷

Luiz Roberto Barroso afirma que a verificação dos direitos fundamentais, seja em atos sociais quanto em atos que decorrem da atividade econômica, é obrigação do Estado. Isso porque este assume diretamente alguns papéis, que estão relacionados à condução do desenvolvimento de cunho distributivo, que tem por finalidade atenuar as distorções existentes na sociedade.⁸⁸

Schwabe, citado por Mijail Mendoza Escalante, destaca que a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares é, na realidade, um conflito aparente de sujeito. Tal alegação tem como fundamento a reflexão de que os direitos fundamentais só tinha como destinatário de suas normas o Estado na sua função originária de defesa. Caso haja a incidência desses direitos sobre as relações particulares também persiste a relação originária – Estado/particular –, porque sempre será o Poder Judiciário quem terá o poder de decidir o conflito no caso concreto.⁸⁹

Outros juristas, como Ellen Gracie, se apegam ao instituto da autonomia da vontade, sustentando que as partes, em um contrato, têm liberdade para estabelecer as normas que vão regulamentar a relação jurídica, não podendo ser invocada a Constituição Federal ou mesmo os direitos fundamentais, para contradizê-las⁹⁰.

Verifica-se a visão tradicionalista da incidência vertical dos direitos fundamentais. Como estes surgiram a fim de proteger os cidadãos do Estado, esses

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. *In* **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. N. 1, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO-BARROSO.pdf>>.

Acesso em: 16 ago. 2014, p. 01.

⁸⁹ ESCALANTE, Mijail Mendoza. ***La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares.*** Disponível em: <<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulos/pdf/iii/efectos.horizontal.es.der.fund.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2012, p. 06.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 201.819-8**. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes. D.J. 27 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 17 out. 2012, p. 581.

direitos somente podem ser opostos contra o ente estatal. Qualquer reconhecimento contrário gera conflito de sujeito. Essa é a posição dos adeptos da teoria negativa.

2.3.2.2 Teorias afirmativas

A teoria negativa, que afirma somente a incidência vertical dos direitos fundamentais, não mais reflete a atual sociedade, porque não mais há apenas uma força de poder, mas diversas, além de que há diversos tipos de poderes, como o poder econômico, o poder político e o poder social. Precisam-se controlar essas forças e os direitos fundamentais são um dos instrumentos para tanto.

Em busca do reconhecimento da possibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas foram construídas as teorias afirmativas. Essas têm como fundamento o fato de que os direitos fundamentais são prerrogativas da pessoa que faz uso desses, não importando contra quem. Luigi Ferrajoli afirma que: "*Hoy en día el desafío del futuro es el generado por un lado por el viejo absolutismo de la soberanía externa de los Estados, y por el otro por el nuevo absolutismo de los grandes poderes económicos y financieros transnacionales*"⁹¹.

Entretanto, há duas formas de reconhecer a incidência nas relações privadas: as teorias de eficácia indireta ou imediata e as teorias de eficácia direta ou mediata.

Ambas as eficácias - direta ou imediata e indireta ou mediata - são aceitas no ordenamento quando estão em discussão questões de cunho constitucional, e a distinção entre elas não é tão clara quanto parece⁹². José Afonso da Silva aponta que será de eficácia direta todas as normas que tenham o seu conteúdo completo e autoaplicável, ou seja, quando estiverem presentes todos os elementos e requisitos que permitam a aplicação imediata. E conclui ressaltando que quando a regulamentação presente na norma "é tal que se pode saber, com precisão, qual a

⁹¹ Tradução livre: Hoje em dia o desafio do futuro é gerado pelo conflito entre o velho absolutismo da soberania do Estado e o novo absolutismo dos grandes poderes econômicos e financeiros transnacionais.

(FERRAJOLI. *op. cit.*, p. 134.)

⁹² Neste sentido, José Afonso da Silva afirma que: "Não é fácil determinar um critério para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena daquelas de eficácia contida ou limitada. Constitui, mesmo, esse, um problema tormentoso de interpretação das normas constitucionais, e a sua solução se reveste, não obstante, de grande importância prática".

(SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.)

conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que está é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz".⁹³

A teoria da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas de forma indireta ou mediata alicerça-se no fato de que os direitos fundamentais têm como característica a necessidade de regulamentação legislativa infraconstitucional. Isto é, eles devem ser aplicados e interpretados em consonância com os conteúdos, os alcances e os limites traçados pelo legislador⁹⁴.

Assim, cabe ao legislativo atuar em duas dimensões: a negativa ou proibitiva, que impede o legislador de violar, através de leis, direitos fundamentais; e a positiva, que obriga o legislador a criar normas que implementem e assegure a efetividade dos direitos fundamentais, destacando quais podem refletir nas relações particulares⁹⁵.

Ou seja, para a incidência das normas fundamentais às relações entre particulares obrigatoriamente deve haver uma ação legislativa prévia, sendo indireta. O legislador é quem vai decidir quais normas podem ser aplicadas e de qual forma.

Por sua vez, a teoria da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares de forma direta e imediata fulcra-se no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal⁹⁶, que dispõe que as normas e direitos fundamentais têm aplicação direta. Isso porque, elas refletem matéria de cunho essencial para a sociedade e são completas em todo o seu conteúdo, ou seja, não precisam de norma regulamentadora posterior para ser aplicadas.

Gilmar Ferreira Mendes defende que uma das características dos direitos fundamentais é a sua aplicação direta, pois o supramencionado dispositivo constitucional autoriza que os "juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação"⁹⁷.

Este pensamento também é explicitado nadoutrina estrangeira, merecendo destaque o pensamento de Mijail Mendoza Escalante, ao afirmar que: "*Esta vinculación implicaría la obligación de los jueces ordinarios en aplicar directamente*

⁹³ *Idibem.*, p. 97-98.

⁹⁴ ESCALANTE. *op. cit.*, p. 04.

⁹⁵ LEITE. *op. cit.*, p. 37.

⁹⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. *op. cit.*

⁹⁷ MENDES. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. *op. cit.*, p. 134.

*los derechos fundamentales en la resolución de los casos*⁹⁸. E como consequência da aplicação direta o autor destaca dois efeitos: a modificação das normas de direito privado que existem e a criação de novas normas⁹⁹.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas de forma direta tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, desde 1995, ainda que implicitamente, como no julgamento do Recurso Extraordinário n. 160.222/RJ¹⁰⁰, onde foi verificada violação do direito fundamental à intimidade das Recorrentes, operárias submetidas pela indústria de vestuário à revista íntima, sob ameaça de dispensa.

De forma explícita, Ministro Gilmar Mendes reconheceu a incidência direta dos direitos fundamentais, no Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ¹⁰¹, interposto contra decisão que anulou a exclusão de um sócio da União Brasileira de Compositores – UBC. Neste caso, revendo toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmou-se que o direito fundamental de defesa deve ser aplicado e não pode ser afastado, ainda que haja previsão em contrário em documento privado. No mesmo julgamento, Ministro Celso de Mello sustentou que os direitos fundamentais, por terem fulcro direto no próprio texto constitucional, devem ser respeitados.¹⁰²

Desta forma, verifica-se a possibilidade de os direitos fundamentais, assim como o direito de propriedade, incidirem diretamente nas relações privadas, a fim de evitar e coibir o abuso do poder econômico que alguns particulares podem exercer sobre outros.

⁹⁸ Tradução livre: Esta vinculação implicaria na obrigação dos juízes de primeiro grau aplicarem diretamente os direitos fundamentais na solução dos casos.

(ESCALANTE. *op. cit.*, p. 03.)

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 160.222**. Recorrente: Ana Paula Munis dos Santos e outros. Recorrido: Nahum Manela. Relator: Sepúlveda Pertence. D.J. 11 abr. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213340>>. Acesso em: 17 out. 2012.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 201.819-8**. *op. cit.*, p. 577.

¹⁰² "EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...]"

(*Ibidem.*, p. 648.)

2.2 PRINCÍPIOS E PRECEITOS DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

Ademais do estudo dos direitos fundamentais, para a compreensão correta do direito de propriedade enquanto direito fundamental e, ainda, elemento central da presente tese, é necessário entender, também, como este está incorporado na ordem econômica.

O estudo da ordem econômica não nasce na visão moderna do Estado, que prezava pelas igualdades e liberdades individuais, mas no Estado Social¹⁰³, que exige uma atuação mais participativa e regulatória nos mercados de capitais. Isso porque, por volta da metade do século XX, novas reivindicações coletivas de melhores condições de trabalho, saúde, educação, moradia e a afirmação de novos direitos como fundamentais - direitos de segunda, terceira, quarta e quinta gerações/dimensões - repercutiram na forma como o Estado intervinha na sociedade e, como consequência, surge a necessidade de se estabelecer uma ordem econômica.

Esse pensamento está apontado no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao prevê que "[...] o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos"¹⁰⁴. A efetivação dos direitos fundamentais somente será possível com a regulação dos preceitos básicos da economia e dos princípios e direitos fundamentais da ordem econômica.

2.2.1 Aplicação dos Preceitos da Ordem Econômica Brasileira

Os preceitos da ordem econômica brasileira estão previstos na Carta Magna (artigo 170) que determina que ela deva estar fundada na valorização do trabalho

¹⁰³ "O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil."

(LÔBO. *Constitucionalização do Direito Civil. op. cit.*, p. 102)

¹⁰⁴ BRASIL. **Decreto n. 591**, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 17 ago. 2014.

humano e na livre iniciativa, e tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social¹⁰⁵ ¹⁰⁶.

A valorização do trabalho está relacionado com o valor que se confere ao trabalho em si mesmo considerado e aos seus agentes, tendo como base uma política racional e não filantrópica. Isso tendo como base uma sociedade capitalista como a brasileira.¹⁰⁷

Todos devem ter o livre direito de trabalhar em qualquer função, desde que esta não seja ilícita, percebendo por esse trabalho um valor, uma remuneração que seja racionalmente justa. Ou seja, que lhe seja capaz de atender "suas necessidades vitais básicas e às de sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim"¹⁰⁸.

A livre iniciativa ou livre exercício de qualquer atividade empresarial lícita, por sua vez, relaciona-se à ideia de que todos podem desenvolver atividade ou atividades econômicas independente de autorização. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, ele é um elemento essencial do capitalismo, isso porque, para um funcionamento

¹⁰⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. *op. cit.*

¹⁰⁶ Analisando a determinação do artigo 170 da Constituição Federal, Eros Roberto Grau destaca que tem conotação eminentemente normativa e deve ser lido da seguinte forma: "[...] as relações econômicas - ou a atividade econômica - deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]".

(GRAU, Eros Roberto. **Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66.)

¹⁰⁷ *Ibidem.*, p. 199-201.

¹⁰⁸ Artigo 7º, IV, da Constituição Federal de 1988. (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. *op. cit.*)

Neste sentido também o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, prevê em seu artigo 7:

"Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial:

a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores;
 i) Um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de valor igual, sem nenhuma distinção, devendo, em particular, às mulheres ser garantidas condições de trabalho não inferiores às daquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual;
 ii) Uma existência decente para eles próprios e para as suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;
 b) Condições de trabalho seguras e higiênicas;
 c) Iguais oportunidades para todos de promoção no seu trabalho à categoria superior apropriada, sujeito a nenhuma outra consideração além da antiguidade de serviço e da aptidão individual;
 d) Repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas pagas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos."

(BRASIL. **Decreto n. 591**. *op. cit.*)

correto deve haver um "ambiente econômico e institucional em que a liberdade de iniciativa esteja assegurada"¹⁰⁹.

A livre iniciativa, desdobrada em liberdade econômica, é a liberdade de exercer a atividade econômica a título privado e de captar clientes, sem a ingerência do Estado, salvo quando necessário para a manutenção da livre concorrência¹¹⁰. Eros Roberto Grau nesse ponto destaca que: "[...] é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a iniciativa do Estado; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa"¹¹¹.

Luis Roberto Barroso aponta quatro elementos decorrentes desse conceito: o primeiro é a necessidade de existência de propriedade privada, pois somente assim haverá a possibilidade de apropriação por parte de particular; o segundo é o livre exercício em si mesmo considerado; o terceiro é a livre concorrência, pois somente em um mercado competitivo poderá estabelecer preços e condições adequadas; e em relação à liberdade de contratar, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, salvo a existência de lei.¹¹²

Tanto a valorização do trabalho quanto a liberdade de iniciativa devem ser usados e aplicados tendo em vista o objetivo da ordem econômica, que é a dignidade da pessoa. Isso porque este é um valor fundamental e inviolável para os seres humanos¹¹³, implicando que toda a ordem jurídica nacional deve atendê-lo¹¹⁴.

¹⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial**: com anotações ao projeto do código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

¹¹⁰ GRAU. *op. cit.*, p. 205-207.

¹¹¹ *Ibidem.*, p. 207.

¹¹² BARROSO, Luis Roberto. Ordem Constitucional Brasileira e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *In*Revista **Diálogo Jurídico**. N. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2014, p. 04.

¹¹³ ANDORNO, Roberto. **The Paradoxical Notion of Human Dignity**. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2012, p. 02.

¹¹⁴ A delimitação conceitual de dignidade não é aceita unanimemente por todos os doutrinadores. A impossibilidade de traçar um conceito decorre do aspecto histórico que lhe é intrínseca, pois varia consoante as épocas e os locais, sendo a sua construção decorrente de um processo evolutivo dinâmico.

Destaca Mário Lúcio Quintão Soares que: "A pessoa humana, na dicção constitucional, é valorada mediante o espectro antropocêntrico que permeia a Ciência Jurídica no Estado Democrático de Direito, no qual é posta no vértice do prisma da hierarquia das normas jurídicas, juntamente com os demais princípios expostos no art. 1º mencionado, haja vista a consolidação da noção de que a justiça é o fundamento do Direito, sendo o fundamento da justiça a dignidade da pessoa humana".

(SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais**: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/pro/arquivos/files/e4.htm>>. Acesso em: 15 maio 2012, p. 05.).

A importância da dignidade está no fato de que “o Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem estar do homem e não fins em si mesmo ou meios para outros fins”¹¹⁵. Tal afirmação corrobora a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, inclusive nas relações de cunho econômico, como é o caso em estudo.

Os preceitos da ordem econômica devem ser observados em todas as relações jurídicas e devem ser aplicados diretamente, ainda que a relação não envolva um ente estatal. Contudo, analiso especificamente a questão do direito de propriedade, que decorre diretamente dos preceitos, mas é mais aceito enquanto princípio fundamental.

2.2.2 Aplicação dos Princípios da Ordem Econômica Brasileira

O artigo 170 da Constituição Federal prevê os princípios que regulamentam a ordem econômica brasileira, dividindo, Luis Roberto Barroso, tais princípios em "de funcionamento" e "de fins". Os primeiros são previstos no artigo 170, I a VI, e "estabelecem parâmetros de convivência básico que os agentes da ordem econômica devem observar". Os princípios fins (artigo 170, VII a IX) "descrevem realidades materiais que o constituinte deseja serem alcançadas".¹¹⁶

Elucida Ingo Wolfgang Sarlet que a dignidade é um conceito com “contornos vagos e imprecisos caracterizado por sua ambiguidade e porosidade assim como por sua natureza necessariamente polissêmica”. (SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16).

E o mesmo autor, destaca em outra obra que todos sabemos o que é indigno, mas não conseguimos explicar o que é uma coisa digna para os seres humanos. Há um elemento vago na dignidade humana, entretanto a mesma é "irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade" (SARLET. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. *op. cit.*, p. 52)

Para a compreensão do tema, é importante a leitura de Roberto Andorno que afirma: "*In other words and paradoxically, it is easier to understand what is contrary to human dignity than what is in accordance with it*". (ANDORNO. *op. cit.*, p. 07.)

Neste sentido também: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Vulnerabilidade e Dignidade humana**. *In O Mundo da Saúde*. Ano 30. Vol. 30. N. 3. Jul-set./2006. São Paulo. Disponível em: <http://www.scamilo.edu.br/pdf/mundo_saude/38/vulnerabilidade_dignidade.pdf>. Acesso em: 28 maio 2009, p. 439.

¹¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 31.

¹¹⁶ BARROSO. Ordem Constitucional Brasileira e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *op. cit.*, p. 08.

Para entender melhor o que significa essa divisão e como se dá aplicação no princípio da propriedade é necessário entender o que são princípios e como se dá a diferença entre estes e as normas.

Os princípios, segundo Ronald Dworkin, são regras normas aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, ou seja, ou a regra é válida, e então a resposta por ela fornecida deve ser aceita, ou inválida, e neste caso ela em nada contribui para a decisão¹¹⁷. Entretanto, não é possível reduzir todos os ordenamentos jurídicos às estruturas jurídicas das regras, colocando os princípios ao lado destas¹¹⁸.

Por sua vez, os princípios são analisados sob dois enfoques. Primeiramente, o termo princípio designa a forma genérica, para indicar um conjunto de padrões formados pelos princípios estrito senso, pelas políticas e outros tipos de padrões que não são as regras. No sentido estrito, o termo representa um padrão que deve ser observado por ser uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.¹¹⁹

O conteúdo material do princípio - seu peso específico - é o que determina quando deve ser aplicado em uma situação determinada. Eles informam as normas jurídicas concretas, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz quando viola um princípio que neste caso específico se considera importante.¹²⁰

Contudo, essa análise dos princípios não é pacífica. Robert Alexy entende que eles “*son normas que ordenan que algo sea realizado en lamayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas*”¹²¹. Eles são, desta forma, comandos de otimização¹²². E estão caracterizados pelo fato de que podem ser

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a Sério**. BOEIRA, Nelson (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹¹⁸ FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. GULLO, Candice Premaor (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4.

¹¹⁹ DWORKIN. *op. cit.*, p. 36.

¹²⁰ CALSAMIGLIA, Albert. **Ensaio sobre Dworkin**. SAMPAIO, Patrícia (trad.). Disponível em: <http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 26 maio 2009.

¹²¹ Tradução livre: são normas que ordenam que algo seja realizado da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

(ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. In **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_011.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009, p. 26.)

¹²² [...] *en mi concepción los principios tienen el carácter de mandatos de optimización*.

(ATIENZA, Manuel. **Entrevista a Robert Alexy**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009, p. 674.)

cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas¹²³.

As regras, por sua vez, “*son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, puedencaracterizarse como mandatos definitivos*”¹²⁴. Por isso, são normas que só podem ser cumpridas ou não, isto porque, se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos¹²⁵.

Distinguindo regras de princípios, afirma Robert Alexy que “*le corresponden dos tipos diferentes de aplicación de normas: la subsunción y la ponderación*”¹²⁶. Ou seja, a diferença entre os dois tipos de normas está no grau de valoração compatível com a sua aplicabilidade.

Essa distinção tem reflexos diretos na colisão de normas. Quando duas regras entram em conflito uma deve ser considerada inaplicável, deve ser descartada. Entretanto, quando o mesmo ocorre com dois princípios, estes devem ser ponderados no caso concreto, sendo que a aplicação de um deles não invalida o outro.¹²⁷

Humberto Ávila, por sua vez, afirma que os princípios são um fim a ser atingidos, mas não com incidência direta. Eles têm “pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovida e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”¹²⁸. Ou seja, eles instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas; obrigação de fazer o que for necessário para promover o fim.¹²⁹

As regras, em contrapartida “são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para

¹²³ AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas. *In Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 42 n. 165 jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.eduvaleavare.com.br/lmg/downloads/R165-11.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2009, p. 126.

¹²⁴ Tradução livre: são normas que, de acordo com determinadas condições, ordenam, proíbem, permitem ou outorgam um poder de maneira definitiva.

(ALEXY, Robert. *Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional*. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009, p. 40-41.)

¹²⁵ AMORIM. *op. cit.*, p. 126.

¹²⁶ ALEXY. *Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional*. *op. cit.*, p. 44.

¹²⁷ Neste sentido: *Ibidem.*, p. 40-41; e AMORIM. *op. cit.*, p. 126.

¹²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79.

¹²⁹ *Ibidem.*, p. 79-80.

cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência”. Elas têm como destinação dá suporte aos princípios, que lhes são “axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”.¹³⁰

A distinção entre os princípios e as regras deve ser feito com base em três critérios: 1) natureza da descrição normativa – as regras descrevem objetos determináveis e os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido –; 2) natureza de justificação – as normas exigem subjunção da descrição com o caso concreto e os princípios exigem avaliação de correlação positiva entre a conduta e a coisa –; e 3) natureza da contribuição – as regras têm pretensão de decidibilidade e os princípios têm pretensão de complementaridade.¹³¹

Comparando os três teóricos, verifico que para Ronald Dworkin a diferença entre os regras e princípios está no grau de hierarquia e superioridade, ou seja, os princípios são hierarquicamente superiores; para Robert Alexy as regras e os princípios estão no mesmo grau hierárquico, distinguindo-se pelo conteúdo normativo; e para Humberto Ávila, os princípios são um comportamento normativo ideal para alcançar um fim, enquanto as regras possuem a finalidade nos seus próprios comandos, devendo o aplicador do direito se ater a este.

Partindo dessas três posições afirmo que os princípios, sejam positivados ou não positivados, equiparados às regras ou vistos somente enquanto valores, representam direitos fundamentais que devem ser observados por todas as pessoas em suas relações jurídicas. O fato de ser um princípio não significa que este está em um patamar inatingível e que não deve ser aplicado, isso porque, eles são direitos.

Neste sentido Eros Roberto Grau salienta que os preceitos e princípios da ordem econômica são direitos que ao invés de prescrever situações ou fatos, atribui a estes consequências jurídicas. Ou seja, qualquer prática ou conduta que seja incompatível com eles ofende toda a ordem constitucional.¹³²

Os direitos da ordem constitucional são a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a busca pela redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as

¹³⁰ *Ibidem.*, p. 78.

¹³¹ *Ibidem.*, p. 83-84.

¹³² GRAU. *op. cit.*, p. 196-197.

empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País¹³³. Todos eles são aplicados diretamente nas relações tanto públicas quanto privadas, postos que fundamentais, sendo o direito de propriedade o objeto em estudo na presente tese.

2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade, como tradicionalmente é estudado, está inserido dentro do estudo dos Direitos Reais ou Direitos das Coisas, sub-ramo do Direito Civil, e, conforme afirma Orlando Gomes, tem como finalidade regular o “poder dos homens sobre os bens e o modo de sua utilização econômica”¹³⁴.

Dentro desse contexto o direito de propriedade é o mais importante e completo dos direitos reais¹³⁵, sendo definido como o conjunto de direitos que formam o patrimônio de uma pessoa e que pode ser reduzido a um valor pecuniário¹³⁶. Ou seja, é o direito de ser 'dono' ou 'proprietário' e de poder fazer com o bem o que a vontade individual de cada pessoa determinar¹³⁷.

Clóvis Beviláqua analisa a propriedade sob três concepções: a econômica, a psíquica e a jurídica. Economicamente, destaca que "é a utilização das forças naturais"; no aspecto psíquico está relacionado com a "satisfação das necessidades humanas, reduzidas, nos primeiros tempos, e variando, infinitamente, com o evoluir da cultura"; e, juridicamente, "é a segurança, que o grupo social oferecer a essa utilização".¹³⁸

O estudo do direito de propriedade e desta em si mesma considerada, principalmente enquanto direito individual, não é novo. Ele já existe desde os

¹³³ Previstos no artigo 170 da Constituição Federal. (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. *op. cit.*)

¹³⁴ Neste sentido: GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20. ed. rev. atual. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 07; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. V. 4. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 99-102; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. V. 5. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 141-143; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172-176; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das coisas**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80-82; e WALD, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 10. ed. rev. aumentada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.102-107.

¹³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. V. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150.

¹³⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. V. 1. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 97.

¹³⁷ RIZZARDO. *op. cit.*, p. 167.

¹³⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 126-127.

primórdios da humanidade, principalmente, quando os recursos naturais começaram a se tornar escassos¹³⁹, perdurando pelo Direito Romano e pela propriedade medieval¹⁴⁰.

Considerando o recorte metodológico do presente trabalho, o período da Revolução Francesa, com o pensamento individualista burguês tem maior relevância para estudo.

O direito de propriedade, nesse período, teve como marco jurídico o Código de Napoleão¹⁴¹ e ganhou os contornos que tem atualmente. Isso porque, abandonando as concepções medievais de propriedade dividida, e retomando a ideia romana de propriedade una e indivisível, tendendo ao absolutismo¹⁴², transformou-se em um instrumento para assegurar a manutenção dos ideais de liberdade, fraternidade e igualdade¹⁴³. Desta forma, o direito de propriedade acabou por assegurar a “condição de direito natural, em pé de igualdade com as liberdades fundamentais”¹⁴⁴.

É nesse momento histórico, também, que a propriedade passa a ser um direito alcançável “segundo a capacidade e esforço de cada um”¹⁴⁵. Isso significa que uma vez que o bem ingressa na esfera privada de determinada pessoa, não mais podia ser questionada e o proprietário passava a ter o domínio exclusivo e ilimitado sobre o mesmo, lhe sendo assegurado o direito de usar, gozar, dispor e reavê-los do poder de quem o tivesse¹⁴⁶.

¹³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. V. 5, 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 257.

¹⁴⁰ Nesse sentido: GOMES. *op. cit.*, p. 110-111; e BEVILÁQUA. *op. cit.*, p. 115-126.

¹⁴¹ Mais especificamente o artigo 544 que determina: "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*".

(FRANÇA. **Code Civil des Français**. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf>. Acesso: 10 jan. 2015, p. 136.)

¹⁴² FACCHINI NETO, Eugênio. Code Civil francês: gênese e difusão de um modelo. *In Revista de Informação Legislativa*. Ano 50, N. 198, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 jan. 2015, p. 13.

¹⁴³ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 17 determinava que: "Com a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condições de justa e prévia indenização. (**DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789**. *op. cit.*)

¹⁴⁴ GOMES. *op. cit.*, p. 111.

¹⁴⁵ FARIAS; ROSENVALD. *op. cit.*, p. 259.

¹⁴⁶ Esses direitos estavam previstos no Código Civil de 1916 nos artigos 524 a 529, sendo que especificamente o artigo 524 e o 527 dispunham:

Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reave-los do poder de quem quer que injustamente os possua. [...]

O direito de propriedade, então podia ser estudado tendo como referência três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Para o primeiro critério é definido como “a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa”. Pelo critério analítico, corresponde ao “direito de usar, fruir, e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui”. E descritivamente é “um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei”.¹⁴⁷

Jean-Jacques Rousseau ressalta que a propriedade era um direito natural e inerente ao homem, posto que fosse uma consequência lógica do contrato social. Ele afirma que "o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui"¹⁴⁸.

Essa visão privatista da propriedade decorre, como afirma Friedrich Engels¹⁴⁹ da relação monogâmica que o homem mantém consigo mesmo, com sua família, com seus bens e com o Estado em si. A monogamia¹⁵⁰, enquanto motivador econômico para formação das relações, neste processo de desenvolvimento histórico, propiciou o acúmulo de riquezas privadas, a propriedade, sendo primeiramente refletida na mulher como o primeiro bem que o homem possuía, seguido por outros.

Contudo, as mudanças sociais ocorridas com a crise do Estado Liberal, em virtude do reconhecimento de que há a necessidade de intervenção do Estado para a regulação das relações sociais e jurídicas, implicou que novos direitos surgissem. Esses são decorrentes, principalmente, do reconhecimento da igualdade material, ante a ineficiência da igualdade formal.

Art. 527. O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.
(BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1ª de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 21 jul. 2014.)

¹⁴⁷ GOMES. *op. cit.*, p. 103.

¹⁴⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

¹⁴⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da Propriedade Privada e do Estado**. 9. ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1894.

¹⁵⁰ O autor emprega o termo monogamia como sendo uma relação, não apenas entre homem e mulher, mas como um processo onde o bem-estar de um é colocado a cima dos demais e alcançado as custas de dor e repressão alheia.
(*Ibidem.*, p. 79)

Como consequência, as pessoas deixaram de ser vistas em condição de desigualdade somente em relação ao Estado, mas entre seus pares, os particulares, aceitando-se a ideia de que um ente privado exerce poder sobre outro ente privado.

Houve também uma mudança na estrutura social com a preponderância do ser sobre o ter e conseqüentemente repercussões e reflexos no direito de propriedade, com a valorização das situações existenciais em face de situações patrimoniais¹⁵¹.

A propriedade, então, passou a ser analisada sob o aspecto do direito à terra. Não à terra no sentido literal, mas no sentido de conferir às pessoas acesso a outros direitos como alimentação, moradia e do próprio desenvolvimento humano; também no sentido de refletir a necessidade de manutenção de culturas - com a preservação de patrimônio histórico e através da concessão de terras a comunidades específicas que precisam ser protegidas –; e no sentido de restabelecer novas relações de gênero para as pessoas, vez que há povos que ainda atrelam a questão da administração dos bens ao estado civil das pessoas.¹⁵²

A propriedade privada e o direito de propriedade passa a ser um meio de efetivação do Estado Social, o ter individual se torna um ter coletivo, ou fiscalizado pela coletividade. A propriedade tem que atender aos anseios sociais. Entretanto, o simples fato de que o direito de propriedade esteja previsto na Constituição não assegura a ele uma posição inquestionável de direito fundamental.

2.3.1 O Direito à Propriedade enquanto Direito Fundamental

¹⁵¹ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Algumas notas sobre a função social da propriedade imobiliária no Direito brasileiro. *In Revista de Direito Privado – RDPriv*. Ano 12. V. 46. Abr.-Jun.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

¹⁵² GILBERT, Jérémie. Direito à terra como direito humano: argumentos em prol de um direito específico à terra. *In Revista Internacional de Direitos Humanos*. V. 10, n. 18, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/18>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

Neste sentido, José Antônio Peres Gediel corrobora com essa visão ao afirmar que: "A propriedade privada e sua funcionalização aparece [...] como resultante de uma demanda de movimentos sociais por acesso à terra, como meio de produção e moradia, mas garantida pela justa indenização pelo Estado ao proprietário, ao intervir para equilibrar o seu aproveitamento, na busca da justiça social." (GEDIEL, José Antônio Peres. A social-democracia e seus reflexos sobre o direito civil contemporâneo. *In Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. V. 15, n. 15, jan./jun. 2014. Curitiba. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/575>>. Acesso em: 24 ago. 2014, p. 182.)

A afirmação do direito de propriedade como direito fundamental surge, na sua concepção liberal-moderna, da necessidade individualista de assegurar a manutenção dos meios de produção através da capacidade de cada pessoa de possuí-los, em contraponto com a concepção medieval que refletia o privilégio de poderia ter. E, apesar das mudanças sociais ocorridas com o Estado Social, na contemporaneidade, ele foi mantido como tal.

Criticando o fato de o direito de propriedade ser um direito fundamental, Norberto Bobbio afirma que só é assim, porque à época das declarações individualistas a sociedade era formada eminentemente por proprietários e, somente tinham cidadania aqueles que detinham propriedade. Assim, que em suas palavras: "era óbvio que o direito de propriedade fosse levado a direito fundamental"¹⁵³.

Neste sentido, LuisMaríaDíez-Picazo também aponta que o direito à propriedade privada mantém o lugar de destaque entre os direitos fundamentais porque à época do Estado Liberal a ideia de liberdade estava associada à possibilidade de ser proprietário. A propriedade é uma condição necessária para ser livre.¹⁵⁴

Ou seja, a associação do direito de propriedade enquanto direito fundamental está relacionado com as condições e afirmações necessárias para o desenvolvimento do Estado Liberal. Não mais existindo tal configuração social, não subsiste o motivo pelo qual o direito de propriedade se mantenha como fundamental. Esse questionamento se acentua no Estado Social, onde a nova configuração da sociedade pós-moderna e da própria propriedade em si mesma.

Em defesa da manutenção do direito de propriedade enquanto direito fundamental Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirma que a justifica está no fato de que ela é necessária para a manutenção de outros direitos fundamentais, como a liberdade, a privacidade, a integridade. Isso porque a propriedade é composta por uma série de obrigações e compromissos coletivos, sendo essencial para a manutenção da sociedade.¹⁵⁵

Jonh Locke também afirma que o direito de propriedade é um direito subjetivo a todo homem, um direito natural e inerente a sua condição humana, do qual é essencial para a manutenção da liberdade e para a sua preservação. Isso porque é

¹⁵³ BOBBIO. *op. cit.*, p. 35.

¹⁵⁴ Díez-PICAZO. *op. cit.*, p. 504.

¹⁵⁵ FARIAS; ROSENVALD. *op. cit.*, p. 280-281.

da propriedade que se retira a comida, a bebida e outros elementos essenciais à subsistência do homem.¹⁵⁶

A concepção de que o direito de propriedade é um direito fundamental e essencial à condição humana e à vida em sociedade foi afirmada na Declaração dos Direitos da Virgínia, em 1776¹⁵⁷, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁵⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito de propriedade está previsto como direito fundamental e essencial à ordem econômica, no seu artigo 5, caput e incisos XXII e XXIII, e no artigo 170, II e III, ambos da Constituição Federal de 1988¹⁵⁹. Contudo, cabe reconhecer que outras constituições brasileiras também previram o direito de propriedade como direito fundamental e inviolável, tais como: a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824¹⁶⁰; a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891¹⁶¹; a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934¹⁶²; a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937¹⁶³; a

¹⁵⁶ LOCKE, Jonh. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Rio de Janeiro: Vozes, 2006, p. 42-49.

¹⁵⁷ A previsão está no artigo 1º que dispõe: "Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança".

(DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA VIRGÍNIA DE 1776. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2015.)

¹⁵⁸ Tal previsão encontra-se no artigo 2º que dispõe: "O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

(DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. *op. cit.*)

¹⁵⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. *op. cit.*

¹⁶⁰ Tal previsão está no Art. 179: "A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte".

(BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.)

¹⁶¹ Tal previsão está no Art 72: "A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes".

(BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.)

¹⁶² Tal previsão está no Art 113: "A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes".

(BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.)

¹⁶³ Tal previsão está no Art 122: "A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes".

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946¹⁶⁴; e a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967¹⁶⁵.

Outros países também elencaram o direito de propriedade como um direito fundamental, como por exemplo: a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 62¹⁶⁶; a Constituição da Nação Argentina, em seu artigo 14¹⁶⁷; a Constituição Política da Colômbia, em seu artigo 58¹⁶⁸; a Constituição da República Italiana, em seu artigo 42¹⁶⁹; e a Constituição da República Francesa, em seu artigo 34¹⁷⁰.

Verifica-se que, apesar da discussão doutrinária, o direito de propriedade é considerado um direito individual fundamental. Contudo, a aplicação desde foi

(BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.)

¹⁶⁴ Tal previsão está no Art 141: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes".

(BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.)

¹⁶⁵ Tal previsão está no Art 150: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes".

(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.)

¹⁶⁶ O Art. 62 dispõe: "Direito de propriedade privada: 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indenização."

(PORTUGAL. *op. cit.*)

¹⁶⁷ O Art. 14 dispõe: "*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; usar e disponer de su propiedad de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.*"

(ARGENTINA. **Constitucion de la Nación Argentina**. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2015.)

¹⁶⁸ O Art. 58 dispõe: "*Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*"

(COLÔMBIA. **Constitucion Política de Colombia**. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>>. Acesso em: 16 jan. 2015.)

¹⁶⁹ O Art. 42 dispõe: "*La propriet  pubblica o privata. I benieconomici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La propriet  privata   riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurare nella funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La propriet  privata pu  essere, ne i casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredit .*"

(ITÁLIA. **La Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <http://www.governo.it/Governo/Constituzione/1_titolo3.html>. Acesso em: 17 jan. 2015.)

¹⁷⁰ O Art. 34 dispõe: "*La loi d termine les principes fondamentaux: [...] – du régime de la propriété, des droits r els et des obligations civiles et commerciales; [...]*"

(FRANÇA. **Constitution de la République Française**. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>> Acesso: 17 jan. 2015.)

modificado ao longo dos anos e não mais o aplica de forma individualista e absolutista, como quando das primeiras afirmações. O direito de propriedade deve atender às expectativas sociais, refletidas através da função social.

2.3.2 Função Social da Propriedade

A função social da propriedade tem como finalidade limitar o uso da propriedade, fazendo com que essa não mais seja vista como um direito absoluto e ilimitado, mas que deve atender aos anseios coletivos. Neste sentido Roxana Cardoso Brasileiro Borges afirma que: "A função social da propriedade é uma afetação genérica e abstrata, constitucional, que faz parte do conceito de propriedade, no sentido de que este seja dirigido para, além da satisfação dos interesses do proprietário, a satisfação da sociedade"¹⁷¹.

Apesar da sua previsão constitucional e legal ser recente e está relacionada com o reconhecimento do Estado Social, a ideia de limitação do direito de propriedade para atender aos fins esperados por toda a sociedade não é recente. Ele remota a idade romana e a idade média, onde já havia institutos socializantes como o *omni agro deserto* e o *bonum commune*¹⁷².

No Direito Canônico essa concepção de socialização do direito de propriedade está expressamente prevista na Carta Encíclica '*Rerum Novarum*', do Sumo Pontífice Papa Leão XIII, ao afirmar que a propriedade tem como finalidade ser usada para o sustento das pessoas e deve atender aos requisitos do trabalho. Manter uma propriedade sem dá a ela um uso esperado não atende nem as leis humanas, nem as leis divinas.¹⁷³

Tal posição foi ratificada de forma mais incisiva na Carta Encíclica *Mater Et Magistra*, de sua Santidade João XXIII, ao prevê expressamente: "A propriedade privada, mesmo dos bens produtivos, é um direito natural que o Estado não pode

¹⁷¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função Ambiental da Propriedade Rural**. São Paulo: LTr, 1999, p. 79.

¹⁷² FIGUEIREDO, Luciano L. **Os Reais Contornos do Princípio da Função Social das Propriedades:** (In)Acesso x Funcionalização. Disponível em: <www.direitoemfamilia.com.br/.../artigo_02_lucianoFigueiredo.doc>. Acesso em: 03 jan. 2015.

¹⁷³ **CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM**, sobre a condição dos operários, 15 de maio de 1891, Papa Leão XIII. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 21 jan. 2015.

suprimir. Consigo, intrinsecamente, comporta uma função social, mas é igualmente um direito, que se exerce em proveito próprio e para bem dos outros."¹⁷⁴

Contemporaneamente¹⁷⁵, a função social acabou por ganhar conotação de princípio, passando a ser reconhecido como um direito inerente a todo direito subjetivo, superando o próprio o direito de propriedade em si mesmo considerado. Neste sentido, afirma Cristiano Chaves de Farias que: "É um princípio que opera um corte vertical em todo o sistema de direito privado. Ela se insere na própria estrutura de qualquer direito subjetivo para justificar a razão pela qual ele serve e qual papel desempenha."¹⁷⁶

No ordenamento jurídico brasileiro, ele apareceu pela primeira vez no Estatuto da Terra de 1964¹⁷⁷, sendo elevado à condição de norma constitucional em 1967¹⁷⁸ e reproduzido nas Constituições posteriores, estando previsto na atual Carta Magna vigente no artigo 5º, XXIII, e artigo 170, III.

¹⁷⁴ **ENCÍCLICA MATER ET MAGISTER**, sobre a questão social à luz da doutrina cristã, 15 de maio de 1961, Papa João XXIII. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html>. Acesso em: 21 jan. 2015.

¹⁷⁵ Paulo Luiz Netto Lôbo, estudando os contratos, afirma que a função social é um princípio típico do Estado Social, ou seja, é um princípio social. A sua incidência não exclui a incidência dos princípios liberais como o princípio da autonomia privada, o princípio de pacta sunt servanda e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato; mas limitaram, profundamente, seu alcance e seu conteúdo.

(LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil**. Disponível em: <fbm.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2015, p. 02.)

¹⁷⁶ FARIAS; ROSENVALD. *op. cit.*, p. 308.

¹⁷⁷ A previsão estava no Art. 2º, que dispõe: Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
c) assegura a conservação dos recursos naturais;
d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

§ 2º É dever do Poder Público: [...]

b) zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para a sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo. [...]

(BRASIL. **Lei n. 4.504**, de 30 de novembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acesso em: 20 jan. 2015.)

¹⁷⁸ A previsão no Art. 157: Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade; [...]

(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1967. *op. cit.*)

O princípio da função social, enquanto princípio passou a ser orientador de diversos institutos jurídicos, como dos contratos¹⁷⁹ e da empresa¹⁸⁰. Especificamente sobre a propriedade, reconhecer que ela tem função social implica em não mais visualizá-la de uma forma individualista e absoluta, isso porque ela deve atender aos interesses coletivos, identificados, como pelas modalidades dos interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos¹⁸¹.

A função social é um limitador positivo e negativo do direito de propriedade, isso porque ela cria para o ente privado um dever de como deve usar o seu patrimônio, cria um ônus¹⁸². Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que ela "[...] consiste em uma série de encargos, ônus e estímulos que formam um complexo de recursos que remetem ao proprietário a direcionar o bem às finalidades comuns"¹⁸³.

Camilo de Lelis Colani Barbosa e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que a limitação decorrente da incidência da função social da propriedade decorre deve ser fundamentada, não sendo um conceito indeterminado¹⁸⁴. Ela está, segundo Roberto Senise Lisboa, no fato de que o Estado Social não mais comporta a inércia do proprietário; a ofensa dos direitos de vizinhança; e o exercício imoderado da

¹⁷⁹ Em relação aos contratos, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que: " O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles pois os interesses sociais são preponderantes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico."

(LÔBO. **Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil**. *op. cit.*, p. 03.)

¹⁸⁰ Em relação a função social da empresa, Fábio Ulhoa Coelho afirma que: "Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos, e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores".

(COELHO. **Princípios do Direito Comercial**. *op. cit.*, p. 37.)

¹⁸¹ Neste sentido: LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: direitos reais e direitos intelectuais**. V. 4, 6 ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 23; MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015, p. 13; LÔBO. **Constitucionalização do Direito Civil**. *op. cit.*, p. 106; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2015.

¹⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função Social da Propriedade Pública**. *In Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 6, abr./maio/jun. 2006. Salvador. Disponível em: <<file:///C:/Users/Casa/Desktop/Artigo+funcao+social+Maria+Sylvia.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015, p. 03.

¹⁸³ FARIAS; ROSENVALD. *op. cit.*, p. 317.

¹⁸⁴ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: uma análise do art. 1228 do Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/2010_1/artigos/searajuridica_2010_1_artigo2.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2015, p. 10.

propriedade¹⁸⁵. Já para Gustavo José Mendes Tepedino aponta que o fundamento da função social está assentado em "valores existenciais atinentes ao trabalho, à moradia, ao desenvolvimento do núcleo familiar"¹⁸⁶.

Cristiano Chaves de Farias, por sua vez, sustenta que o seu fundamento está tem três pilares: "o bem comum, a participação e a solidariedade". O primeiro decorre do fato de que as pessoas decidiram viver em sociedade; o segundo está relacionado com a participação que cada indivíduo tem para a construção da sociedade, atrelando os seus bens particulares; e o terceiro é a percepção de que a sociedade só é humana se todos viverem uns pelos outros¹⁸⁷.

Independente da fundamentação da função social, o importante é reconhecer que a função social não acarreta como consequência somente o não agir em busca de causar prejuízo. Ela tem uma preocupação em permitir o uso consciente do bem e de forma que atenda a uma expectativa coletiva de como o bem deve ser usado.¹⁸⁸

Tendo como base a função social e o reconhecimento do caráter fundamental da propriedade, o legislador do Código Civil traçou algumas normas especiais, tais como a que privilegia a posse em virtude do trabalho¹⁸⁹; aceita a transferência dos imóveis urbanos abandonados ao domínio dos municípios, mantendo-se os imóveis rústicos abandonados para os fins de reforma agrária, pela União¹⁹⁰; concede o loteamento urbano e entre particulares, como meio de assentamento de pessoas em terras, para a sua subsistência ou moradia¹⁹¹; entre outras.

¹⁸⁵ LISBOA. *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no Novo Código Civil. *In Anais do "EMERJ Debate o Novo Código Civil"*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_168.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2014, p. 170.

¹⁸⁷ FARIAS; ROSENVALD. *op. cit.*, p. 313-314.

¹⁸⁸ Essa regra está disposta no Código Civil pátrio, artigo 1.228, § 1º, que determina que: "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas."

(BRASIL. **Código Civil** - Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.)

¹⁸⁹ Regra que diminuem o prazo do usucapião se a pessoa o usar com o fim produtivo, como por exemplo o parágrafo único do artigo 1.238 e o artigo 1.239, ambas do Código Civil.

(BRASIL. **Código Civil**. *op. cit.*)

¹⁹⁰ Regra prevista no artigo 1.276 do Código Civil.

(*Idem.*)

¹⁹¹ Regra prevista no artigo 1.240 do Código Civil.

(*Idem.*)

Essas normas, apesar de serem impositivas, não são um rol taxativo de incidência da função social sobre a propriedade, é tão somente exemplos de como esta atuará. Outras ofensas que também não atendam a função social devem ser coibidas e sancionadas.

2.3.3 Aplicação da Função Social a todos os Tipos de Propriedade

O reconhecimento de que o direito de propriedade é um direito fundamental, e de que esta tem função social, proporcionou uma mudança na sua caracterização. Ao invés de um direito absoluto e unitário, o direito de propriedade passa a ser reconhecido como um direito composto e complexo, devendo ser adaptado aos diversos microssistemas jurídicos existentes.¹⁹²

Não é um problema de conceito do direito de propriedade, mas sim de conteúdo.

Orlando Gomes ressaltava que o conteúdo do direito de propriedade deve ser apreciado sob um duplo aspecto: extrínseco e intrínseco. Extrinsicamente está atrelado ao “problema de determinar os limites que circunscrevem objetivamente o poder do proprietário” sobre a coisa. Intrinsecamente, tem dupla análise: a fixação da extensão das faculdades inerentes ao direito de propriedade e a fixação das limitações que a ordem jurídica impõe ao seu exercício.¹⁹³

Sintetizando esse pensamento, Marco Aurélio Bezerra de Melo afirma que não se concebe mais a propriedade dissociada de sua finalidade econômica e social. Esse é o seu conteúdo na sociedade contemporânea. A propriedade tem obrigação de gerar frutos, empregos e conduzir à uma “justa circulação de riquezas de modo a que tenhamos uma sociedade mais justa e solidária”.¹⁹⁴

A questão gerada pelo conteúdo é que tendo como base o conceito clássico, a propriedade somente era estudada sob o aspecto estático, tendo em vista as faculdades de usar, fruir e dispor do bem, além da possibilidade de reavê-lo de que injustamente o detenha¹⁹⁵. Entretanto, com a constitucionalização do direito de

¹⁹² FIGUEIREDO. *op. cit.*

¹⁹³ GOMES. *op. cit.*, p. 107-108.

¹⁹⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 91.

¹⁹⁵ Neste sentido: DINIZ. *op. cit.*, p. 106-108; e MONTEIRO. *op. cit.*, p. 87-90.

propriedade, esta passou a ter um conteúdo dinâmico que corresponde a sua função social.¹⁹⁶

Isso fez com que se questionasse se toda propriedade tem função social¹⁹⁷, vez que, como destaca Fábio Konder Comparato, o "reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se [...] essencialmente à sua função de proteção pessoal". Assim, não haveria incidência da função social para a 'propriedade-poder', aquela que "serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem".¹⁹⁸

Esta estaria relacionada aos grandes latifúndios improdutivos e, no entendimento de Fernando J. Armando Ribeiro, aos blocos acionários, que servem para o exercício do controle de um grupo empresarial¹⁹⁹.

Contrariando tal posição, Luciano Figueiredo afirma que não cabe tal distinção e o princípio se aplica a todos os tipos de propriedade. Isso porque, se a Constituição Federal não fez restrição quanto ao tipo de propriedade que este tem aplicação, não cabe ao legislador infraconstitucional, ou mesmo a jurisprudência ou a doutrina, fazê-lo.²⁰⁰ Desta forma, toda e qualquer propriedade, independentemente do tipo de destinação que se dê a ela, tem função social e com base nesta deve ser protegida.

O reconhecimento de que toda propriedade tem uma função social permite exigir do seu titular o correto exercício desta. A exclusão da propriedade-poder da incidência da função social da propriedade acarretará que, aquele que for o seu proprietário, se sentirá livre para atuar fora dos ditames almejados pela sociedade.

¹⁹⁶ Neste sentido: ORLEANS. *op. cit.*, p. 112.

¹⁹⁷ "Um dos poucos autores que acentuam a distinção entre a propriedade como direito humano e como direito ordinário é Hans-Jochen Vogel, que foi Ministro da Justiça da República Federal Alemã. Cf. a sua conferência pronunciada na *Berliner Juristischen Gesellschaft* em 20 de novembro de 1975". (COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: <<http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/55/Comparato.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2014.)

¹⁹⁸ *Idem*.

¹⁹⁹ RIBEIRO, Fernando J. Armando. **O Princípio da Função Social da Propriedade e a Compreensão Constitucionalmente adequada do Conceito De Propriedade**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/O%20principio%20da%20%20funcao.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015, p. 18-19.

²⁰⁰ FIGUEIREDO. *op. cit.*, p. 14-20.

3 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL SOBRE GOVERNANÇA CORPORATIVA

O tema da governança corporativa começou a ser estudado na década de 1970, com o processo de aglutinação societária, principalmente nos Estados Unidos²⁰¹, com o ativismo de Robert A. G. Monks²⁰². Intensificou por volta de 1990 com a ocorrência de alguns casos como o Guinness²⁰³, no Reino Unido, e o caso das quase falências da IBM²⁰⁴, nos Estados Unidos da América. Pois eles fizeram com que os acionistas, principalmente os investidores institucionais e os minoritários, percebessem que precisavam ter uma atuação mais ativa dentro dos órgãos colegiados das sociedades anônimas de uma forma geral²⁰⁵.

Segundo Carlos Eduardo Vergueiro, todos esses casos geraram “um sentimento de que algo estava errado com os métodos de administração e

²⁰¹ Neste sentido: VERGUEIRO, Carlos Eduardo. **Acordo de Acionista e a Governança das Companhias**. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 40; RIBEIRO, Milton Nassau. **Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa**. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 17; e ROTTA, Claudio; HILLBRECHT, Ronald Otto; BALBINOTTO NETO, Giacomo. **A Governança Corporativa no Mundo**. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnANPAD/enanpad_2005/EOR/2005_EORC1870.pdf>. Acesso em: 13 maio 2014.

²⁰² Nascido em 1933, ele é considerado um pioneiro no estudo da Governança Corporativa e defensor dos direitos dos sócios das sociedades anônimas, isso porque, após largos anos de experiências como diretor de planos de aposentadoria e fundos de pensão ele verificou a necessidade de uma administração mais profissional e que permitisse acesso a todos no processo de tomada de decisão. Para tanto, em 1985, ele fundou o *Institucional Shareholder Services, Inc.* que presta consultoria nesta área. Ele fundou também, em 1992, um fundo de investimento conhecido como lente, que se desenvolve através de um ativismo institucional de investimento, que consegue retornos acima da média dos mercados.

(MONKS, Robert A. G. **Extended Biography**. Disponível em: <<http://www.ragm.com/Extended-Biography.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2014.)

²⁰³ Considerado um escândalo, teve início em 1982 e “foi provocado pela compra ilegal de ações com o objetivo de sustentar os preços das ações da Guinness durante uma batalha árdua e muito divulgada pela imprensa em torno da aquisição da Distillers, uma fabricante de Whisky”. As práticas foram descobertas e investigadas pelo Departamento de Comércio e Indústria em 1986 e culminou com a condenação, em agosto de 1990, de Ernest Saunders – diretor administrativo da Guinness – e outros três réus por roubo, conspiração e falsificação contábil. “O episódio fez com que o público perdesse a confiança no tradicional sistema de autoregulação da City e no cavalheirismo ali reinante”. (ROBERTS, Richard. **Por Dentro das Finanças Internacionais**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 221-222).

²⁰⁴ Para entender a quase falência da IBM recomendo a leitura da entrevista de Louis Gerstner Jr. concedida à Revista Exame, em 19 de fevereiro de 2003. Nela ele aponta que em 1993 a IBM tinha um prejuízo de aproximadamente 16 bilhões de dólares e uma ameaça de que o grupo fosse retaliado, isso em virtude de uma má administração.

(PIMENTA, Angela. **Como salvei a IBM**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0786/noticias/como-salvei-a-ibm-m0052431>>. Acesso em: 06 fev. 2014.)

²⁰⁵ JESUS, Roberto Martins Ribeiro. **Governança Corporativa: a formação de mecanismos por investidores institucionais, o caso PREVI**. Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresa para obtenção do Grau de Mestre. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4118/000348348.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 abr. 2013, p. 18.

supervisão nas sociedades anônimas; que não havia um conjunto de regras previamente bem elaboradas e pensadas para atuar em tal situação”.

Contudo, para a correta compreensão do tema, é importante iniciar o estudo da governança corporativa pela análise da estrutura das sociedades anônimas, pois este vai permitir compreender a dinâmica deste tipo societário, com destaque para a importância das ações e o sistema de tomada decisão.

3.1 ESTRUTURAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

As sociedades anônimas ou companhias classicamente são sociedades de capital, onde o dinheiro investido tem maior valor e importância do que a pessoa que integra a sociedade. Em virtude disso, esse tipo societário é constituído através de um estatuto social, e não através de contrato social.

A regulamentação deste tipo de sociedade, diferentemente das demais sociedades empresariais, não está no código civil. O diploma privado, no capítulo e seção destinados a regulamentá-la, remete a lei especial, no caso a Lei n. 6.404 de 1976, e suas alterações posteriores.²⁰⁶

As sociedades anônimas podem ser de dois tipos: as fechadas e as abertas. As primeiras têm seus valores mobiliários, principalmente as ações, negociadas diretamente pelos seus sócios; as segundas têm seus ativos negociados obrigatoriamente em bolsas de valores ou em mercado de balcão.²⁰⁷

E elas se caracterizam por ser sempre uma sociedade empresarial²⁰⁸, independente da sua atividade, não sendo aplicada a ela a regra disposta no artigo

²⁰⁶ Fábio Ulhoa Coelho define sociedade anônima como: "a sociedade empresária com capital social dividido em ações, espécie de valor mobiliário, na qual os sócios, chamados de acionistas, respondem pelas obrigações sociais até o limite do preço de emissão das ações que possuem". (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. V. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.)

²⁰⁷ Neste sentido: *Ibidem*, p. 90; e REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. V. 2. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 31-32.

²⁰⁸ Determinação prevista no artigo 982, caput e parágrafo único, do Código Civil que dispõe expressamente:

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro; e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

(BRASIL. **Código Civil**. *op. cit.*)

966, parágrafo único, do Código Civil²⁰⁹. Ou seja, ainda que a sociedade anônima tenha por atividade o exercício de atividade intelectual, de natureza artística, científica ou intelectual, será de natureza empresarial.

O fundamento está na relação entre os sócios. Na sociedade anônima não há personalidade entre os sócios da sociedade, vez que eles não se conhecem diretamente e qualquer pessoa, independente da capacidade ou da natureza, pode ser sócia. Trata-se de uma consequência direta do fato de ser a companhia uma sociedade de capital.

Outra característica das sociedades anônimas é a divisão do seu capital em ações, motivo pelo qual se denomina os sócios desse tipo de sociedade como acionistas. Estas são valores mobiliários²¹⁰ de livre cessibilidade.²¹¹

As ações, segundo Fábio Ulhoa Coelho são "o valor mobiliário representativo de uma parcela do capital social da sociedade anônima emissora que atribui ao seu titular a condição de sócios desta"²¹². Marlon Tomazette afirma que são "títulos representativos do capital social da sociedade anônima, conferindo aos seus titulares o direito de participar dos resultados da atividade das companhias"²¹³.

Define Rubens Requião ação como sendo "um título de crédito ao mesmo tempo em que é um título corporativo, isto é, um título de legitimação que permite ao sócio participar da vida da sociedade, além de representar ou corporificar uma fração do capital social"²¹⁴. Esse conceito é mais completo, pois apresenta não só o

²⁰⁹ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

(*Idem.*)

²¹⁰ Valor mobiliário são, conforme afirma Fábio Ulhoa Coelho, "instrumentos de captação de recursos pelas sociedades anônimas e representam, para quem os subscreve ou adquire, um investimento".

(COELHO. **Curso de Direito Comercial**. *op. cit.*, p. 161.)

²¹¹ Fábio Ulhoa Coelho, Marlon Tomazette e Fran Martins apontam como características fundamentais da sociedade anônima a limitação da responsabilidade dos sócios e a negociabilidade da participação societária.

Não aponto a limitação da responsabilidade como característica fundamental deste tipo de sociedade, vez que outras sociedades, como a sociedade limitada, também são por responsabilidade limitada dos sócios para com as dívidas contraídas pela sociedade. Desta forma, entendo não ser esta uma caracterização que destaque a sociedade anônima entre as demais.

(COELHO. **Curso de Direito Comercial**. *op. cit.*, p. 83; TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 407; e MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 33. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 287-288.

²¹² COELHO. **Curso de Direito Comercial**. *op. cit.*, p. 103.

²¹³ TOMAZETTE. *op. cit.*, p. 446.

²¹⁴ REQUIÃO. *op. cit.*, p. 75.

valor das ações enquanto representativo de um patrimônio, mas também enquanto representativo de um direito político interno que os sócios detêm na sociedade.

As ações não têm um valor fixo, podendo este variar de acordo com os objetivos da avaliação que é feita sobre a participação societária. A doutrina aponta cinco formas de valorá-la: valor nominal (valor da divisão exata do capital social da sociedade pela quantidade de ações que esta emitiu), valor patrimonial (valor do patrimônio líquido que corresponde a cada ação), valor de negociação (valor monetário pago quando a ação é adquirida ou recebido quando ela é vendida), valor econômico (valor correspondente à análise do melhor negócio a ser formulado para comprar ou vender as ações) e valor de emissão (valor da ação no momento da sua subscrição).²¹⁵

A importância do valor das ações está relacionada à acessibilidade delas. O valor venal de uma ação pode ser diferente de outra, bem como é possível que exista uma diferença no tempo e momento da alienação, devendo ser apurado em cada oportunidade.

Outra característica própria das ações é que essas podem ser classificadas de diversas formas²¹⁶, entretanto, para o presente trabalho interessa o estudo de dois principais tipos: ordinárias e preferenciais. As ordinárias permitem que os seus detentores participem das assembleias com direito de votação, são os direitos totais de ser sócios, em compensação não sofrendo qualquer restrição. Ressalta Marlon Tomazette que são "ações de emissão obrigatória"²¹⁷.

As preferenciais têm tratamento diferenciado das ordinárias, permitindo que os seus detentores tenham uma vantagem sobre os sócios ordinários. Essa vantagem pode ser de diversas naturezas, como política, situação privilegiada no

²¹⁵ Neste sentido: COELHO. **Curso de Direito Comercial**. *op. cit.*, p. 103-117; REQUIÃO. *op. cit.*, p.75-79; TOMAZETTE. *op. cit.*, p. 446-450; MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 285-288.

²¹⁶ Fábio Ulhoa Coelho classifica as ações tendo como base três critérios: espécie, forma e classe. "O primeiro critério leva em conta a extensão dos direitos e vantagens conferidos aos acionistas e contempla três categorias: ordinárias, preferenciais e de fruição. O segundo considera o ato de transferência da titularidades do valor mobiliário e o distingue em ações nominativas e escriturais. O último diz respeito à especificação dos direitos titularizados pelos acionistas, com o objetivo de atrair os mais diversos interesses dos investidores atuantes no mercado, e se traduz na identificação de cada categoria por uma letra."

(COELHO. **Curso de Direito Comercial**. *op. cit.*, p. 120.)

Rubens Requião, por sua vez, divide as ações em espécie e forma. Em relação a espécie são três: ordinária, preferenciais, de fruição. Quanto a forma, as ações são nominativas, endossáveis, ao portador e escriturais. (REQUIÃO. *op. cit.*, p. 88-99.)

²¹⁷ TOMAZETTE. *op. cit.*, p. 460.

recebimento de dividendos, conforme definido no estatuto da sociedade anônima em questão.²¹⁸

Em contrapartida pelas vantagens recebidas, os sócios preferencialistas podem sofrer restrição, caso o estatuto preveja. Segundo Fábio Ulhoa Coelho afirma, "os estatutos das sociedades anônimas brasileiras negam ao titular de ações preferenciais o voto nas assembleias gerais, o que significa excluí-lo da participação nas decisões de interesse da companhia"²¹⁹.

É nessa distinção básica que o presente trabalho se fundamenta, posto que a necessidade da existência dos sócios preferenciais, com restrição ao direito ao voto teve uma fundamentação histórica, não mais se justificando atualmente.

A origem desse tipo de ação não pode ser determinada de forma exata, entretanto, no Brasil, o Decreto n. 21.536/1932 é apontado como sendo a primeira legislação a permitir oficialmente a sua criação dentro das sociedades anônimas²²⁰. Nele é estabelecido que a preferência pode consistir em prioridade na distribuição de dividendos, mesmo fixos e cumulativos, em prioridade no reembolso do capital, com ou sem prêmio, ou na acumulação das vantagens acima enumeradas. Em contrapartida, o estatuto pode restringir algum ou alguns direitos dos acionistas, tal como o de voto²²¹.

A finalidade de tal permissão era incentivar o desenvolvimento industrial no Brasil, que até o início da década de 40 era essencialmente agrícola. Isso deveria ocorrer através da atração do pequeno investidor que, não tendo interesse em participar diretamente na vida da sociedade, visasse os benefícios.

O que era uma possibilidade, passou a ser uma regra. A vedação do direito a voto não é obrigatório para todas as ações preferenciais, sendo que o estatuto de cada companhia deve definir se vai aplicar restrição e qual será, podendo ser a vedação ao voto.

²¹⁸ Neste sentido: COELHO. **Curso de Direito Comercial**. *op. cit.*, p. 121/122; e REQUIÃO. *op. cit.*, p. 89-94.

Marlon Tomazette classifica as ações somente em relação ao direito que lhes é atribuí: ordinárias, preferenciais e de fruição.

TOMAZETTE. *op. cit.*, p. 460-467.

²¹⁹ COELHO. **Curso de Direito Comercial** *op. cit.*, p. 122

²²⁰ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. **MEMO/SEP/Nº 055/98**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdecis.asp?File=1838-0.HTM>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

²²¹ BRASIL. **Decreto n. 21.536**, de 15 de junho de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21536-15-junho-1932-517361-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

Em virtude da possibilidade de restringir o acesso ao voto na assembleia, a emissão desse tipo de ação passou a ser tão largamente utilizado, o que obrigou o legislador a estabelecer limites. O primeiro limite veio no artigo 15, § 2º, da Lei n. 6.404/1976, que determinava que o número de ações preferenciais sem direito a voto ou sujeitas a restrições no exercício desse direito, não podia ultrapassar 2/3 (dois terços) do total das ações emitidas²²².

Esse percentual perdurou até a promulgação da Lei n. 10.303/2001, que alterou o mencionado dispositivo da Lei n. 6.404/1976, para restringir o limite a 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas. Essa redução teve como finalidade dificultar a formação de grupos concentradores das decisões.

Isso porque, a administração da sociedade anônima não é direta, mas está estruturado através de quatro órgãos: a assembleia de acionistas, o conselho fiscal, o conselho de administração e a diretoria.

A assembleia é o órgão máximo e soberano. Tem como principal atribuição a deliberação sobre assuntos de interesse social²²³. Segundo afirma Marlon Tomazette, ele é "responsável pela expressão da vontade de uma sociedade"²²⁴. Ela é formada por todos os sócios, independentemente do tipo de ação que cada um deles detenha.

O fato de um sócio ser possuidor de uma ação com restrição a votação não o impede de participar da assembleia em si mesma, essa impede que ele participe da deliberação, caso exista restrição ao voto. Ele pode participar para fiscalizar e assegurar que os procedimentos internos estão sendo cumpridos.

Em crítica, Rubens Requião afirma que a manutenção da assembleia como órgão supremo da companhia, principalmente com a possibilidade de emissão de

²²² BRASIL. **Lei n. 6.404**. *op. cit.*

²²³ Segundo determina o Art. 122 da Lei n. 6.404/76, compete privativamente à assembleia geral:

I - reformar o estatuto social;

II - eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142;

III - tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas;

IV - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59;

V - suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120);

VI - deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social;

VII - autorizar a emissão de partes beneficiárias;

VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e

IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata.

(*Idem.*)

²²⁴ TOMAZETTE. *op. cit.*, p. 535.

muitas ações sem direito a voto, propiciou a formação de grandes grupos econômicos e um desestímulo ao pequeno acionista na deliberação. Como consequência, houve uma decadência da própria assembleia, mas ele afirma que não há outra solução melhor para a estruturação das sociedades anônimas, motivo pelo qual está se manteve.²²⁵

Neste sentido também, Marlon Tomazette afirma que, da forma como as sociedades anônimas estão estruturadas e a divisão das ações em ordinárias e preferenciais, a assembleia tem como finalidade "expressar a vontade de um grupo de controle manipulador e não da real maioria, dispersa e desorganizada".²²⁶

Ou seja, a emissão de uma grande quantidade de ações sem direito a voto, faz com que o processo de tomada de decisões fique concentrado com um grupo de poucos acionistas, que acabam por deliberar a nomear os membros dos demais órgãos da sociedade, e que efetivamente vão gerenciá-la.

Os outros órgãos que compõe a estrutura da sociedade anônima são o conselho de administração, a diretoria e o conselho fiscal.

O conselho de administração é um órgão de deliberação²²⁷, que tem como principal função auxiliar a diretoria no processo de tomada de decisões imediatas da sociedade anônima²²⁸. Apesar da sua importância, não é obrigatório para todas as sociedades anônimas, mas tão somente para as abertas, sendo facultativo para as fechadas.

²²⁵ REQUIÃO. *op. cit.*, p. 200.

²²⁶ TOMAZETTE. *op. cit.*, p. 353.

²²⁷ Segundo determina o Art. 142 da Lei n. 6.404/79, compete ao conselho de administração:

I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;

II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;

III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;

IV - convocar a assembléia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;

V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;

VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;

VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;

VIII - autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros;

IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

(BRASIL. Lei n. 6.404

. *op. cit.*)

²²⁸ Neste sentido: COELHO. **Curso de Direito Comercial**. *op. cit.*, p. 243; e TOMAZETTE. *op. cit.*, p. 546.

A diretoria é o órgão executivo da sociedade anônima²²⁹. É o responsável pela administração de fato da sociedade, pela tomada das decisões imediatas e necessárias para o desenvolvimento da atividade empresarial exercido. E o conselho fiscal é um órgão consultivo fiscal, que tem como finalidade a verificação das contas da sociedade anônima²³⁰. Apesar ele é um órgão que deve ter previsão no estatuto social, mas não precisa ter funcionamento constante, podendo ser instalado a pedido dos acionistas ou quando a assembleia entender necessário.²³¹

É dentro dessa estrutura societária que surgiram os conflitos decorrentes do abuso de poder, descritos pela teoria da agência, e que fizeram necessário o surgimento das práticas de boa governança.

3.20 FUNDAMENTO DA TEORIA DA AGÊNCIA

A estruturação da administração da sociedade anônima em órgãos e a emissão de grande quantidade de ações preferências, não só no Brasil, mas no mundo de uma forma geral, acabou por gerar concentração do poder de decisão e uma distorção no modo de administrar esse tipo societário.

E essa distorção, segundo Nilson Lautenschleger Júnior aponta, acabou por influenciar uma exposição internacional maior das empresas, fazendo com que houvesse, necessariamente, uma confrontação entre os diversos sistemas jurídicos e o modo como estas eram administradas²³².

A governança corporativa surge então como uma forma de solucionar os problemas gerados por questões de ausência de transferência ou não do controle da sociedade²³³, bem como de solucionar conflitos envolvendo outros agentes que

²²⁹ COELHO. **Curso de Direito Comercial**. *op. cit.*, p. 256-257.

²³⁰ *Ibidem.*, p. 257-260.

²³¹ Tal entendimento decorre da interpretação do artigo 161 da Lei n. 6.404/76.

(BRASIL. **Lei n. 6.404**. *op. cit.*)

²³² LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. **Os desafios propostos pela governança corporativa ao Direito Empresarial Brasileiro**: ensaio de uma reflexão crítica e comparada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 20.

²³³ Neste sentido, aponta Carlos Eduardo Vergueiro ao identificar o primeiro problema que o Direito Comercial tem que solucionar no âmbito da Governança Corporativa, principalmente levando em consideração a venda, por parte daqueles que detêm maior parcela de ações, de bloco destas, sem repassar o prêmio obtido com os demais sócios. Em companhias dirigidas por conselhos de administração, a questão envolve a tomada de decisão, ainda que por oferta hostil, de forma a proteger os acionistas.

(VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 41-42)

compõem internamente as sociedades anônimas. Por esse motivo, alguns autores como Antonio Gledson Carvalho²³⁴, Carlos Martins Neto²³⁵ e Carlos Eduardo Vergueiro²³⁶ sustentam que a base do nascimento da governança corporativa é a teoria da agência ou *agencyconflicts*.

A teoria da agência ou *agencyconflicts*, desenvolvida por Michael C. Jensen e Willinam H. Meckling²³⁷, leva em consideração o fato de que os agentes são as pessoas que são contratadas para tomar decisões em favor do contratante, e quando estes começam a agir na busca de maximizar as suas vantagens pessoais em detrimento dos benefícios que deveria gerar para os acionistas, por quem foram contratados. Quando eles não agem desta forma surge um conflito²³⁸.

Antonio Gledson Carvalho salienta que a teoria da agência se desenvolve quando a principal parte interessada depende diretamente de decisões que devem ser tomadas por outra, o agente. E o conflito nasce quando esse agente, ao invés de tomar as decisões em benefício do principal, as toma seguindo interesses próprios ou em conflito com os interesses daqueles, aproveitando-se de um comportamento oportunista.²³⁹

Apointa Carlos Eduardo Vergueiro que: “O interessante da *agencyLaw* [...] é o fato de que ela conseguiu identificar diversas situações nas quais controladores apresentam comportamentos oportunistas em detrimento dos acionistas, sejam eles todos os acionistas ou apenas os não controladores.”²⁴⁰

O problema da agência, desta forma, se desenvolveu quando os acionistas majoritários que, em grande parte dos casos, foram as pessoas que iniciaram a

²³⁴ Antonio Gledson Carvalho afirma categoricamente que “Governança corporativa é um conjunto de regras que visam minimizar os problemas de agência”.

(CARVALHO, Antonio Gledson. Governança corporativa no Brasil em perspectiva. *In Revista de Administração*. V. 37, n. 3, jul./set. 2002, São Paulo. Disponível em: <http://www.rausp.usp.br/busca/artigo.asp?num_artigo=1063>. Acesso em: 13 jan. 2014, p. 09.)

²³⁵ MARTINS NETO, Carlos. Dispersão Acionária, tomada Hostil de Controle e *Poison Pills*: breves reflexões. *In Revista Semestral de Direito Empresarial*. N. 5, jul./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 14.

²³⁶ VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 57-59.

²³⁷ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*. In: *Journal of Financial Economics*. October, 1976, V. 3, n. 4, p. 308.

²³⁸ SILVEIRA, Alexandre Di Miceli de. **O que é a Teoria de Agência, Problema e Custos de Agência?**. Disponível na internet em: <<http://www.ibgc.org.br/PerguntasFrequentes.aspx>>. Acesso em: 05 mar. 2012, p. 01.

Contrariamente à posição majoritária apontada, Carlos Eduardo Vergueiro conceitua agente como a pessoa que se compromete a agir em benefício de outra, enquanto que o beneficiário é chamado de principal. (VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 58.)

²³⁹ CARVALHO, Antonio Gledson. *op. cit.*, p. 09.

²⁴⁰ VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 59.

atividade empresarial investindo capital próprio e só posteriormente abrindo para o capital externo, não tiveram sucessor direto. Isso os obrigou a contratar pessoas que gerissem as sociedades, proporcionando o que Adriana Andrade e José Paschoal Rossetti chamam de separação entre propriedade e gestão²⁴¹.

Essa separação fez com que os acionistas se afastassem cada vez mais do poder decisório, fazendo surgir um novo modo de administrar as sociedades anônimas no século XX. Isso ocorre, segundo Gerald F. Davis e Tracy A. Thompson, por fazer com que os acionistas se especializem em investir e tornando-se investidores profissionais, enquanto que os gestores especializam-se nos negócios para os quais foram contratados para gerir, na busca de maior lucro.²⁴²

Uma relação aparentemente simples entre contratantes e contratados, acionistas e gestores, começa a gerar conflito quando os administradores procuram, além de maximizar os interesses, os lucros dos negócios, buscam também aumentar seus próprios interesses. Haverá, então “decisões que poderão estar em oposições: as que maximizam o retorno total dos acionistas e as que maximizam o interesse dos gestores”²⁴³.

Para justificar a existência do conflito dentre os agentes da sociedade anônima foram formulados dois axiomas: da inexistência do contrato completo e da inexistência de agente perfeito.

Benjamin Klein, na formulação deste axioma, afirma que contratos são incompletos por dois motivos. Primeiramente, porque existem muitas possibilidades que devem ser levadas em consideração e diversas maneiras de se ter o conhecimento na busca de respostas para as transações econômicas. E, segundo, porque há diversos níveis e interesses envolvidos no contrato, fazendo com que seja impossível analisar todas as posições existentes.²⁴⁴

Michael C. Jensen e William H. Meckling, por sua vez, formularam o axioma da inexistência do agente perfeito. Este tem como fundamento o fato de que o

²⁴¹ ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 84.

²⁴² DAVIS, Gerald F.; THOMPSON, Tracy A.. **A Social Movement Perspective on Corporate Control**. *Administrative Science Quarterly*, Vol. 39, n. 1. (Mar., 1994), p. 141.

²⁴³ ANDRADE; ROSSETTI. *op. cit.*, p. 84-85.

²⁴⁴ KLEIN, Benjamin. **Contracting costs and residual claims: the separation of ownership and control**. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/725107?uid=3737664&uid=2134&uid=2481009593&uid=2&uid=70&uid=3&uid=2481009583&uid=60&sid=21103963794263>>. Acesso em: 07 abr. 2014, p. 367.

agente contratado para administrar a sociedade, apesar de agir em nome e interesse alheio, tem interesses próprios que o impedem de ser totalmente imparcial nas suas decisões.²⁴⁵

E apontam como forma de solucionar tal problema a necessidade de separar, dentro de uma sociedade anônima, o controle patrimonial, a responsabilidade social e o desenvolvimento dos negócios, a fim de solucionar problemas de custo, desperdício e otimizar a produção e por consequência, os ganhos.²⁴⁶

Robert A. G. Monks destaca que os conflitos gerados pelo conflito de agência são inerentes a todas as sociedades anônimas, é intrínseco delas. Isso porque, os acionistas, na busca por uma maximização dos seus investimentos concedem poderes em demasia aos gestores, que, por sua vez, abusam destes. É neste ponto que a governança corporativa surge como minimizadora dos problemas.²⁴⁷

Verifica-se que a teoria da agência ou *agencyconflicts* reconhece que dentro de uma sociedade anônima, principalmente aquelas de capital pulverizado, onde não se consegue identificar um sócio controlador, há conflitos gerados entre os interesses dos acionistas e os dos gestores, como decorrência dos poderes que estes têm de gerir coisa alheia. Com essa identificação, buscaram-se, na governança corporativa, meios de evitar comportamento oportunista dos gestores²⁴⁸. Para tanto, parte-se do reconhecimento de que, seja no plano contratual ou no plano da

²⁴⁵ JENSEN; MECKLING. *op. cit.*, p. 305-360.

²⁴⁶ *Ibidem.*, p. 305-360.

²⁴⁷ Interpretação livre do trecho abaixo:

"#2 – *The prevailing legal system in America describing the governance of corporations is largely a matter of state law. Its driving dynamic empowers and requires management to maximize shareholder values, as defined by the cost/benefit analyses so beloved by the law and economics community. This dynamic places incentive for corporations to "externalize liabilities" - to place as many of the costs of corporate functioning as possible on to others. In the film, The Corporation, I summarize: "The corporation is an externalizing machine, in the same way that a shark is a killing machine. There aren't any questions of malevolence or of will. The enterprise has within, and the shark had within it, those characteristics that enable it to do that for which it is was designed." The unhappy face of "federalism" seemingly condemns us to a "race to the bottom" in the effort to improve corporate standards – that has certainly been the fate of corporate governance attempted reforms over the last half century.*

#3 – *Management controls both the board of directors and the corporations' lobbying and political contribution policies. This confers on management vast leverage in dealing with the state, its own creator and supervisor. The Supreme Court has removed all restraint on direct corporate involvement in politics. This has made "reform" of the prevailing corporate system most problematic. Indeed, years into the Crisis of 2009-2010 we are still experiencing endless equivocations and delays from the SEC, the Federal Reserve and other government agencies whose enforcement failures were such an important cause of the disasters. Reality is that we suffer from ownerless corporations – the single element in the corporate constellation adequately independent, motivated and skilled to require accountability from management has been muted. This phenomena has occurred partly as crime and partly as tragedy.*"

(MONKS. *op. cit.*, p. 02)

²⁴⁸ ANDRADE; ROSSETTI. *op. cit.*, p. 87.

interação entre as pessoas que compõem a sociedade anônima, há conflitos que devem ser solucionados, com o fim de que todos possam ter seus interesses abarcados na obtenção do bem comum.

3.3 OS RELATÓRIOS COMO DEFINIDORES DAS PRÁTICAS DE ADMINISTRAÇÃO

Com base nos estudos sobre a teoria da agência²⁴⁹, constatando-se os problemas internos nas sociedades anônimas, atrelado aos escândalos financeiros do final do século XX (já relatados), em 1991, Lord Cadbury, foi escolhido pelo Banco da Inglaterra, em um trabalho conjunto com a Bolsa de Valores de Londres, a *Accountancy Profession* e o *Financial Reporting Council*, para formular um código de práticas recomendáveis aos administradores, diretores e membros dos conselhos de administração e fiscal, sobre como deveriam comportar-se na gestão das sociedades²⁵⁰. O código denominado de *Code of Best Practice*, ficou conhecido como Relatório Cadbury, e foi publicado em dezembro de 1992.

A partir deste Relatório, outros foram sendo desenvolvidos no intuito de revisar as práticas e condutas indicadas, bem como no sentido de aperfeiçoá-las, tendo destaque o Relatório Greenbury (1995), Relatório Hampel (1998), Relatório Turnbull (1999) e o Relatório Higgs (2003).

A adoção dos códigos de conduta passou a ser uma opção viável na ausência de norma regulamentadora a fim de assegurar, principalmente, que novos escândalos não voltassem a ocorrer. Desta forma, as leis surgiram no início do

²⁴⁹ Adriana Andrade e José Paschoal Rossetti afirmam que: “Os conflitos de agência – tanto os derivados do oportunismo de gestores face à dispersão e à ausência dos acionistas, quanto aos associáveis a estruturas de propriedade acionária que ensejam a expropriação dos direitos de minoritários por ações oportunistas de majoritários – são as razões fundamentais do despertar da governança corporativa. Mas não são as únicas. Somaram-se a elas, desde a segunda metade dos anos 80, e mais fortemente na última década do século, dos diferentes conjuntos de fatores que levaram as companhias a aderirem a melhores práticas de governança.”

Para eles esses fatores estão divididos em três conjuntos: relacionamento acionistas-corporações – que envolve a relação direta entre os sócios minoritários, os sócios majoritários e os gestores –; a constituição de conselhos de administração – que devem ser fiscalizados a fim de assegurar uma atuação mais técnica –; e a atuação da direção propriamente dita – que é o representativo do problema da agência.

(*Ibidem.*, p. 89-92.)

²⁵⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Relatório Cadbury** – Código de Práticas Recomendáveis. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Codigo.aspx?CodCodigo=13>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

século XXI por todo o mundo, como, por exemplo, no âmbito da Comunidade Europeia, foi formada uma Comissão de Alto Nível de pessoas estudiosas sobre o assunto a fim de apresentar normas de recomendação que pudessem ser aplicadas em todo o grupo.

Em 2002, foi apresentado o Relatório Winter que aborda o “inadequado grau de harmonização, a insuficiente transparência das estruturas e dos mecanismos de defesa, a necessidade de uma base para calcular um ‘preço equitativo’ e a introdução de denominadas cláusulas de afastamento obrigatório”.²⁵¹

Nos Estados Unidos da América, em julho de 2002, foi publicada a *Public Law 107-204*, conhecido como *Sarbanes-Oxley Act*, que estabelece práticas de governança corporativa²⁵².

No Brasil as práticas de governança corporativa, bem como a teoria da agência, enquanto institutos jurídicos, não estão tão bem desenvolvidos como nos Estados Unidos e no Reino Unido, isso porque não há aqui uma pulverização de capital como nesses países. A característica do mercado mobiliário brasileiro é a concentração de capital²⁵³. Entretanto, isso não significa que não haja normas que regulamentem.

Há na legislação brasileira uma atenção mínima à governança corporativa, segundo o disposto no artigo 116, parágrafo único, da Lei n. 6.404/1976, que determina que o acionista controlador deve agir sempre em busca de atender a função social da empresa, tendo como ponto de partida os interesses dos demais acionistas, dos funcionários e da comunidade onde a sociedade está inserida²⁵⁴.

O estabelecimento das normas de boa governança, assim, acabou ficando a cargo da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, em conjunto com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, lançaram em 1999, o Código de

²⁵¹ PARLAMENTO EUROPEU. **Documento de Trabalho sobre a proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às ofertas públicas de aquisição**. Disponível em: <HTTP://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/itre/.../489309PT.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.

²⁵² “To protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Public Law 107-204**. Disponível em: <HTTPS://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.)

²⁵³ VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 58.

²⁵⁴ BRASIL. **Lei n. 6.404**. *op. cit.*)

Melhores Práticas que contem recomendações práticas de governança com o fim de contribuir para a organização das sociedades anônimas no país²⁵⁵.

Mais recentemente, em 2010, o *International Organization for Standardization* – ISO publicou a norma n. 26000 que aborda diretrizes sobre responsabilidade social e, no tópico 6.2, sob o título Governança Organizacional, trata especificamente sobre a governança corporativa. O objetivo da ISO é padronizar as práticas que atualmente estão dispostas em diversos documentos, certificando as sociedades que as seguirem.²⁵⁶

Seja através de normas recomendatórias, dos relatórios, seja através da imposição normativa, as regras de governança corporativa passaram a ser uma preocupação, isso porque do bom desempenho da administração das sociedades depende do envolvimento de todos os agentes no processo decisório.

3.4 FORMAÇÃO CONCEITUAL DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

A conceituação terminológica é importante, pois define o objeto de estudo, entretanto, o fato de haver diversos documentos tratando sobre a governança corporativa revela que há muitos interesses a serem atendidos²⁵⁷, o que acaba por prejudicar a formação de um conceito único. Ademais, como salienta Carlos Eduardo Vergueiro, esse tipo de delimitação restringe as “discussões sobre o tema, que passam a ficar restritas aos limites apresentados”²⁵⁸.

Desta forma, com a finalidade de atender aos diversos interesses que estão em volta do tema e, sem estabelecer limites muito restritos, me baseei na obra de

²⁵⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 4. ed. São Paulo: IBGC, 2009.

²⁵⁶ ABNT. *op. cit.*, p. 22-23.

²⁵⁷ Carlos Eduardo Vergueiro aponta como elementos para definir o conceito a estrutura da propriedade acionária e de acordo com os valores distintos de Direito Empresarial a serem adotados pelos países.

(VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 45).

Adriana Andrade e José Paschoal Rossetti, por sua vez, apontam como elementos definidores para o conceito de governança corporativa as “1. dimensões das empresas; 2. estruturas de propriedade; 3. fontes de financiamento predominantes – internas ou externas; 4. Tipologia dos conflitos de agência e harmonização dos interesses em jogo; 5. tipologia das empresas quanto ao regime legal; 6. tipologia das empresas quanto à origem dos grupos controladores; 7. ascendência das empresas, que se modifica por fusões e aquisições; 8. abrangência geográfica de atuação das empresas; 9. traços culturais das nações em que as empresas operam; e 10. instituições legais e marcos regulatórios estabelecidos nas diferentes partes do mundo.”

(ANDRADE; ROSSETTI. *op. cit.*, p. 137-138).

²⁵⁸ VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 45.

Adriana Andrade e José Paschoal Rossetti²⁵⁹, que conceitua a governança corporativa sob quatro aspectos: a governança enquanto estrutura de poder, a governança enquanto sistema normativo, a governança enquanto sistema guardião de direitos e a governança enquanto sistema de relações.

Primeiramente, analisando o termo pelo seu aspecto semântico, cabe verificar que governança corporativa é uma tradução literal da expressão em inglês *corporate governance*. O termo *governance* significa o ato ou a forma de administrar²⁶⁰, e *corporate* é a expressão usada para designar as corporações, que no regime jurídico dos Estados Unidos da América, são as companhias, as sociedades anônimas.

A tradução literal tem gerado discussão na doutrina, pela impropriedade do termo ‘corporativa’. Em português, corporativa significa tudo que é organizado em corporações²⁶¹, e, como destaca Carlos Eduardo Vergueiro²⁶², não está relacionado a nenhuma organização específica, podendo ser uma sociedade, uma cooperativa, uma associação.

Voltando para o estudo do conceito da governança corporativa e correlacionando com os interesses a ela relacionados, cabe observar que o termo foi usado pela primeira vez que no Relatório Cadbury, no item 2.5, como um sistema onde todos que compõe a estrutura de poder de uma sociedade anônima são responsáveis por ela. Os diretores e conselheiros diretamente, pois são eles quem diretamente administram e traçam os objetivos estratégicos da sociedade; e os acionistas indiretamente, porque são quem nomeiam a diretoria, bem como certificam que ela está agindo da melhor forma possível.²⁶³

²⁵⁹ ANDRADE; ROSSETTI. *op. cit.*

²⁶⁰ “The action or manner of governing”.

(**OXFORD DICTIONARIES**. Disponível em: <http://www.oxforddictionaries.com/us/definition/american_english/governance?q=governance>. Acesso em: 03 jan. 2014.)

²⁶¹ **PRIBERAM DICIONÁRIO**. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/corporativa>>. Acesso em: 12 maio 2014.

²⁶² VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 61-62.

²⁶³ O conceito apresentado é uma tradução livre a partir do texto original: “*Corporate governance is the system by which companies are directed and controlled. Boards of directors are responsible for the governance of their companies. The shareholders’ role in governance is to appoint the directors and the auditors and to satisfy themselves that an appropriate governance structure is in place. The responsibilities of the board include setting the company’s strategic aims, providing the leadership to put them into effect, supervising the management of the business and reporting to shareholders on their stewardship. The board’s actions are subject to laws, regulations and the shareholders in general meeting.*”

(REPORT OF THE COMMITTEE ON THE FINANCIAL ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE. **Code of Best Practice**. London: GEE, 1992, p. 14.)

Ou seja, a governança corporativa é vista como um conjunto de práticas que buscam manter assegurada a estrutura interna da sociedade anônima, de forma que todos estejam ligados pelas responsabilidades dela decorrentes. Neste sentido o Banco Mundial aponta que a governança corporativa é um sistema de práticas de governar que deve ser observado, pois sociedades bem dirigidas geram menos riscos financeiros e promovem maiores retornos financeiros aos seus investidores²⁶⁴.

Outra forma de entender a governança corporativa é enquanto um sistema de normas, como definido por Milton Nassau Ribeiro. Ele entende que ela é “um sistema de gestão que privilegia o uso dos instrumentos (lei, regulamentos e práticas comerciais) visando compatibilizar os diversos interesses daqueles que se relacionam com a companhia”²⁶⁵. Ela é um conjunto de normas que regula a convivência social.

A governança enquanto sistema guardião dos direitos a delimita como sendo uma estrutura de práticas que tem por finalidade assegurar os direitos dos agentes a ela relacionados. Neste sentido, Carlos Eduardo Vergueiro afirma que uma série de condutas que tem como finalidade proteger os agentes incluídos na empresa. Assim, conseqüentemente, deve buscar a “valorização do acionista, a proteção dos empregados, a proteção da comunidade que depende das atividades da companhia, a consecução de interesses estatais por via de companhias privadas, ou uma mescla desses interesses”²⁶⁶.

Neste sentido a Comissão de Valores Mobiliários – CVM conceitua a governança corporativa como sendo “o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital”²⁶⁷. Nessa posição, o instituto é visto como um meio para se atingir um fim valorativo.

Por fim, a governança corporativa é estudada enquanto um sistema de relações interpessoais, que deve ser administrado a fim de que os diversos objetivos aí envolvidos sejam atingidos. Ela é a adotada pelo *International Organization for*

²⁶⁴ THE WOLD BANK. **CorporativeGovernance**. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTFINANCIALSECTOR/0,,contentMDK:22180291~menuPK:6122987~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:282885,00.html>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

²⁶⁵ RIBEIRO, Milton Nassau. *op. cit.*, p. 24.

²⁶⁶ VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 46.

²⁶⁷ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa**. Disponível em: <www.cvm.gov.br/port/public/publ/cartilha.doc>. Acesso em: 21 dez. 2013.

Standardization – ISO, na norma n. 26.000, que a considera como um “sistema pelo qual uma organização toma e implementa decisões na busca de seus objetivos”²⁶⁸.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC também define a governança corporativa como o “sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, Conselho de Administração, Diretoria e órgãos de controle”²⁶⁹.

Todos esses conceitos estão corretos, pois governança corporativa é um conjunto de práticas que: (i) representam um poder estruturado – posto que é da própria estrutura das sociedades anônimas a existência de órgãos para a administração –; (ii) estabelecem normas e regras para serem aplicadas dentro das companhias; (iii) buscam a aplicação de valores e princípios importantes para a sociedade; e (iv) buscam a interação e o atendimento dos diversos interesses interpessoais relacionados.

Todos destacam o objetivo do instituto que, segundo o Thomson Financial Investor Relations, é “estabelecer uma estrutura capaz de deixar explícitos os objetivos da companhia, determinar os meios de alcançar esses objetivos e acompanhar o desempenho”²⁷⁰. Ou seja, a governança corporativa tem como finalidade estruturar e estabelecer normas e valores de forma que todos os interesses existentes nas sociedades anônimas sejam atendidos.

3.5 OS MODELOS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

Essas práticas, as mais diversas existentes, vão ser aplicadas às sociedades anônimas de acordo com as suas necessidades e como elas estão estruturadas

²⁶⁸ ABNT. *op. cit.*, p. 22.

²⁶⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa**. *op. cit.*, p. 19.

²⁷⁰ E completa destacando que: “Entende-se como boa governança corporativa a adoção de práticas que signifiquem incentivos apropriados para o Conselho e executivos buscarem os objetivos de interesse comum – da companhia e dos acionistas e não apenas da gerência ou dos controladores – facilitem o monitoramento da performance dos negócios e encorajem a empresa a usar mais eficiente e eficazmente seus recursos.

(THOMSON FINANCIAL INVESTOR RELATIONS. **Governança Corporativa Perpetua Boas Práticas de Gestão e Disclosure**. Disponível em: <http://www.b2i.cc/document/1628/art_gestaoedisclosure2003.pdf>. Acesso em: 13 maio 2014, p. 01.)

internamente, mas também observando o modelo jurídico societário no qual estão inseridos. Em virtude disso, há diversos modelos de efetivação dessas práticas.

De uma forma geral a doutrina classifica e estabelece dois modelos de governança corporativa: *outsider system* e *insider system*²⁷¹.

O sistema *outsider system*, com prevalência nos Estados Unidos e Reino Unido, se caracteriza em virtude de os acionistas não estarem no poder administrativo da sociedade, como decorrência da pulverização do capital social. Há um ativismo muito grande dos pequenos investidores no mercado de ações e o principal interesse destes é o retorno financeiro direto, com a maximização do valor das ações.

Segundo Adriana Andrade e José Paschoal Rossetti este modelo atende aos interesses dos acionistas e diretores que tem como foco principal o valor, a riqueza e o retorno do capital investido, tendo como principal parâmetro os indicadores de desempenho patrimonial e financeiro²⁷².

Já o sistema *insider system*, prevalecente na Europa Continental, América Central, América do Sul e Ásia, tem como ponto caracterizador a participação dos acionistas na direção das atividades diárias da sociedade, se não diretamente, indiretamente com a indicação de quem o faça. Isso decorre de não haver muita participação nas sociedades de capital do pequeno investidor, fazendo a propriedade acionária ser mais concentrada.

Segundo Adriana Andrade e José Paschoal Rossetti, como existe uma participação mais efetiva na administração da sociedade por parte dos acionistas,

²⁷¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Principais Modelos**. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Secao.aspx?CodSecao=21>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

Eric Lethbridge destaca esses dois modelos, entretanto sem a mesma nomenclatura ao apontar: “o anglo-saxão, que prevalece nos Estados Unidos e no Reino Unido, e o nipo-germânico, que predomina no Japão e na Alemanha (e na maioria dos países da Europa continental). Esta classificação serve mais como referência analítica, já que a evolução de ambos nos últimos anos tem comprometido de alguma maneira a “pureza” de tais caracterizações. Apesar do modelo anglo-saxão ter sofrido críticas nos seus países de origem ao longo dos últimos 10 anos, é possível detectar uma tendência por parte das mais importantes empresas da Alemanha e do Japão no sentido de se aproximarem preferencialmente deste modelo no que diz respeito aos objetivos primordiais da atividade empresarial (especialmente a criação de valor para os acionistas) e às práticas de governança que permitem melhor alcançá-los.”

(LETHBRIDGE, Eric. **Governança Corporativa**. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/gov-corp/lethbridge-1997.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2014, p. 03.)

²⁷² ANDRADE; ROSSETTI. *op. cit.*, p. 34.

esse modelo agrega, principalmente, questões de sustentabilidade, função social e maior atenção na elaboração de balanços sociais²⁷³.

Contudo, ainda que estabelecidos esses dois principais grandes modelos, há especificidade que devem ser observadas dentro de cada sistema jurídico interno dos países, como os que passo a observar.

²⁷³ *Ibidem.*, p. 35.

3.5.1 Modelo Anglo-saxão

Focada principalmente nos Estados Unidos, Reino Unido, Canadá e Austrália, tem como característica principal ter que atender um mercado que é altamente pulverizado, onde muitos sócios têm pequenas quantidades de ações, fazendo com que exista um número muito grande de sócios. Isso faz com que esses “possuem pouco incentivo ou capacidade para afetar as políticas corporativas definidas pelos gestores”²⁷⁴.

Essa característica faz com que a administração – diretoria e conselho de administração – sejam preenchidos por pessoas não sócias, por administradores profissionais. E estes, por sua vez, acabam concentrando um grande poder e uma grande importância dentro do sistema empresarial, sendo um dos motivos basilares para o surgimento do conflito de agência já analisado e que ensejou o surgimento do instituto da governança corporativa.

Neste sentido Milton Nassau Ribeiro aponta que nos Estados Unidos, mas especificamente, desde que a governança corporativa começou a se desenvolver, foi com a finalidade de coibir o abuso de poder dos gestores, bem como a sobreposição dos administradores perante os acionistas.²⁷⁵

Esse contexto fez com que o modelo de governança corporativa desenvolvido e adotado por esses países tenham como foco principal a exigência de os diretores e membros do conselho de administração prestem informações em um nível muito elevado, com uma divulgação periódica, além de um controle rígido do uso de informações consideradas privilegiadas.²⁷⁶

²⁷⁴ SENHORAS, Elói Martins; TAKEUCHI, Kelly Pereira; TAKEUCHI, Katiuchia Pereira. **A Importância Estratégica da Governança Corporativa no Mercado de Capitais: Um Estudo Internacional Comparado.** Disponível em:

<[²⁷⁵ RIBEIRO, Milton Nassau. *op. cit.*, p. 28.](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fpublication%2F228684687_A_Importancia_Estrategica_da_Governanca_Corporativa_no_Mercado_de_Capitais_Um_Estudo_Internacional_Comparado%2Ffile%2F79e41511ff8cbe557c.pdf&ei=Y4ZIU8csy6iwBKbNgPAM&usg=AFQjCNEz uPYzkJAVvzMm3MaEIOM7FNEqFQ&sig2=aaW0AaVe73ZrmClzu5_Wcw&bvm=bv.65788261,d.cWc>

 . Acesso em: 30 abr. 2014, p. 06.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Claudio Rotta, Ronald Otto Hillbrecht, Giacomo Balbinotto Neto também destacam que “O modelo americano de Governança Corporativa está direcionado ao acionista, ou seja, utiliza mecanismos cujos objetivos são o alinhamento dos interesses da administração aos dos acionistas. Esta é uma das razões pelas quais, nos Estados Unidos, as ações têm um valor maior quando comparadas com outros mercados.”

(ROTTA; HILLBRECHT; BALBINOTTO NETO. *op. cit.*, p. 03.)

²⁷⁶ LETHBRIDGE. *op. cit.*, p. 03.

Esse dever está refletido nos principais instrumentos legais que regulam a administração das sociedades anônimas tanto nos Estados Unidos, como no Reino Unido.

Nos Estados Unidos, em 30 de julho de 2002, foi aprovado o Public Law 107-204, conhecida como *Sarbanes-Oxley Act* – SOX, com o objeto principal de proteger os investidores, melhorando a precisão e confiança nas divulgações de informações corporativas pelos administradores²⁷⁷. Ela amplia a responsabilidade dos diretores, membros do conselho de administração, empresas de auditoria e advogados, além de obrigar a existência de auditoria externa, tudo com o intuito de coibir manipulação de informações e assegurar que estas cheguem corretamente aos destinatários.

Claudio Rotta, Ronald Otto Hillbrecht, Giacomo Balbinotto Neto salientam que essa lei é fruto de um esforço do Poder Legislativo para solucionar questões envolvendo a governança corporativa, através do aumento da responsabilidade dos administradores e maior exigência do uso de práticas contábeis corporativas. Entretanto, destacam que a mesma acabou por se perdendo ao tratar demasiadamente da questão da responsabilidade e acabou por não lidar com a problemática da governança corporativa em si mesma.²⁷⁸

No Reino Unido, diversos relatórios, desde o Relatório Cadbury (1992), seguido pelo Relatório Greenbury (1995) e pelo Relatório Hampel (1997), sempre ampliando a responsabilidade dos administrados pela prestação das informações. E, em junho de 1998, esses três documentos foram consolidados no instrumento denominado *Combined Code of London Stock Exchange*²⁷⁹, revisto a cada dois anos.

Esse código de boas práticas de governança tem como foco principal os princípios que devem ser seguidos por todas as sociedades, principalmente as anônimas abertas, a fim de assegurar que os investidores/acionistas tenham todas as informações necessárias para proteger o seu patrimônio investido, aumentando a credibilidade nas companhias.²⁸⁰

²⁷⁷ Tradução livre do texto: “*To protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes*”.

(ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *op. cit.*)

²⁷⁸ ROTTA; HILLBRECHT; BALBINOTTO NETO. *op. cit.*, p. 03.

²⁷⁹ LONDON STOCK EXCHANGE. **Combined Code of London Stock Exchange**. Disponível em: <http://www.ecgi.org/codes/documents/combined_code.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

²⁸⁰ Esses preceitos estão previstos no preâmbulo do *Combined Code of London Stock Exchange*:

1. *In the Committee’s final report we said that, in response to many requests, we intended to produce a set of principles and code which embraced Cadbury, Greenbury and the committee’s own work. This Combined Code fulfills that undertaking.*

Desta forma, verifica-se que esse modelo está baseado em assegurar que os administradores – diretores e membros do conselho administrativo –, principalmente, mas também outros agentes que tenham acesso às informações privilegiadas das sociedades anônimas as passem com veracidade para os acionistas e não as manipulem ou façam uso indevido ou privilegiado.

3.5.2 Modelo Alemão

A Alemanha tem um perfil distinto dos países anglo-saxões, principalmente, em virtude das Guerras que a tiveram como palco. A população é mais conservadora e exige maior segurança jurídica no agir, fazendo com que haja maior cautela, espírito de cooperação e planejamento social²⁸¹.

Outro ponto caracterizador da sociedade alemã é a valorização da proteção do trabalhador, o que faz com que eles tentem balancear os interesses do capital, as formas de administrar e a supervisão do agir das sociedades anônimas, com os interesses do trabalho partindo do entendimento de que esse é o fim a ser perseguido pelo Direito Comercial.²⁸²

Como consequência direta dessa realidade há maior concentração do capital social nas sociedades anônimas alemãs, fazendo com que a administração, ainda que profissionalizada, seja fiscalizada diretamente pelo governo e pelos acionistas.

2. *The Combined Code is now issued in final form, and includes a number of changes made by the London Stock Exchange, with the Committee's agreement, following the consultation undertaken by the London Stock Exchange on the committee's original draft.*

3. *The Combined Code contains both principles and detailed Code provisions. We understand that it is the intention of the London Stock Exchange to introduce a requirement on listed companies to make a disclosure statement in two parts.*

4. *In the first part of the statement, the company will be required to report on how it applies the principles in the Combined Code. We make clear in our report that we do not prescribe the form or content of this part of the statement, the intention being that companies should have a free hand to explain their governance policies in the light of the principles, including any special circumstances applying to them which have led to a particular approach. It must be for shareholders and others to evaluate this part of the company's statement.*

5. *In the second part of the statement the company will be required either to confirm that it complies with the Code provisions or - where it does not - provide an explanation. Again, it must be for shareholders and others to evaluate such explanations.*

6. *In our report we make clear that companies should be ready to explain their governance policies, including any circumstances justifying departure from best practice; and that those concerned with the evaluation of governance should do so with common sense, and with due regard to companies' individual circumstances.*

(*Idem.*)

²⁸¹ RIBEIRO, Milton Nassau. *op. cit.*, p. 37-38.

²⁸² VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 52.

Desta forma, “as empresas devem equilibrar os interesses dos acionistas com aqueles de outros grupos que são impactados pelas suas atividades, como os empregados, fornecedores, clientes e a comunidade”²⁸³.

A governança corporativa, desta forma, refletindo essa postura, segundo Elói Martins Senhoras, Kelly Pereira Takeuchi e Katiuchia Pereira Takeuch, se caracteriza por ser um “modelo de equilíbrio dos interesses dos *stakeholders*[...] como objetivo primordial das empresas, ao invés da maximização da riqueza dos acionistas; o papel limitado do mercado de capitais no fornecimento de capital de risco e a gestão coletiva das empresas”²⁸⁴.

Carlos Eduardo Vergueiro destaca que “o importante do estudo da *corporativegovernance* alemã é que esse estudo demonstra como um objetivo diferente daquele de valorização do acionista pode ser atingido através da alteração das regras de gestão e supervisão de sociedades”²⁸⁵.

Nesse sistema verifica-se preocupação na proteção não só dos investimentos em si mesmo considerados, mas de todos os valores que estão direta ou indiretamente relacionados com a própria atividade empresarial, da empresa em si mesma considerada. Isso faz com que os acionistas, os trabalhadores e o governo se envolvam na busca por fiscalizar e assegurar que as decisões sejam tomadas de forma consciente e em busca do benefício comum.

3.5.3 Modelo Japonês

O sistema econômico japonês é marcado por uma forte hierarquização estrutural e pela presença dos *keiretsu* – reuniões de várias sociedades, principalmente de caráter familiar, e de bancos, que unidos por redes de participação que se cruzam –. Ou seja, é um regime fechado e marcado por uma complexa rede de relações societárias mútuas do tipo controle, coligação e, até mesmo, de simples participação. Essa característica fez com que “até recentemente

²⁸³ LETHBRIDGE. *op. cit.*, p. 03.

²⁸⁴ SENHORAS; TAKEUCHI; TAKEUCH. *op. cit.*, p. 07.

Neste sentido também: RIBEIRO, Milton Nassau. *op. cit.*, p. 40.

²⁸⁵ VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 52.

[fosse] praticamente impossível um investidor externo obter controle dentro do Keiretsu através da simples compra de títulos no mercado de ações”²⁸⁶.

Outro ponto que é indicador de como é o modelo de governança corporativa no Japão é a estrutura do conselho de administração das sociedades anônimas. Esses são escolhidos entre executivos que tenham prestados serviços relevantes para a sociedade, sendo que o de maior expressão é eleito o presidente da companhia.²⁸⁷

E Claudio Rotta, Ronald Otto Hillbrecht e Giacomo Balbinotto Neto destacam que mesmo quando existem diretores no Conselho de Administração que não fazem parte do quadro de empregados da companhia, estes não têm independência na tomada das decisões. Nas “[...] grandes empresas japonesas os membros externos do conselho atendem aos interesses dos maiores credores, enquanto que nas empresas menores os diretores externos representam os interesses das firmas com as quais elas fazem negócios”.²⁸⁸

Mas o fato de o mercado japonês ser concentrado quase ao extremo da dependência, não impediu a preocupações decorrentes da teoria do agente, pois há uma pequena parcela de acionistas que são meramente investidores e precisam ser protegidos.

Em virtude disso, em setembro 1997, a *Japan Federation of Economic Organizations* publicou a *Urgent Recommendations Concerning Corporate Governance*²⁸⁹, primeiro código reconhecendo a necessidade de discutir a proteção dos sócios minoritários e de estabelecer regras claras para as práticas de boa governança. Esse documento foi seguido pela publicação em outubro do mesmo ano, pelo *Corporate Governance Forum of Japan*, o *Corporate Governance Principles – A Japanese view*²⁹⁰, que propõe ações para reestruturação societária de forma a proteger aos acionistas minoritários também.

²⁸⁶ ROTTA; HILLBRECHT; BALBINOTTO NETO. *op. cit.*, p. 04.

²⁸⁷ Essas afirmações sobre o modelo japonês condizem com a doutrina majoritária, apontando neste sentido:

SENHORAS; TAKEUCHI; TAKEUCH. *op. cit.*, p. 08; e RIBEIRO, Milton Nassau. *op. cit.*, p. 42.

²⁸⁸ ROTTA; HILLBRECHT; BALBINOTTO NETO. *op. cit.*, p. 05.

²⁸⁹ JAPAN FEDERATION OF ECONOMIC ORGANIZATIONS. ***Urgent Recommendations Concerning Corporate Governance***. Disponível em: <http://www.ecgi.org/codes/documents/jfeo_sep1997.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

²⁹⁰ CORPORATIVE GOVERNANCE FORUM OF JAPAN. ***Corporate Governance Principles – A Japanese view***. Disponível em: <http://www.ecgi.org/codes/documents/japan_cgf_j.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

3.5.4 Modelo Brasileiro

O sistema que regulamenta as sociedades anônimas no Brasil é muito peculiar. Primeiramente, pela existência de sociedades estatais, as sociedades de economia mista, onde, apesar da existência de sócios privados, o controle acionário está em poder de um ente federativo. Em segundo lugar, não há no país uma tradição de investir em ações. O mercado de capitais não é conhecido pela maioria da população que tem receio de investir nele.

Segundo Elói Martins Senhoras, Kelly Pereira Takeuchi e Katiuchia Pereira Takeuch, as companhias brasileiras são marcadas por terem um “controle e administração exclusivamente familiar e controle acionário definido e altamente concentrado, com acionistas minoritários passivos e Conselhos de Administração sem poder de decisão [...]”²⁹¹.

Neste sentido Érica Gorga destaca que: “No Brasil, as companhias abertas possuem acionista(s) majoritário(s) efetivamente detentor(es) da maioria do capital votante”²⁹². Ou seja, as sociedades, sejam privadas ou públicas, são controladas por pessoas – físicas ou jurídicas – que impõe a forma de administrar.

Desta forma, não havia aqui no país, até a década de 90 um quadro significativo de acionistas pulverizados, tal qual nos Estados Unidos e no Reino Unido, que gerassem os conflitos de agência que foram ensejadores do surgimento das práticas protetivas da governança corporativa. Contudo, com as privatizações, os movimentos de fusão e incorporação, a globalização em si mesma e uma busca por maior participação e postura mais ativa dos sócios minoritários tem gerado uma mudança dentro das sociedades anônimas.²⁹³

Como decorrência desse processo, “os conselheiros profissionais e independentes surgiram em resposta ao movimento pelas boas práticas de governança corporativa e à necessidade das empresas modernizarem sua alta gestão, visando tornarem-se mais atraentes para o mercado”²⁹⁴.

²⁹¹ SENHORAS; TAKEUCHI; TAKEUCH. *op. cit.*, p. 08.

²⁹² GORGA, Érica. **Direito Societário Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 55.

²⁹³ SENHORAS; TAKEUCHI; TAKEUCH. *op. cit.*, p. 09.

²⁹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Secao.aspx?CodSecao=20>>. Acesso em: 03 maio 2014.

Mesmo assim, o mercado brasileiro é concentrado e não pulverizado, assemelhando-se ao sistema alemão, a despeito de, por uma questão de aproximação cultural, haver uma busca pela utilização e aproximação com o modelo norte americano. Neste sentido, desde 1999, usando como base os códigos já existentes nos Estados Unidos, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC publicou o primeiro código brasileiro sobre o tema.

Outras entidades posteriormente também lançaram normas que refletissem essa busca pela boa administração nas sociedades anônimas, a exemplo a Comissão de Valores Mobiliários – CVM que, em 2002, lançou uma cartilha orientadora sobre como deve ser o relacionamento entre os dirigentes e os acionistas.²⁹⁵

A Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA, em 2001, criou o Índice de Ações com Governança Corporativa – IGC, que tem “por objetivo medir o desempenho de uma carteira teórica composta por ações de empresas que apresentem bons níveis de governança corporativa”²⁹⁶. Quase que concomitante, foi lançada também cartilha, Diretrizes de Governança Corporativa da BM&FBOVESPA, com a finalidade de “apresentar, em linguagem simples e de forma concisa, o modelo de governança corporativa da BM&FBOVESPA (a “Companhia”) e as principais práticas adotadas”²⁹⁷.

Esses códigos e iniciativas são muitos relevantes quando se pensa no sistema de governança brasileiro, pois estão adequados à realidade das sociedades brasileiras existentes no país. Entretanto, eles não são coercitivos. A adesão a eles só é obrigatório para algumas companhias que negociam no mercado novo.

Não há uma norma que trate especificamente sobre o tema no Brasil. Existem inserções pontuais sobre alguns direitos de governança corporativa e aspectos que

Neste sentido, Érica Gorga aponta que: “Num cenário de desconcentração do poder de voto, o conflito de agência passa a incorporar, com maior relevância, a figura do administrador, o qual ganha poder à medida que o acionista detentor de maior número de ações votantes perde a habilidade de controlar as decisões da assembleia geral de acionistas de maneira incontestável. Assim passam a ganhar relevo os conflitos entre administradores vs. acionistas, – e entre facções de acionistas minoritários – tal como há tempos se discute no contexto americano”. (GORGA. *op. cit.*, p. 57.)

²⁹⁵ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa.** *op. cit.*

²⁹⁶ BM&FBOVESPA. **Índice de Ações com Governança Corporativa Diferenciada – IGCX.** Disponível em:

<<http://www.bmfbovespa.com.br/Indices/ResumoIndice.aspx?Indice=IGC&Opcao=0&idioma=pt-br>>.

Acesso em: 03 maio 2014.

²⁹⁷ BM&FBOVESPA. **Diretrizes de Governança Corporativa.** Disponível em: <http://ri.bmfbovespa.com.br/fck_temp/26_2//Diretrizes_de_Governanca_Corporativa_da_BMFBOVESPA.pdf>. Acesso em: 03 maio 2014.

nos remetem a ela na lei que regulamenta as sociedades anônimas, tais como acordo de acionistas, maior fiscalização das agências reguladoras sobre as companhias abertas, dever de informação dos sócios controladores e diretoria, possibilidade dos sócios ordinários minoritários e dos sócios preferenciais elegerem um membro no conselho de administração, entre outros.²⁹⁸

Esses direitos impostos a todas as companhias são tímidos e decorrem de uma resistência que os grupos controladores têm de perderem o controle. Ou seja, de uma tentativa de manutenção do *status quo* centralizado nos grupos familiares que detêm o poder. Há resistências nitidamente de cunho político que impedem a formulação de uma legislação própria, ou mesmo, uma reforma mais profunda na Lei das Sociedades Anônimas, pois “o aumento da proteção aos minoritários equivale à redução do valor do controle dessas empresas”²⁹⁹.

No Brasil, diferentemente de outros países, ainda não há um sistema de governança corporativa formado, mas em formação. Os sócios minoritários ainda estão descobrindo os direitos que podem ter com a adoção dessas práticas pelas sociedades anônimas: por outro lado, os sócios controladores não querem perder os poderes que detêm, compartilhando-os.

3.6 OS DIREITOS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

O reconhecimento da existência de vários sistemas de governança corporativa não enfraquece o instituto, somente respalda o fato de que o mesmo deve ser adaptado ao modelo jurídico das sociedades anônimas que cada país tem. Isso faz com que se tenha um núcleo de princípios e direitos que são considerados mínimos e coincidentes em todos os sistemas.

Esses direitos, positivados ou somente previstos em códigos, relatórios ou cartas recomendatórias, têm como fim proteger os sócios minoritários face ao poderio dos sócios controladores, dos diretores e dos membros do conselho de administração. E eles são divididos em duas categorias: os princípios orientadores e as práticas que devem ser adotadas pelas companhias.

²⁹⁸ BRASIL. Lei n. 6.404. *op. cit.*

²⁹⁹ CARVALHO, Antonio Gledson. *op. cit.*, p. 09.

3.6.1 Princípios da Governança Corporativa

Os princípios³⁰⁰ da Governança Corporativa foram difundidos principalmente após a *Organization for Economic Co-operation and Development* – OECD³⁰¹, em maio de 1999, revisto em 2004, emitir relatório intitulado “*OECD Principles of Corporate Governance*” destacando a importância deste. Para tanto foi salientado que eles “são um instrumento vivo que contém normas não vinculativas e boas práticas, bem como linhas orientadoras sobre a sua aplicação, podendo ser adaptados às circunstâncias específicas de cada país e região”³⁰².

A mais recente norma internacional que trata sobre governança corporativa, a ISO n. 26.000, para fim de que a tomada de decisão seja feita de forma eficiente, dispõe que é necessária a observância dos princípios do “*accountability*”³⁰³, transparência, comportamento ético, respeito pelos interesses das partes interessadas, respeito pelo estado de direito, respeito pelas normas internacionais de comportamento e respeito pelos direitos humanos”³⁰⁴.

Esses princípios já eram adotados, no Brasil, pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, no Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, que estabelece como princípios básicos da boa governança a

³⁰⁰ Os princípios podem ser encarados sob várias concepções: como uma norma de caráter superior hierarquicamente às normas, conforme Dworkin; como um mandamento de otimização, distinto do mandamento definitivo, segundo Alexy; ou mesmo, como comportamentos normativos ideais a serem alcançados, no entendimento de Ávila; mas todos reconhecem que este está imbuído de carga valorativa, sendo este a sua principal distinção para com as regras.

Essa noção é importante, pois permite visualizar que os princípios que regem as práticas de governança corporativa são imbuídos de mais carga valorativa do que as próprias regras estabelecidas nas leis e nos relatórios. Desta forma, ainda que as regras sejam meramente recomendatórias, em virtude da incidência dos princípios, é possível exigir o seu cumprimento.

³⁰¹ A *Organisation for Economic Co-operation and Development* é uma organização internacional que tem como missão “alcançar o mais elevado nível de crescimento económico e de emprego sustentável e uma crescente qualidade do nível de vida nos países membros, mantendo a estabilidade financeira e contribuindo assim para o desenvolvimento da economia mundial; contribuir para a expansão económica dos países membros e dos países não membros em vias de desenvolvimento económico; contribuir para a expansão do comércio mundial, numa base multilateral e não discriminatória, de acordo com as obrigações internacionais”.

(ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Os Princípios da OCDE sobre Governança Corporativa**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/33931148.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2014, p. 02)

³⁰² *Ibidem*, p. 04.

³⁰³ Segundo definido na própria norma ISO 26000 é a “condição de responsabilizar-se por decisões e atividades e prestar contas destas decisões e atividades aos órgãos de governança de uma organização, a autoridades legais e, de modo mais amplo, às partes interessadas da organização”. (ABNT. *op. cit.*, p. 2.)

³⁰⁴ *Ibidem*., p. 22-23.

transparência, a prestação de contas, a equidade e a responsabilidade corporativa.³⁰⁵

3.6.1.1 Princípio da Responsabilidade Corporativa

A responsabilidade corporativa, por sua vez, é o dever de “assegurar a gestão estratégica da empresa, um acompanhamento e fiscalização eficazes da gestão pelo órgão de administração e a responsabilização do órgão de administração perante a empresa e os seus acionistas”³⁰⁶. Ou seja, é o dever de zelar pela perpetuidade da atividade empresarial desenvolvida pela sociedade.

Neste sentido, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa determina que a responsabilidade corporativa é o dever dos agentes de governança em “zelar pela sustentabilidade das organizações, visando à sua longevidade, incorporando considerações de ordem social e ambiental na definição dos negócios e operações”³⁰⁷. E Carlos Airton Rodrigues aponta que é a maneira de conduzir os negócios com o “objetivo de perenizar a organização”³⁰⁸.

Mais do que a perpetuação da organização, a questão da responsabilidade corporativa parte do “reconhecimento de que as decisões e os resultados das atividades das companhias alcançam um universo de agentes sociais muito mais amplo do que o composto por seus sócios e acionistas”³⁰⁹, ou seja, envolve questões de cidadania empresarial. Os gestores e sócios controladores têm que pensar na atividade empresarial não só como uma forma de obtenção de lucro, mas no impacto que esta vai ter nos demais agentes que integram o processo econômico no qual ela está envolvida.

³⁰⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa**. *op. cit.*, p. 19.

³⁰⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *op. cit.*, p. 24.

³⁰⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa**. *op. cit.*, p. 19.

³⁰⁸ RODRIGUES, Carlos Airton. **Transparência, equidade, prestação de contas, conformidade e responsabilidade corporativa são essenciais**. Disponível em: <<http://www.endeavor.org.br/artigos/gente-gestao/governanca-corporativa/principios-e-valores-a-base-da-governanca-corporativa>>. Acesso em: 04 maio 2014.

³⁰⁹ BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO. **Empresas, Responsabilidade Corporativa e Investimento**. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/relato/social01.pdf>. Acesso em: 04 maio 2014, p. 04.

A questão da responsabilidade corporativa, por vezes denominada de responsabilidade social corporativa, está mais ligada à questão da sustentabilidade social do que com a governança corporativa em si mesma. Inclusive, o Instituto Ethos, cuja “missão é mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seus negócios de forma socialmente responsável”³¹⁰, estabelece na Carta de Princípios que deve haver um reconhecimento dos resultados e impactos das ações da sociedade na busca por um bem estar coletivo³¹¹.

Entretanto, focando no tema desta tese, a responsabilidade corporativa está relacionada à atuação dos gestores e grupos controladores de forma a não visualizar a sociedade como um algo que somente deve atender as suas expectativas, mas também dos sócios minoritários. Ou seja, a sociedade deve ser administrada de forma a ser perene, pois os investidores dela acreditam e confiam no desenvolvimento contínuo e duradouro da relação empresarial na qual estão se inserindo.

3.6.1.2 Princípio da Informação e da Transparência

O princípio da informação e o princípio da transparência não são específicos da governança corporativa, mas sim de uma condição própria das relações contemporâneas que impõem às partes agirem sempre com clareza e com boa-fé. Eles estão presentes expressamente nas regras constitucionais que regulamentam a administração pública, através do princípio da publicidade³¹²; e nas normas que

³¹⁰ INSTITUTO ETHOS. **Missão**. Disponível em: <<http://www3.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/missao/#.U2Z93fldXlo>>. Acesso em: 04 maio 2014.

³¹¹ Responsabilidade Social: “Reconhecemos a responsabilidade pelos resultados e impactos das ações de nossa empresa no meio natural e social afetados por nossas atividades empresariais e envidaremos todos os esforços no sentido de conhecer e cumprir a legislação e de, voluntariamente, exceder nossas obrigações naquilo que seja relevante para o bem-estar da coletividade. Procuraremos desenvolver e divulgar a todas as partes interessadas um programa ativo e contínuo de aperfeiçoamento ético de nossas relações com as pessoas e entidades públicas ou privadas envolvidas em nossas ações.”

(INSTITUTO ETHOS. **Carta de Princípios**. Disponível em: <<http://www3.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/carta-de-principios/#.U2Z-gPldXlo>>. Acesso em: 04 maio 2014.)

³¹² Constituição Federal. [...] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. *op. cit.*).

tratam das relações de consumo, como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo³¹³ e como direito do consumidor³¹⁴.

Nas relações de governança corporativa, estes princípios decorrem da obrigação de comunicar tudo o que ocorre dentro da sociedade. Ou seja, os dirigentes devem comunicar aos sócios, trabalhadores, credores, todos os interessados, o que acontece no cotidiano da atividade empresarial, como está a situação patrimonial, quais decisões foram tomadas e qual a finalidade destas.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa destaca que esse princípio corresponde a obrigação de “disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos”. Essa relação é importante, pois resulta em um clima de confiança nas relações que a empresa trava com terceiros.³¹⁵

O dever de informar e a própria transparência em si mesma considerada não devem nas assembleias, ou quando alguém se questiona, ou quando decorre de obrigação legal, mas sim, deve ser espontâneo, deve ser inerente à atividade de administrar³¹⁶.

Isso porque, como destaca o Conselho de Valores Monetários, “somente estando bem informados sobre as atividades da companhia é que os acionistas poderão fiscalizar, de forma adequada, a atuação dos administradores da sociedade, bem como terão condições de proferir, com consciência, o seu voto nas

³¹³ Código de Defesa do Consumidor. [...] Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; [...]
(BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 04 maio 2014.)

³¹⁴ Código de Defesa do Consumidor. [...] Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...]
(*Idem.*)

³¹⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa**. *op. cit.*, p. 19.

³¹⁶ Essa é a orientação da *Organization for Economic Co-operation and Development* – OECD ao destacar que “o enquadramento do governo das sociedades deve assegurar a divulgação atempada e objectiva de todas as informações relevantes relativas à sociedade, nomeadamente no que respeita à situação financeira, desempenho, participações sociais e governo da empresa”.
(ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *op. cit.*, p. 22).

assembleias gerais”³¹⁷. Ademais, a prestação das informações de forma periódica gera ou aumenta a credibilidade da companhia perante os investidores.

Desta forma, as informações devem ter três características básicas: “(i) fidedignidade; (ii) acesso fácil a todos os investidores (atuais e potenciais); e (iii) possibilidade de conhecimento tempestivo por parte dos investidores interessados”³¹⁸. As informações devem ser verídicas, amplas, atuais e no tempo correto. De nada adianta noticiar inverdades, ou mesmo verdades para poucas pessoas, ou fora do tempo, pois não poderão ser usadas para os fins a que se destinam.

Em virtude disso, os sócios que não podem votar nas assembleias – os preferenciais – a, têm o direito de ser informados, pois terão maior segurança de que o capital investido está sendo bem aplicado.

Outro ponto importante que deve ser considerado é o uso indevido de informações privilegiadas. Os sócios controladores, diretores e membros do conselho de administração não podem usar do seu poder de comando e direção a fim de usá-las indevidamente. Essa preocupação decorre principalmente dos escândalos que ocorreram no final do século XX, já relatados, e que ensejaram o próprio desenvolvimento da teoria e práticas da boa governança.

E, mais do que uma regra de comportamento ou juízo de valor, os princípios da informação e da transparência, tem se transformado em uma prática real das sociedades, como por exemplo:

- a Vale S.A., que tem uma política de divulgação de informações³¹⁹ aos quais decorrem três principais relatórios: (i) histórico de preços das ações³²⁰, com

³¹⁷ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Principais Direitos dos Acionistas Minoritários de Companhias Abertas. *In* **Cadernos CVM**. N. 8. São Paulo, 2009, p. 19.

³¹⁸ ANDREZO, Andrea Fernandes. **A necessidade de maior transparência das informações e orientação dos investidores para o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/Public/publ/1monografia.asp#P2>>. Acesso em: 04 maio 2014.

³¹⁹ Nesta há obrigação de “tornar públicas informações estratégicas, administrativas, técnicas, negociais, financeiras ou econômicas capazes de afetar os preços dos seus valores mobiliários e/ou influenciar a decisão dos investidores em mantê-los, comprá-los, vendê-los ou exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titulares de valores mobiliários (Ato ou Fato Relevante), conforme as regras aplicáveis emitidas pelos órgãos reguladores e pelas comissões de valores mobiliários mencionadas acima”.

(VALE S.A. **Política de divulgação de informações**. Disponível em: <<http://www.vale.com/PT/investors/Corporate-governance/Policies/Disclosure-Policies/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014).

³²⁰ VALE S.A. **Histórico de Preços das Ações**. Disponível em: <<http://www.vale.com/PT/investors/Equity-debt/Stock-price-history/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.

relatórios diários dos valores das ações da sociedade no fechamento dos principais mercados; (ii) publicação de relatórios trimestrais de produção e de resultados³²¹; e (iii) relatórios anuais 20F³²² – que contem informações sobre os negócios e a produção total da empresa, sobre o volume de investimentos, sobre os diretores, conselheiros, empregados e respectivos salários, sobre ações judiciais e sobre valores mobiliários negociados – e relatórios de sustentabilidade³²³, contendo as principais práticas e projetos desenvolvidos.

- a EMBRAER S.A., que mantém política de anticorrupção³²⁴ e Código de Ética e Conduta³²⁵, do quais decorrem publicações de resultado trimestrais³²⁶, relatórios anuais³²⁷ - contendo ações da companhia no mundo, práticas de sustentabilidade desenvolvidas, os números de receita, lucro, dívidas, entre outras informações.

- a BRASKEM S.A., com a finalidade de uma gestão transparente e responsável, possui um Código de Conduta³²⁸, com previsão de publicação de três documentos: (i) Atas e Editais³²⁹, com divulgação das reuniões realizadas entre diretoria e conselhos e destes com os investidores, comunicando o teor do que foi discutido e decidido; (ii) Resultados trimestrais de produção³³⁰; e Relatório anual³³¹, divulgando a evolução dos projetos de expansão, as inovações, as novidades do

³²¹ VALE S.A. **Relatórios Trimestrais**. Disponível em: <<http://www.vale.com/PT/investors/Quarterly-results-reports/Quarterly-results/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.

³²² VALE S.A. **Relatório 20F**. Disponível em: <<http://www.vale.com/PT/investors/Annual-reports/20F/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.

³²³ VALE S.A. **Relatório de Sustentabilidade**. Disponível em: <<http://www.vale.com/PT/investors/Annual-reports/Sustainability-reports/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.

³²⁴ EMBRAER S.A. **Política Global Anticorrupção da Embraer**. Disponível em: <http://www.embraer.com.br/compliance/pdfs/Embraer%20Pol%C3%ADtica%20Global%20Anticorrup%C3%A7%C3%A3o_PORT.pdf>. Acesso em: 04 maio 2014.

³²⁵ EMBRAER S.A. **Código de Ética e Conduta**. Disponível em: <http://www.embraer.com.br/compliance/pdfs/integra658922_PORT_Online-Code.pdf>. Acesso em: 04 maio 2014.

³²⁶ EMBRAER S.A. **Central de Resultado**. Disponível em: <<http://ri.embraer.com.br/listresultados.aspx?idCanal=GHSVkh17Mf9OzMsR3YK6wg==>>. Acesso em: 04 maio 2014.

³²⁷ EMBRAER S.A. **Relatórios Anuais**. Disponível em: <<http://ri.embraer.com.br/show.aspx?idCanal=iM2P2p1lloUsWi5mzDbdbA==>>. Acesso em: 04 maio 2014.

³²⁸ BRASKEM S.A. **Código de Conduta**. Disponível em: <http://www.braskem.com.br/Portal/Principal/Arquivos/Download/Upload/codigo_conduta_port_23.pdf>. Acesso em: 04 maio 2014.

³²⁹ BRASKEM S.A. **Atas e Editais**. Disponível em: <<http://braskem.riweb.com.br/listgroup.aspx?idCanal=+WT5Qu5vObJjJmt0mCzJDw==>>. Acesso em: 04 maio 2014.

³³⁰ BRASKEM S.A. **Resultados**. Disponível em: <<http://www.braskem-ri.com.br/listresultados.aspx?idCanal=OzpCrZc3Fq29LkPYMDzZlg==>>. Acesso em: 04 maio 2014.

³³¹ BRASKEM S.A. **Relatório Anual 2012**. Disponível em: <<http://rao2012.braskem.com/Default.asp?idioma=pt>>. Acesso em: 04 maio 2014.

mercado, as ações participativas e os compromissos voluntários, os desenvolvimentos econômicos, os desenvolvimentos socioambientais e a cadeia de valor para os clientes, comunidade, fornecedores e com o governo.

Esses não são os únicos, mas exemplificam em diversos ramos de atividade como se dá a divulgação das informações na prática e no cotidiano das companhias no Brasil, demonstrando a importância destas na manutenção e atração de investimentos e de sócios minoritários.

3.6.1.3 Princípio da Prestação de Contas

A prestação de contas apresentada como princípio e, portanto, como norma valorativa que deve ser observada pelas sociedades anônimas, é uma consequência direta dos princípios da informação e da transparência, sendo por vezes considerado mais um dever do que princípio em si, pois há responsabilidade direta dos dirigentes decorrente da omissão³³².

A prestação de contas tem como finalidade última proporcionar que os acionistas estejam devidamente informados no momento de participarem de um processo decisório. Mas também a prestação de contas tem como finalidade uma função educativa, pois proporciona aos sócios maior interesse pela sociedade, através da análise dos dados divulgados.³³³

Os relatórios utilizados pelas sociedades a fim de informar aos acionistas, à comunidade e até mesmo ao governo, e demonstrar a transparência das atividades, também têm como finalidade atender ao princípio da prestação de contas, isso porque devem ser feitos dentro de uma metodologia que facilite a apreensão do conteúdo ou mesmo predeterminada pelos órgãos reguladores.

³³² Neste sentido, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa destaca que: “Os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões”, referindo-se aos sócios, administradores (conselheiros de administração e executivos/ gestores), conselheiros fiscais e auditores. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa**. *op. cit.*, p. 19).

³³³ BULGARELLI, Waldírio. **Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 90-94.

No Brasil, o Conselho de Valores Mobiliários – CVM é o responsável por, através de instruções normativas³³⁴ e deliberações³³⁵, emitir orientações de como devem ser feitas as prestações contábeis pelas companhias que operam no mercado mobiliário. Essas normas se baseiam em outras de caráter internacional³³⁶, provenientes de organizações privadas sem fins lucrativos, a exemplo da *International Accounting Standards Board* – IASB, ligada a *International Financial Reporting Standards* – IFRS, que tem a finalidade criar um padrão de normas contábeis internacionais, que tenham como características a alta qualidade, que sejam compreensíveis e aplicáveis a todas as companhias ao redor do mundo³³⁷.

A *Global Reporting Initiative* – GRI também é uma organização internacional sem fins lucrativos que tem por objetivo estabelecer normas para a elaboração de relatórios de sustentabilidade empresarial, conceituando-os como documentos de desempenho econômico, ambiental, social e de governança da organização relatora³³⁸.

³³⁴ Tais como: Instrução CVM Nº 469, de 2 de maio de 2008, que prevê no artigo 1º: O disposto na Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, aplica-se às demonstrações financeiras de encerramento do exercício social iniciado a partir de 1º de janeiro de 2008, e às demonstrações especialmente elaboradas para atendimento do disposto no §2º do art. 45 e no § 1º do art. 204 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

(COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM n. 469**, de 2 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/snc/inst457.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2014.)

E Instrução CVM Nº 457, de 13 de julho de 2007, que: “Dispõe sobre a elaboração e divulgação das demonstrações financeiras consolidadas, com base no padrão contábil internacional emitido pelo *International Accounting Standards Board* – IASB”.

(COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM n. 457**, de 13 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/snc/inst457.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2014)

³³⁵ Tal como a Deliberação CVM Nº 550, de 17 de outubro de 2008, que: “Dispõe sobre a apresentação de informações sobre instrumentos financeiros derivativos em nota explicativa às informações trimestrais – ITR”. (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Deliberação CVM Nº 550**, de 17 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/snc/deli550.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2014.)

³³⁶ A Comissão de Valores Mobiliários – CVM recomenda que: “A companhia deve adotar, além dos princípios de contabilidade em vigor no Brasil, normas internacionais de contabilidade promulgadas pelo *International Accounting Standards Board* (IASB) ou utilizadas nos Estados Unidos da América (*United States Generally Accepted Accounting Principles-US GAAP*), atestados por auditor independente.”

(COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa**. *op. cit.*, p. 12).

³³⁷ Tradução livre do texto: “to develop a single set of high quality, understandable, enforceable and globally accepted *International Financial Reporting Standards* (IFRSs) through its standard-setting body, the *International Accounting Standards Board* (IASB)”.

(INTERNATIONAL FINANCIAL REPORTING STANDARDS. **About the IFRS foundation and the IASB**. Disponível em: <<http://www.ifrs.org/The-organisation/Pages/IFRS-Foundation-and-the-IASB.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.)

³³⁸ GLOBAL REPORTING INITIATIVE. **Elaboração de Relatório de Sustentabilidade**. Disponível em: <<https://www.globalreporting.org/languages/Portuguesebrazil/Pages/Elabora%C3%A7%C3%A3o-de-relat%C3%B3rios-de-sustentabilidade.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.

A padronização da prestação de contas favorece a comparação entre as companhias e facilita a apreensão do que está sendo divulgado, pois a clareza das informações é um elemento caracterizador dos relatórios.

Desta forma, não basta prestar as contas, ou mesmo prestar as informações e ser transparente; a observância e o cumprimento desses princípios se dão quando o público interessado está satisfeito com o que lhe é informado. Somente assim, os diretores e controladores estarão isentos das responsabilidades decorrentes.

3.6.1.4 Princípio da Equidade

O princípio da equidade, enquanto orientador das regras de governança corporativa, é descrito como sendo uma isonomia entre os sócios. Os textos que recomendam as práticas de governança corporativa trata a equidade como igualdade entre os sócios.

Neste sentido, a *Organization for Economic Co-operation and Development* – OECD prevê que: “O enquadramento do governo das sociedades deve assegurar o tratamento equitativo de todos os accionistas, incluindo accionistas minoritários e accionistas estrangeiros”³³⁹. Isso significa que todos os accionistas devem ter garantida oportunidade de obter efetiva reparação caso tenha algum direito violado.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, ao tratar sobre o tema, aponta que a equidade “caracteriza-se pelo tratamento justo de todos os sócios e demais partes interessadas (*stakeholders*)”³⁴⁰. Apesar do uso da expressão ‘justo’, a intenção é permitir a isonomia entre os agentes que compõem a companhia, pois completa salientando que “atitudes ou políticas discriminatórias, sob qualquer pretexto, são totalmente inaceitáveis”³⁴¹.

O fundamento geral do princípio da equidade consiste no fato de que a sociedade anônima pertence aos acionistas, e a administração deve ser feita em benefício de todos³⁴². Contudo, deve-se ter um olhar especial para os sócios minoritários, isso porque esses não estão na gestão da corporação e podem sofrer

³³⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *op. cit.*, p. 20.

³⁴⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa**. *op. cit.*, p. 19.

³⁴¹ *Ibidem.*, p. 19.

³⁴² CARVALHO, Antonio Gledson. *op. cit.*, p. 20.

algum tipo de abuso de poder. Desta forma, deve haver proteção especial contra ações abusivas praticadas direta ou indiretamente, ou por interesse particular dos sócios majoritários ou administradores, com previsão expressa de meios para efetiva reparação³⁴³.

Os sócios minoritários, entendidos como os detentores de ações ordinárias que não possuem controle societário e os sócios proprietários de ações preferenciais, são o fim da aplicação dos princípios orientadores da governança corporativa. E a equidade, enquanto representativa de uma isonomia, estabelece que todas as vantagens que forem conferidas aos sócios majoritários, aos sócios controladores e aos membros da diretoria e conselho de administração, devem ser estendidas a sócios minoritários, por ser uma questão de justiça.

3.6.2 As Práticas da Boa Governança

Os princípios, apesar de essenciais e necessários para a aplicação da governança corporativa, por serem valores, são como normas recomendatórias interpretadas pelos dirigentes e sócios controladores da melhor forma como lhes convêm diante da situação fática. Como consequência, concomitante ao desenvolvimento dos princípios foi criada práticas efetivas que, presentes na legislação e nos estatutos societários, estabelecem de forma clara como os direitos dos sócios minoritários devem ser protegidos.

Essas práticas são, de fato, um conjunto de atitudes que devem ser tomadas com a finalidade de “otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas”³⁴⁴.

3.6.2.1 *ComplyorExplain*

A regra do *complyorexplain* – cumprir ou explicar – consiste em que a sociedade anônima que adere a determinado código de governança corporativa de

³⁴³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *op. cit.*, p. 20.

³⁴⁴ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa**. *op. cit.*, p. 02.

forma voluntária, deve ou cumpri-lo em sua íntegra, ou, em caso negativo, explicar publicamente os motivos que a levaram ao não cumprimento³⁴⁵.

No Brasil não há regra específica que trate desse mecanismo, principalmente enquanto proteção para os sócios minoritários. Entretanto, o mesmo já é adotado de forma explícita na União Europeia, por recomendação do *EuropeanCorporateGovernanceForum*, desde 2009, após formulação de estudo sobre as práticas de governança corporativa que eram adotadas pelas sociedades dos 27 Estados-Membros³⁴⁶.

A finalidade deste dispositivo é permitir o acesso aos acionistas e interessados às informações motivadoras da tomada de decisão sobre a sociedade. Pois sabendo quais práticas são adotadas e quais não são e, principalmente, o motivo ensejador deste, os minoritários e outros podem entender e estabelecer a posição da companhia no mercado.

No Brasil, por ser um mercado novo, a adoção de tal prática não é unânime e gera conflitos.

A favor do *complyorexplain*, Sandra Guerra argumenta que: “Ele oferece a liberdade para que as empresas escolham com responsabilidade as práticas que vão adotar e expliquem o motivo da não-conformidade, quando houver”. E ressalta que essa justificativa deve ser significativa e relevante, de forma a evitar tentativas de transgressão em busca de benefícios privados.³⁴⁷

Contrário à adoção da prática no Brasil, Alfried Plöger sustenta que não se pode usar a Europa como parâmetro, pois eles estão mais comprometidos com os aspectos principiológicos da governança corporativa do que com os aspectos legais, não sendo esse o caráter das relações jurídicas brasileiras.³⁴⁸

³⁴⁵ Neste sentido: INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **O que significa a prática *complyorexplain*?**. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/PerguntasFrequentes.aspx>>. Acesso em: 06 maio 2014; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli de. **O que significa a prática *ComplyorExplain*?**. Disponível na internet em: <<http://www.ibgc.org.br/PerguntasFrequentes.aspx>>. Acesso em: 05 mar. 2012, p. 01.

³⁴⁶ EUROPEAN CORPORATIVE GOVERNANCE FORUM. **Study on “comply-or-explain”**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/studies_en.htm>. Acesso em: 06 maio 2014.

³⁴⁷ GUERRA, Sandra. **Oportunidade de escolha**: Flexibilidade e necessidade de explicar estimulam uma reflexão mais profunda sobre a governança adotada. Disponível em: <<http://www.capitalaberto.com.br/temas/oportunidade-de-escolha/#.U2kq1fldXlo>>. Acesso em: 06 maio 2014.

³⁴⁸ PLÖGER, Alfried. **Constrangedora e burocrática**: Prática do “complyorexplain” é contrária aos nossos costumes e vai onerar os procedimentos de gestão. Disponível em: <<http://www.capitalaberto.com.br/temas/constrangedora-e-burocratica/#.U2kq2fldXlo>>. Acesso em: 06 maio 2014.

Ele conclui afirmando que cabe a cada sociedade, de acordo com as suas necessidades, realidade e peculiaridades, “deverá desenvolver um modelo de governança, formalizá-lo e divulgá-lo”. Paralelamente, deve-se buscar a otimização do valor do empreendimento, que é o objetivo maior da gestão empresarial.³⁴⁹

Aparte às questões polêmicas, a prática do *complyorexplain* atende aos princípios da transparência e da informação, pois os dirigentes e controladores comunicam qual ou quais códigos estão adotando e, no caso de não ser integral, o motivo pelo qual rejeita determinadas práticas.

3.6.2.2 Acordo de Acionistas

O acordo de acionista também é outro direito importante para a proteção dos sócios minoritários e ele consiste em um negócio jurídico³⁵⁰ firmado entre os sócios no intuito de estipular regras prévias para determinadas matérias. Segundo Gustavo Tepedino eles dirigem-se “à tutela de interesses individuais dos contratantes, notadamente à proteção do investimento realizado pelo acionista minoritário”³⁵¹.

Consiste na possibilidade de os acionistas comporem “seus interesses por acordo entre si celebrados, desde que não ofendam o ordenamento jurídico ou o estatuto social”³⁵². Consiste em um negócio jurídico entre os acionistas. E para operarem efeito perante terceiros, eles devem estar averbados perante os órgãos competentes³⁵³.

O artigo 118 da Lei n. 6.404/1976 prevê expressamente a possibilidade do acordo de acionista sobre questões que envolvam a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle³⁵⁴. E

³⁴⁹ *Idem*.

³⁵⁰ Neste sentido: CARVALHOSA, Modesto. **Eficácia na Execução Específica do Acordo de Acionista**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_125.pdf>. Acesso em: 06 maio 2014, p. 01; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Acordo de Acionistas: um breve estudo acerca das modalidades. *In Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. V. 36. 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32915-41046-1-PB.pdf>>. Acesso em 06 maio 2014, p. 65-66.

³⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. Ruptura da *Affectio Societatis* e seus efeitos sobre os Direitos previstos em Acordo de Acionistas. *In Revista Semestral de Direito Empresarial*. N. 4, jan./jun. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 242.

³⁵² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *op. cit.*, p. 64-65.

³⁵³ Determinação prevista no § 1º do artigo 118 da Lei n. 6.404/1976. (BRASIL. **Lei n. 6.404**. *op. cit.*).

³⁵⁴ *Idem*.

com a negociação prévia desses temas, os sócios minoritários têm a possibilidade de controlar a atuação dos sócios controladores e dos dirigentes.

No caso eventual de ocorrer o não cumprimento de acordo de acionistas firmado, o sócio que se sentir prejudicado tem o direito de exigir a execução da obrigação nos termos pactuados. Não é admissível a conversão em perdas e danos, pois a compensação monetária é, por vezes, difícil de ser calculada.³⁵⁵

A execução do acordo não é através de ação judicial, mas sim através de ato assegurado em assembleia de acionistas, em regime de autorregulação. Isso porque, conforme dispostos nos §§ 8º e 9º da Lei n. 6.404/1976³⁵⁶, o voto do sócio infrator a acordo de acionista, presente na assembleia, não será computado para fins de deliberação. Caso este acionista, que firmou o acordo não compareça à assembleia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, a parte que se sentir prejudicada tem o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa.

3.6.2.3 Direito ao Voto Múltiplo

O conselho de administração é um órgão de deliberação colegiada, obrigatório nas sociedades anônimas abertas e facultativo nas fechadas³⁵⁷. Compete a ele atuar na eleição dos membros da diretoria, na orientação a realização de negócios, na fiscalização dos diretores, na decisão sobre realização de ativos, na convocação da assembleia de acionistas, e quando entender necessário³⁵⁸. Ou seja,

³⁵⁵ CARVALHOSA. *op. cit.*, p. 03.

³⁵⁶ BRASIL. **Lei n. 6.404**. *op. cit.*

³⁵⁷ Disposição prevista no artigo 138 da Lei n. 6.404/1976, que determina:

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

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

§ 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.

(*Idem.*)

³⁵⁸ O artigo 142, da Lei n. 6.404/1976, prevê:

Art. 142. Compete ao conselho de administração:

I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;

II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;

III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;

IV - convocar a assembleia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;

a atuação dele não é só consultiva e passiva de fiscalizar a atuação dos diretores, mas deliberatório e com atuação ativa nos atos diários de gestão da sociedade³⁵⁹.

Este órgão tem por finalidade proteger os sócios de uma forma geral. Entretanto, segundo a estrutura das sociedades anônimas no Brasil, que como vimos tem atuação direta de grupos e sócios controladores, a proteção acaba por não se efetivar.

Isso acontece porque, sendo a estrutura das sociedades anônimas no Brasil caracterizada pela presença de sócios ou grupos controladores, quando da deliberação³⁶⁰ na assembleia para eleição dos membros do conselho de administração, estes farão valer o poder dos seus votos e elegerão representantes que atendam aos seus interesses. Interesses esses que, nem sempre coincidem com os interesses dos sócios minoritários, ou mesmo dos sócios preferenciais que não têm direito a voto.

A fim de oportunizar que os sócios ordinários minoritários e sócios preferenciais tenham seus direitos e interesses protegidos e considerados pelos conselheiros, a Lei n. 6.404/1976, no artigo 141³⁶¹, prevê expressamente a possibilidade da eleição por voto múltiplo. E, segundo Waldírio Bulgarelli, esta prática representa uma oportunidade de “propiciar às minorias eleger um ou alguns

V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;

VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;

VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;

VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros;

IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

§ 1º Serão arquivadas no registro do comércio e publicadas as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros.

§ 2º A escolha e a destituição do auditor independente ficará sujeita a veto, devidamente fundamentado, dos conselheiros eleitos na forma do art. 141, § 4º, se houver.

(*Idem.*)

³⁵⁹ ROCHA, João Luiz Coelho da. **Administradores, Conselheiros e Prepostos das Sociedades** – frente às normas da Lei n. 6.404, do Código Civil vigente, e do Anteprojeto da Lei Falimentar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 17-20.

Segundo Renato Amoedo Nadier Rodrigues as funções do conselho de administração consistem em: “dinamização das relações econômicas que exigia decisões sociais céleres que não poderiam depender de assembleias gerais; e [...] a necessidade de uma instância de poder deliberativa e representativa, mas que também tivesse natureza técnica e fosse capaz de proteger os acionistas do comando dos diretores”.

(RODRIGUES, Renato Amoedo Nadier. **Direito dos Acionistas Minoritários**. Pirassununga: Lawbook, 2009, p.162)

³⁶⁰ Importante ressaltar que nos termos do artigo 129 da Lei n. 6.404/1976, a deliberação nas assembleias são tomadas por maioria absoluta dos votos, não computados os votos em branco.

(BRASIL. **Lei n. 6.404**. *op. cit.*)

³⁶¹ *Idem.*

membros do Conselho de Administração, através dos quais poderão participar da vida administrativa”³⁶².

O voto múltiplo consiste na faculdade dos acionistas que representem, no mínimo, 0,1 (um décimo) do capital social com direito a voto, com previsão ou não no estatuto social, de requerer a adoção de processo de votação que lhes seja atribuído a cada ação tantos votos quantos sejam os membros do conselho, e reconhecido ao acionista o direito de cumular os votos num só candidato ou distribuí-los entre vários³⁶³. Esse direito deve ser exercido no prazo de até 48 horas antes da data da realização da assembleia, devendo a mesa que dirigir os trabalhos da assembleia informar previamente aos acionistas, à vista do ‘Livro de Presença’, o número de votos necessários para a eleição de cada membro do conselho³⁶⁴.

Caso os sócios com o percentual estabelecido que não tenham interesse em exercer tal direito ou, mesmo o exercendo, não atinjam a quantidade de votos suficiente para eleger membros no conselho de administração, lhes é facultado a realização de uma votação em separado, com a presença dos sócios controladores, para eleição de um membro e seu suplente. Membros de duas categorias de sócios podem exercer esse direito: 1) os detentores de ações de emissão de companhia aberta com direito a voto que representem pelo menos, 15% (quinze por cento) do total das ações com direito a voto, e 2) os titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito de emissão de companhia aberta, que representem, no mínimo, 10% (dez por cento) do capital social, que não houverem exercido o direito previsto no estatuto.³⁶⁵

Desta forma, os sócios minoritários tem a possibilidade de, através da eleição de pelo menos um membro no conselho de administração, terem seus interesses e direitos representados e atendidos diretamente.

³⁶² BULGARELLI. *op. cit.*, p. 131.

³⁶³ Redação do caput do artigo 141, da Lei n. 6.404/1976, com adaptações para o texto. (BRASIL. **Lei n. 6.404**. *op. cit.*)

³⁶⁴ Redação prevista no § 1º do artigo 141, da Lei n. 6.404/1976. (*Idem.*)

³⁶⁵ Redação prevista no § 4º do artigo 141, da Lei n. 6.404/1976. (*Idem.*)

3.6.2.4 *TagAlong*

O direito do *tagalong* está previsto no artigo 254-A na Lei n. 6.404/1976 e consiste em permitir que os sócios da sociedade anônima aberta, em caso de alienação do controle desta, tenham assegurados o direito de adquirir as ações do controlador pelo valor mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

Segundo Alexandre Di Miceli de Silveira “é a extensão parcial ou total, a todos os demais sócios da empresa, das mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle de uma sociedade”³⁶⁶. Ou seja, esse direito permite a “alienação [...] do controle acionário de uma companhia somente poderá ocorrer sob a condição de que o acionista adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das demais ações ordinárias”³⁶⁷.

Esse direito assegura aos sócios minoritários, em caso de troca do controle da companhia, que, querendo, tenham suas ações também adquiridas pelo novo controlador em no mínimo 80% do valor pago pelas ações de controle. Ele é importante porque, muitas vezes, a troca do controle da companhia provoca mudanças na sua estrutura interna, nos rumos da política econômica e de produção, e isso pode provocar a perda do valor das ações de uma forma geral, o que prejudicaria os sócios minoritários. Com essa medida, os sócios não controladores têm assegurado o valor de mercado das ações.

3.6.2.5 Medidas para Evitar Tomada Hostil do Controle

Diferentemente da preocupação e risco para os sócios minoritários decorrentes da troca do controle e que tem no *tagalong* uma proteção, em sociedades onde o capital social é bastante pulverizado e não há um sócio que possa ser considerado controlador, há a necessidade de proteção quanto a possibilidade de tomada hostil do controle.

³⁶⁶ SILVEIRA, Alexandre Di Miceli de. **O que é *TagAlong*?**. Disponível na internet em: <<http://www.ibgc.org.br/PerguntasFrequentes.aspx>>. Acesso em: 05 mar. 2012, p. 01.

³⁶⁷ BMF&BOVESPA. **Empresas com *TagAlong***. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/consultas/empresas-com-tag-along.aspx?Idioma=pt-br>>. Acesso em: 06 maio 2014.

Na tomada hostil há o pressuposto de que o capital social da companhia é de tal forma pulverizado que não há um sócio ou um grupo societário que detenha ações ordinárias suficientes para ser considerado controlador³⁶⁸. Há uma relação igualitária entre os acionistas.

Essa ocorre quando através de oferta pública de ações, determinada sociedade ou grupo de sociedades adquire parte suficiente do capital votante, a fim deter o poder de decisão. Ou seja, quando um grupo ou pessoa – física ou jurídica – se propõe a comprar quantidade de capital suficiente para se enquadrar no conceito jurídico de controlador.

No Brasil essas práticas não são muito comuns, pois, como já salientei, há uma tradição de concentração de capital, o que dificulta a pulverização das ações. Entretanto, com a criação dos diversos níveis de negociação na BOVESPA e o reaquecimento do mercado de capital em 2004, algumas companhias eliminaram a figura do controlador, tais como Lojas Renner S.A., em 2005; Perdigão S.A., Diagnósticos da América S.A., Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. e Submarino S.A., em 2006.³⁶⁹

Esse fenômeno acabou por provocar algumas situações de tomada hostil no país, como o caso dentre a Sadia S.A. e a Perdigão S.A., ocorrido em julho de 2006. Neste momento, a Sadia veiculou a intenção de adquirir até 100% das ações de emissão da Perdigão. A tomada hostil não foi bem recebida pelo mercado e a Sadia S.A. retirou a proposta.

A fim de evitar esses tipos de situações, pois, apesar de raras no Brasil, são muito comuns em outros países com capital largamente pulverizado, como nos Estados Unidos, algumas medidas podem ser tomadas pela companhia, como as chamadas *sharkrepellents*, ou repelentes de tubarões. E segundo Carlos Martins Neto, elas podem ter a finalidade de evitar a tomada hostil, ou seja, com caráter preventivo, ou com a finalidade de frustrar tal ato, com caráter repressivo³⁷⁰.

³⁶⁸ Neste sentido, destacam Jorge Vieira; Eliseu Martinse Luiz Paulo Lopes Fáveroque: “A condição *sinequa non* para que se tenha a perspectiva de ocorrência de uma operação de aquisição hostil de controle de uma dada companhia é a de que o seu capital ou, mais apropriadamente, o seu controle, esteja totalmente pulverizado no mercado”.

(VIEIRA, Jorge; MARTINS, Eliseu; FÁVERO, Luiz Paulo Lopes. *Poisonpills* no Brasil: um estudo exploratório. **Revista de Contabilidade & Finanças**. Vol. 20, n. 50. São Paulo. May/Aug. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-70772009000200002>. Acesso em: 07 maio 2014).

³⁶⁹ MARTINS NETO. *op. cit.*, p. 26.

³⁷⁰ *Ibidem.*, p. 45.

Preventivamente, pode-se usar práticas como a *staggered board*, *supermajority rules*, *accelerated loans*, *back-end plan* e *golden parachutes*. De forma repressiva pode-se adotar as práticas de *greenmail*, *pac-man defense*, *white knights*, *white squire*, *crown jewel defense* e *poison pill*.

O *staggered board* é um mecanismo que tem por finalidade “dificultar a troca de comando de uma companhia por eventual adquirente do controle e consiste em alterar o período de mandato dos membros do conselho de administração”³⁷¹. A partir dele, pode-se dividir o Conselho de Administração em classes de conselheiros com mandatos com prazos diferentes³⁷². Assim, ainda que a tomada do controle acionário seja alcançada, o novo sócio controlador não poderá eleger, de uma só vez, todos os conselheiros a que tem direito, assegurando o direito dos demais sócios.

A *supermajority rules*, por sua vez, tem como finalidade “criar um *quorum* qualificado bastante elevado para a deliberação de certas matérias, tais como a fusão da companhia com outra sociedade e a alienação de ativos relevantes”³⁷³.

O *accelerated loans* é uma tática que “consiste na inserção, nos principais contratos de empréstimo e financiamento celebrados pela companhia, de cláusula determinando o vencimento antecipado das dívidas caso o controle da companhia seja adquirido por intermédio de uma oferta hostil”³⁷⁴.

O *back-end plan* é uma tática que “permite com que certos acionistas (diferentes do ofertante da aquisição hostil) possam trocar suas ações existentes por um pacote de ações, com características especiais e necessárias ao controle”³⁷⁵. Essa prática forçaria aqueles que estão agindo em tomada hostil a comprar as ações por um preço pré-estabelecido pela companhia alvo.

O *golden parachutes* – pára-quedas dourado – é uma prática que importa em vincular os contratos de trabalhos dos principais executivos à possibilidade de uma tomada hostil, prevendo a possibilidade de rescisão destes com o pagamento de altas compensações financeiras caso a tomada hostil ocorra³⁷⁶. Ou seja, a intenção

³⁷¹ *Ibidem.*, p. 46.

³⁷² TIZZIANI, Emerson; BARBOSA, José Geraldo Pereira; SILVA, Antonio Carlos Magalhães da. **Táticas de Defesa Contra Aquisições Hostis: O Caso Perdigão X Sadia**. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnANPAD/enanpad_2008/FIN/2008_FINB1854.pdf>. Acesso em: 07 maio 2014, p. 07.

³⁷³ MARTINS NETO. *op. cit.*, p. 47.

³⁷⁴ *Ibidem.*, p. 48.

³⁷⁵ TIZZIANI; BARBOSA; SILVA. *op. cit.*, p. 06.

³⁷⁶ MARTINS NETO. *op. cit.*, p. 49.

é criar uma desvantagem para o adquirente das ações, pois a companhia terá que arcar com valores muito altos, o que geraria desinteresse na conclusão da compra.

Uma crítica que se faz a esse tipo de prática é a possibilidade de os administradores não se preocuparem com a aquisição por oferta pública de capital a fim de tomada do controle, ainda que em detrimento dos interesses dos sócios, na perspectiva de receberem os altos valores rescisórios³⁷⁷.

Uma alternativa a essa prática é o *peoplepill*, que “consiste na demissão em bloco dos principais executivos e gerentes da companhia alvo em caso de [tomada] hostil”³⁷⁸.

Repressivamente, a prática do *greenmail* ou *goodbye kiss* consiste na possibilidade de haver “recompra de ações de emissão da companhia de titularidade de um determinado acionista (ou grupo de acionistas), com o pagamento de um prêmio por elas”³⁷⁹. Com ela, a sociedade adquire as suas próprias ações com o intuito de diminuir a quantidade de ações no mercado que possam ser adquiridas pelo tomador hostil. Ela é muito criticada em virtude de envolver recursos diretos da companhia alvo³⁸⁰.

A prática do *pac-mandefense* é um contra-ataque da companhia alvo da tomada hostil. Ou seja, a sociedade que está sofrendo a compra com o intuito de detenção do controle, formula uma oferta para a tentativa da tomada do controle da sociedade que realizou a oferta inicial por suas ações³⁸¹.

O *whiteknights* se opera através da busca por um terceiro que tenha interesses em realizar oferta concorrente ao que está tentando tomar o controle da sociedade anônima³⁸². O novo adquirente normalmente é uma sociedade amiga ou parceira³⁸³ e a intenção é, havendo disputas pelas ações no mercado, elevar o preço dessas a fim de que aquele que iniciou a tomada hostil se desinteresse.

Outra prática possível é a *whitesquire*, que consiste em buscar um “um investidor estratégico para subscrever ações de seu capital em uma emissão de novas ações”³⁸⁴.

³⁷⁷ TIZZIANI; BARBOSA; SILVA. *op. cit.*, p. 06.

³⁷⁸ *Ibidem.*, p. 07.

³⁷⁹ MARTINS NETO. *op. cit.*, p. 50.

³⁸⁰ TIZZIANI; BARBOSA; SILVA. *op. cit.*, p. 07.

³⁸¹ MARTINS NETO. *op. cit.*, p. 51.

³⁸² *Ibidem.*, p. 52.

³⁸³ TIZZIANI; BARBOSA; SILVA. *op. cit.*, p. 07.

³⁸⁴ MARTINS NETO. *op. cit.*, p. 52.

A prática conhecida como *crownjeweldefense* – defesa da joia da coroa –, consistem em vender “um ativo valioso da companhia que seja relevante para o possível adquirente do controle que já tenha iniciado uma tentativa de [tomada hostil]”³⁸⁵. Pode também ser uma unidade produtiva muito lucrativa para a sociedade alvo³⁸⁶. A finalidade é fazer com que a tomada de controle seja desinteressante em virtude da perda de valor econômico da empresa alvo.

E, por fim, a *poisonpill* ou pílula de envenenamento, que consiste na possibilidade de membros do “conselho de administração de conceder aos atuais acionistas a prerrogativa de subscrição, com descontos, de novas ações ou outros valores mobiliários da companhia, sendo que os referidos direitos de subscrição não são concedidos ao pretense adquirente”³⁸⁷. Assim ela busca “tornar a conclusão da tomada do controle extremamente onerosa para o adquirente, de forma a desestimulá-lo de continuar sua empreitada”³⁸⁸.

Possibilitando que os já sócios adquiram as ações por preços mais barato do que os negociados no mercado, promovendo assim dois efeitos: (i) aumenta o número de ações da sociedade sendo negociadas e para se ter o controle, aquele que tenta a tomada hostil terá que adquirir mais ações do que o planejado; e (ii) visa onerar sensivelmente a compra hostil, pois haverá ações sendo negociadas a preços inferiores.

Essa prática especificamente tem como desvantagem o excesso de poderes que é dado aos membros do conselho administrativo, pois são eles quem autoriza tal medida. Como consequência, ao invés de uma solução, podem ocorrer outros problemas como a retirada do foco dos acionistas e a desvalorização desses.³⁸⁹

As práticas de governança, de uma forma geral, tem como finalidade permitir que os sócios minoritários possam efetivamente participar do processo de tomada de decisão da sociedade. Isso através do reconhecimento de que os sócios majoritários, os sócios controladores e os gestores tem um poder agregado a sua função, que acaba por distorcer a finalidade das ações.

³⁸⁵ *Ibidem.*, p. 53.

³⁸⁶ TIZZIANI; BARBOSA; SILVA. *op. cit.*, p. 07.

³⁸⁷ VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 42.

³⁸⁸ MARTINS NETO. *op. cit.*, p. 55.

³⁸⁹ VERGUEIRO. *op. cit.*, p. 42.

4 O DIREITO DE PROPRIEDADE APLICADO DIRETAMENTE NAS RELAÇÕES SOCIETÁRIAS ATRAVÉS DA EFETIVIDADE DAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

A governança corporativa é um conjunto de práticas concebidas para assegurar a efetiva participação dos sócios minoritários nas sociedades, principalmente as anônimas. Busca-se o exercício do direito de ser sócio, de fazer valer a propriedade sobre as ações e a fração ideal do capital social e sua função social.

Isso porque, apesar de ter-se a ideia de que as companhias têm o capital social pulverizado, o mais comum é que exista um sócio ou grupo de sócios que detém capital social suficiente para ser considerado majoritário e/ou controlador. Ele, se não decide diretamente os rumos da sociedade anônima, elege os gestores que vão tomar as decisões.

4.1 OS DESAFIOS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

Antes de verificar se realmente os direitos dos sócios minoritários decorrem da incidência do direito fundamental de propriedade e estudar a forma como deve ocorrer a sua efetivação, é preciso compreender dois principais desafios que criam barreiras para o seu exercício: o problema do 'dono da empresa' e o distanciamento entre a teoria e a prática da aplicação dos institutos da governança corporativa.

4.1.1 O Problema do 'Dono da Empresa'

O desafio do 'dono da empresa' transparece no fato de que aquele que criou a sociedade ou mesmos seus herdeiros – naturais ou intelectuais –, tem a sensação de que a sociedade é um bem deles, uma propriedade construída por eles e que a eles servem. Em virtude disso, os sócios fundadores entendem que devem agir no intuito de manter a coisa criada segundo os seus comandos.

Entretanto, a sociedade não é formada somente por esse tipo de acionista, vez que normalmente o capital social é aberto e parte das ações são vendidas para

outros que também são sócios. Em decorrência disso cria-se o mito de que todos os que são detentores de ações têm os mesmos direitos decisórios na assembleia, o que não corresponde à realidade.

Explicando sobre essa situação, John Kenneth Galbraith afirma que tal posição é uma fraude³⁹⁰. As assembleias não passam de um ritual conduzido pelos 'donos da empresa' - acionistas majoritários e/ou controladores -, a fim de implementar o que eles entendem ser o certo, através de uma falsa sensação de que o que foi decidido é vontade da maioria.

Essa lógica é decorrente do capitalismo básico, que consistia na sistemática em que uma pessoa com capital financeiro tinha a ideia de iniciar uma atividade produtiva, contratava um administrador, que contratava operários e comprava máquinas. Esta pessoa pagava a todos e ficava em contra partida com todos os lucros. Ainda que houvesse uma abertura de capital, e possibilitasse que outras pessoas detivessem parte da sociedade, era o sócio majoritário de quem a empresa dependia.³⁹¹

Esse modo de agir, que tenta manter o poder concentrado na figura dos sócios fundadores é prejudicial para o estabelecimento da governança corporativa, isso porque esta consistem contrário, em proporcionar que todos que sejam sócios da sociedade possam efetivamente fazer parte do processo deliberativo. A boa governança prega pelo compartilhamento das decisões. Desta forma, ainda que haja um sócio ou grupo de sócios majoritários e/ou controladores, deve-se permitir que os demais acionistas participem dela ativamente.

O mito do 'dono da empresa', além de ser uma fraude, vez que uma sociedade tem vários 'donos', e não somente de um, dependendo de todos para a contribuição no capital social, é prejudicial para o reconhecimento do direito de propriedade e a aplicação da sua função social que incidem sobre as ações. Isso porque, aquele que possui o poder não admite compartilhá-lo, se recusando a implementar as práticas de governança corporativa, que asseguram a participação conjunta nas deliberações.

³⁹⁰ GALBRAITH, John Kenneth. **A Economia das Fraudes Inocentes**: verdade para o nosso tempo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 47-50.

³⁹¹ STEWART, Thomas A. **A nova era do capital intelectual**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0642/noticias/a-nova-era-do-capital-intelectual-m0053147>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

4.1.2 Teoria e Prática da Governança Corporativa

Mesmo sendo a prática de governança corporativa um meio de assegurar o exercício do direito de propriedade através da participação dos sócios minoritários no processo de tomada de decisão, ainda há uma grande distância entre o que é pregado pela teoria e aplicado na prática. Mas há uma tendência, segundo TharcisioBierrenbach de Souza Santos, de que ocorra uma mudança decorrente da crescente globalização e de alterações na economia mundial³⁹².

Atualmente, a implementação das práticas de governança passam pela confecção de regras de comportamento e definição de códigos de boa conduta ou códigos de boa governança que normalmente orientam determinadas sociedades ou mesmo setores econômicos. Contudo, AmnérisMaroni afirma que isso não é suficiente, que há a necessidade de dialogar para com a finalidade de desenvolver uma postura de acolhimento de novas possibilidades criativas.³⁹³

O diálogo permite que ideias novas sejam construídas, ao invés de serem meramente repetidas. Isso porque permite troca de novos conceitos e de experiências, e obrigam as pessoas a conviverem, a entenderem, senão a respeitarem posições diferentes das suas e, muitas vezes, a fazerem coisas que normalmente não fariam, mudando os paradigmas do conhecimento.³⁹⁴

O exercício de aplicar na prática o que é dito pela teoria não é fácil. O ser humano, por pensar e ter emoções, vivencia sistemas de valores no cotidiano de cunho individual e coletivo distintos. Cumprir ordens, em conflito de vontade, não é suficiente, precisa-se refletir sobre o que se está fazendo e não simplesmente exercer o que é imposto.³⁹⁵

No caso em estudo, cabe observar que não basta a existência em um plano hipotético, como regra orientadora de normas de boa prática, ou códigos de

³⁹² SANTOS, TharcisioBierrenbach de Souza. A Organização do Futuro: as macrotendências para os próximos 15 anos. *In* **Revista Estratégia**, Ano I, n. 6. Disponível em: <http://www.faap.br/revista_faap/revista/revista6/pontosimportantes.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.

³⁹³ MARONI, Amnéris. A divergência entre o Discurso e a Prática. *In* ESTEVES, Sérgio A. P. (org.). **O Dragão e a Borboleta: sustentabilidade e responsabilidade sócia nos negócios**. São Paulo: AxisMundi, 2000, p. 257.

³⁹⁴ Neste sentido, AmnérisMaroni afirma que: “O diálogo por se tornar o fator revolucionário de toda e qualquer organização social. Talvez exatamente por isso, o diálogo é tão difícil, tão absolutamente rara. [...] Dialogar é conviver com o conflito, geri-lo, e não, como é usual, reprimi-lo, paralisá-lo, escondê-lo. [...]”.

(*Ibidem.*, p. 257-258.)

³⁹⁵ ESTEVES, Sérgio A. P. **O Dragão e a Borboleta: sustentabilidade e responsabilidade sócia nos negócios**. São Paulo: AxisMundi, 2000, p. 227-242.

melhores práticas, é essencial que se entenda porque os direitos de governança corporativa devem ser respeitados. Mas a sua imposição não explica porque elas devem ser cumpridas. Tal entendimento é condição *sinequa non* para a sua implementação.

As práticas da governança corporativa se desenvolvem e se efetivam a partir do reconhecimento de que elas são derivadas do direito de propriedade de ações e de sua função social, independente dos seus detentores. Somente desta forma será possível que os acionistas dialoguem na busca da solução ideal para a solução dos conflitos existentes dentro de cada sociedade empresarial.

4.2 AS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO REFLEXO DA INCIDÊNCIA DIRETA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE

Para superar os desafios que aponto é necessário entender o fundamento de assegurar os direitos e garantir as práticas de governança corporativa, e se reconhece que eles são decorrentes da incidência do direito fundamental de propriedade e de sua função social sobre a quota parte de cada sócio nas sociedades empresariais.

Essa quota parte, que, em se tratando de sociedade anônima é representada pelas ações, assegura ao seu detentor a propriedade de uma fração ideal do capital social. Importante esclarecer que ser proprietário das ações não corresponde ser 'dono' do patrimônio da sociedade anônima, mas sim de uma parcela do capital essencial para a formação e surgimento da companhia, e por tal motivo deve ter assegurado o exercício desse direito através do processo decisório.

Entretanto, a propriedade das ações não segue o estudo clássico desse instituto: há particularidades que precisam ser abordadas antes de verificar a possibilidade de a incidência do direito fundamental.

4.2.1 As Ações como Bens Apreensíveis por Direito de Propriedade e a Incidência de sua Função Social

Pelo conceito tradicional de propriedade, desenvolvido desde a Revolução Francesa e previsto no Código Civil pátrio no artigo 1.228³⁹⁶, esta é o direito que confere ao seu titular a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Contudo, esse conceito não se aplica ao sistema acionário existente nas sociedades anônimas.

O sistema de propriedade do acionariado³⁹⁷ parte do pressuposto de que o direito de administração do seu bem está dissociado do direito de usar e fruí-lo. Ou seja, o detentor das ações automaticamente transfere a outra pessoa o direito de administrar o conjunto formado por todas elas, o capital social³⁹⁸. Entretanto, este se reserva o direito de usar, fruir, dispor e reaver, acrescentando o direito de fiscalizar a sua administração e de estabelecer normas gerais a serem observadas.

Essa estrutura surge da necessidade de nas sociedades anônimas, principalmente, haver a necessidade de que o investimento inicial e o seu risco sejam diluídos em pequenas parcelas (as ações). Estas se caracterizam por serem de fácil negociação³⁹⁹, criando, assim, um tipo de propriedade que é transferida a terceiro sem maiores requisitos, pois a ela não está associado o direito de administrar. Aquele que adquire uma ou umas ações não tem o direito de gerir o patrimônio decorrente desta, mas de estabelecer diretrizes gerais e de fiscalizar o cumprimento destes.

³⁹⁶ BRASIL. **Código Civil**. *op. cit.*

³⁹⁷ Este termo é o utilizado para designar a relação existente entre os detentores das ações e a sociedade anônima em si mesma considerada.

Neste sentido: REQUIÃO. *op. cit.*, p. 73; MARTINS, Pedro A. Batista. O direito do Acionista de Participação nos Lucros Sociais. *In* **Revista da EMERJ**, v.1, n.1, 1998. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista01/revista01_122.pdf>. Acesso em: 27 out. 2014.

³⁹⁸ Neste sentido, Rubens Requião ressalta que: "O acionista, com efeito, ao subscrever ou adquirir, com sus cabedais, a ação, dispensa o direito de administrá-los. Os órgãos da sociedade, seus administradores ou diretores, o farão por ele". (REQUIÃO. *op. cit.*, p. 73.)

³⁹⁹ Essa estrutura é apontada por Nathan Rosenberg & L.E. Birdzell, Jr. como importante vantagem que as sociedades anônimas têm sobre os demais tipos societários e que permitiu o desenvolvimento da riqueza do mundo ocidental.

(ROSENBERG, Nathan; BIRDZELL JR., L. E. **A História da Riqueza do Ocidente**: A transformação econômica no mundo industrial. JUNGSMANN, Ruy (trad.). Rio de Janeiro: Record, 1986, p. 197-198.)

É dessa visão geral que se afirma que as ações são a menor fração do capital de uma sociedade anônima e surgiram como meio de facilitar a divisão dos benefícios entre os seus detentores - os acionistas⁴⁰⁰.

E se as ações refletem o direito de propriedade, esta tem que atender atualmente aos ditames do Estado Social, partindo da verificação da sua função social, prevista na Constituição Federal no artigo 5º, XXIII⁴⁰¹, e no artigo 170, III⁴⁰². Isso significa que a forma como o bem é usado deve estar adequado com o modo como a coletividade espera que o bem seja usado, observando a sua eficácia social. Não se admite o uso meramente especulativo dos bens, mas sim de forma que gere proveito a todos.

Eros Roberto Grau afirma que a função social da propriedade aplicado ao direito de empresa e, conseqüentemente ao direito societário e à propriedade das ações, transparece no dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não, somente, de não exercê-lo ou de não prejudicar os demais⁴⁰³.

A simples aquisição das ações obriga, no ordenamento jurídico atual, uma conduta positiva do seu detentor. Este deve exercer o seu direito de proprietário, não cabendo mais a aquisição meramente com fins especulativos, isso porque, o fim social de sua propriedade deve ser atendido.

As ações têm como finalidade permitir que todos os seus proprietários participem de uma coletividade empresarial, que trabalhem juntos, em prol do bem comum e tomando decisões que vão beneficiar a sociedade anônima como um todo. Assim, a função social das ações para as companhias reflete em proporcionar que todos os seus acionistas efetivamente participem do processo de tomada de decisões.

Essa efetivação do direito de propriedade que os sócios têm sobre suas ações e o correspondente exercício da sua função social deve ocorrer nas assembleias de acionistas. Ela é o palco deliberativo onde as decisões sobre a

⁴⁰⁰ Visão essa já apontada por Cesare Vivante no final do século XIX e início do século XX. (VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. 3. ed. Campinas: LZN, 2003, p. 99-100.)

⁴⁰¹ Art. 5º. [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...].

(BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. *op. cit.*)

⁴⁰² 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: [...]

III - função social da propriedade; [...]

(*Idem.*)

⁴⁰³ GRAU. *op. cit.*, p. 250-251.

gestão empresarial são tomadas e não há a possibilidade de privar qualquer que seja o sócio de participar e de votar⁴⁰⁴.

A vedação da participação dos sócios minoritários nas deliberações da sociedade é uma afronta ao direito de propriedade e à sua função social. Um meio de assegurar a efetivação deste direito fundamental é o uso das práticas de governança corporativa, pois estas têm como finalidade reequilibrar as relações societárias, assegurando a participação de todos os acionistas no processo de tomada de decisão.

Mas para que seja efetivado esse direito, depende do reconhecimento de que os direitos fundamentais incidam diretamente nas relações privadas, principalmente de caráter empresarial e que as práticas de governança podem ser consideradas seu instrumento.

4.2.2 Aplicação Direita do Direito Fundamental de Propriedade e de sua Função Social nas Relações Societárias, através do Exercício das Práticas de Governança Corporativa

A incidência das práticas de governança corporativa nas sociedades anônimas deve ocorrer independente da intervenção do Estado e ocorre diretamente no seio das mesmas, através dos agentes privados que as compõem. Esse reconhecimento é o primeiro passo para a efetivação do direito de propriedade e sua função social sobre as ações.

A base jurídica está no aspecto de que a incidência dos direitos fundamentais tem como finalidade corrigir o absolutismo do poder econômico-financeiro, ou seja, dos detentores dos meios de produção. Esse é decorrente, na contemporaneidade, de um neoabsolutismo provocado pela ausência de regras de como os particulares devem portar-se.⁴⁰⁵

Não se trata do exercício do direito de propriedade em si mesmo considerado, mas sim segundo os ditames da sua função social da propriedade. Isso porque, a completude do direito se ser sócio, enquanto detentor de ações passa de forma

⁴⁰⁴ VIVANTE. *op. cit.*, p. 107.

⁴⁰⁵ Neste sentido: FERRAJOLI. *op. cit.*, p. 134-135.

impreterível pela necessidade de permitir que esse tenha participação ativa no processo de tomada de decisões societárias.

Para tanto deve ser permitido que os acionistas participem de forma efetiva das assembleias e que, mesmo havendo sócio ou sócios controladores e/ou majoritários, a posição adotada pelos sócios minoritários seja observada. Isso não de uma forma meramente indicativa, mas com participação ativa e delimitação dos direitos e deveres internos de cada sócio.

O reconhecimento de que os sócios são proprietários de uma fração ideal da sociedade e devem exercer esse direito através das práticas de governança corporativa, a fim de efetivar a função social da propriedade das ações, faz com que a aplicação deste ocorra de forma mais dinâmica, atendendo aos anseios da coletividade e de uma forma mais célere e eficiente. Ou seja, permite que no próprio ambiente interno da sociedade anônima, os próprios agentes reivindiquem a aplicação de direitos constitucionalmente garantidos.

Em uma forma genérica, a aplicação direta de todo direito fundamental é possível, visto que esses são normas de eficácia plena e imediata⁴⁰⁶. Ou seja, são normas completas que não precisam de legislação infraconstitucional para que o direito por eles assegurado seja aplicado. E, partindo deste princípio, Fábio Konder Comparato afirma que esse direito fundamental atinge tanto o Estado quanto os particulares⁴⁰⁷.

Esse é o caso também do direito de propriedade e da sua função social, posto que, além de ser reconhecido direito fundamental, está completo, não precisando de nenhuma outra norma que lhe assegure ou mesmo que lhe complete. O proprietário pode exercer o seu direito contra quem quer que seja, independente da necessidade de norma legal dispendo especificamente sobre a matéria.

No caso do direito societário e, especificamente, do direito de propriedade das ações, cabe lembrar que as práticas de governança corporativa surgem da necessidade de os sócios minoritários retomarem a sua efetiva participação no processo de tomada de decisão. Esses foram afastados entre outros motivos, principalmente em decorrência de os sócios fundadores e/ou majoritários, assim como os gestores - diretores e membros do conselho de administração - se sentirem

⁴⁰⁶ Determinação prevista no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
(BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. *op. cit.*)

⁴⁰⁷ COMPARATO. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. *op. cit.*, p. 06.

os 'donos da empresa' e centralizarem as decisões, afastando os demais agentes societários.

Essa reafirmação dos sócios minoritários passa pelo problema da efetivação das práticas de governança corporativa, que, atualmente, tem caráter meramente recomendatório e, muitas vezes, são interpretadas pelos sujeitos detentores do poder na sociedade segundo seus próprios interesses. Contudo, o reconhecimento de que as práticas de governança corporativa são a extensão do direito de propriedade e refletem a função social da detenção das ações, permite que os sócios minoritários possam efetivamente exercer os seus direitos.

Práticas como o acordo de acionistas, o direito ao voto múltiplo e o *tagalong*, permitem a participação direta dos sócios no processo decisório da sociedade e representam a aplicação direta do direito de propriedade e de sua função social, pois nascem da necessidade de os acionistas de autorregulamentarem e estabelecerem suas próprias normas.

Não vislumbro a necessidade de que o legislador emita normas possibilitando a aplicação de tais práticas, posto que isso transformaria a aplicação do direito fundamental de propriedade e sua função social em norma de incidência indireta, o que não é o caso.

O fundamento da incidência direta de uma norma de cunho constitucional está no direito ou preceito fundamental que esta representa e será sempre de eficácia plena. Isso porque teve o seu conteúdo totalmente preenchido pelo constituinte. Posição infraconstitucional não altera essa situação jurídica.

Implica que, o simples fato de algumas práticas, tal como o acordo de acionistas, já estarem positivadas no ordenamento jurídico brasileiro não significa que essas sejam regra com incidência indireta sobre as relações privadas. A incidência direta do direito de propriedade e de sua função social persiste, posto que a sua caracterização decorre do conteúdo constitucional e não do tratamento infralegal que lhe é conferido.

Além das práticas que permitem a atuação direta dos acionistas no processo de tomada de decisão, também são práticas representativas do direito de propriedade e de sua função social as condutas que permitem a atuação indireta e fiscalizatória dos sócios. Isso porque, há a necessidade de verificar, ao longo de todo o atuar da sociedade anônima, se os sócios controladores e/ou gestores estão

agindo da forma como definido por todos e, principalmente, que não estão abusando o poder que detêm.

Prática como a *complyorexplain* obriga que os agentes gestores da sociedade anônima, de uma forma geral, que tenha aderido a um código de boa conduta em matéria de governança corporativa, cumpram-no ou expliquem publicamente e anteriormente o motivo do seu não cumprimento. Se a sociedade adotou determinado conjunto de práticas, essa deve ser cumprida, admitindo o seu descumprimento somente em hipóteses excepcionais e de forma motivada com pronunciamento público e prévio desta.

Ela permite que os acionistas fiscalizem se o que foi decidido em assembleia está efetivamente sendo cumprido pelos sócios gestores, podendo estes serem responsabilizados caso não haja tal atenção. Além de proporcionar aos sujeitos que querem se tornar sócios de determinada sociedade saber, antes, quais são as práticas adotadas por esta em relação a boa governança e, previamente, como o seu direito de propriedade será exercido.

Essas condutas são utilizadas quando há um sócio ou um grupo de sócios que exercem efetivamente o controle societário e a administração, ou seja, quando são detentores de capital acionário ordinário suficiente para sozinhos tomarem todas as decisões. Como não são os únicos sócios, vez que existem os sócios ordinários minoritários e os acionistas preferenciais, essas práticas permitem que estes exerçam efetivamente o direito de propriedade sobre suas ações, através da efetivação da função social, através da fiscalização.

Contudo, há determinadas sociedades anônimas onde o capital social é de tal forma pulverizado que não é possível visualizar esse sócio ou sócios majoritários e/ou controladores. Essas sociedades, mais próximas da possibilidade de realmente uma efetiva participação de todos os acionistas no processo de tomada de decisão, devem está protegida de uma eventual tomada hostil do controle.

As medidas que buscam evitam a tomada hostil do controle são de atuação tanto direta e indireta dos acionistas. Têm como finalidade evitar, justamente, que, em sociedade onde não haja controle, um agente ou grupo de agentes externos à sociedade, pratiquem ação no intuito de passarem a ser proprietários de ações ordinárias que lhes assegurem tal posição.

Essas condutas estabelecidas pelos próprios acionistas, no momento da constituição ou em momento posterior, de cunho preventivo ou repressivo, são

formas de efetivação do direito de propriedade e de sua função social. Isso porque elas visam assegurar que o ambiente onde nenhum sócio exerce o controle e todos têm os mesmos direitos no processo de tomada de decisão seja mantido.

Isso significa dizer que, dentro de uma sociedade anônima sem agente ou grupo controlador, já há uma presunção de que todos os sócios têm o mesmo direito de exercício da sua propriedade societária. Todos os acionistas têm as mesmas condições de participar das deliberações e efetivar a função social das suas ações. A inserção de um agente externo que hostilmente, sem o consentimento dos demais sócios, modifique essa dinâmica interna deve ser coibida, isso porque fere o exercício da função social do direito fundamental de propriedade.

Tal posição é pacífica e há posicionamentos que afastam totalmente a incidência do direito fundamental de propriedade e sua função social nas relações privadas, como por exemplo, Noberto Bobbio que afirmava que a propriedade, independentemente de sua definição, "estabelece um princípio geral de direito absolutamente óbvio, o de que a propriedade, sendo um direito sagrado e inviolável, não pode ser limitada a não ser por razões de utilidade pública"⁴⁰⁸. Assim, o autor afasta totalmente a possibilidade de incidência entre os particulares dos preceitos da função social da propriedade.

Segundo esse entendimento, uma pessoa particular não pode fazer a verificação sobre o cumprimento da função social da propriedade. Conseqüentemente, no caso em estudo, a aplicação desta teoria implica em reconhecer que as práticas de governança corporativa como regras internas de mera organização da sociedade, decorrentes dos princípios de direito privado da autonomia da vontade e da liberdade de contratar. As partes são livres para, dentro das suas relações privadas, estipular os termos da contratação.

Entretanto, a relação societária, existente principalmente nas sociedades anônimas, não se trata somente de um contrato entre as partes, mas também do exercício do direito de propriedade, posto que o detentor das ações é proprietário de uma fração ideal da sociedade em si mesma considerada. Desta forma, afastar a incidência do direito fundamental da propriedade seria negar a própria propriedade que os sócios têm sobre as ações.

⁴⁰⁸ BOBBIO. *op. cit.*, p. 53.

Não significa dizer que o Estado não tem prerrogativas sobre o exercício do direito de propriedade. Cabe ao ente estatal, através de políticas públicas, constitucionalmente garantidas, tomar atitudes que assegurem a distribuição equitativa das propriedades, como forma de garantir os preceitos de moradia, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, entre outros, através de instrumentos, como a desapropriação.⁴⁰⁹

Entretanto, "o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional"⁴¹⁰. Descumprimento esse que pode ser verificado tanto pelo Estado quanto por um particular, implicando, assim, a sua aplicação diretamente nas relações privadas.

Desta forma, observo que todas as práticas de boa governança, ainda que positivadas pelo legislador infraconstitucional ou não, são um reflexo direto e imediato do direito fundamental da propriedade e sua função social, não podendo ser afastadas. Afastar tal aplicação é ofender toda a ordem constitucional.

⁴⁰⁹ COMPARATO. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. *op. cit.*, p. 07-08.

⁴¹⁰ *Ibidem.*, p. 07-08.

5 CONCLUSÕES

1. Os direitos fundamentais, a despeito de várias nomenclaturas e conceitos atribuídos ao longo do seu processo de construção histórica, são posições que revestem as pessoas de direitos, prerrogativas e faculdades, todas essenciais para a manutenção das relações jurídicas. Isso porque, eles são essenciais para a proteção da pessoa, ao mesmo tempo em que estabelecem limites constitucionais para a atuação do poder.

2. Tradicionalmente, os direitos fundamentais só podem ser opostos nas relações que envolvam o Estado e o cidadão, vez que, a finalidade dos primeiros direitos afirmados era proteger a população do poder exercido pelo ente estatal, possibilitando o desenvolvimento da atividade econômica.

3. Contudo, esse mesmo desenvolvimento econômico fez surgir outras fontes de poder tão ou mais opressoras que o Estado. Desta forma, houve a necessidade de reconhecer que os direitos fundamentais não servem só para afastar atos do Estado, mas todo ato que decorra do abuso de poder, independentemente de qual seja a sua origem.

4. Esse reconhecimento importou na aceitação da incidência horizontal dos direitos fundamentais. Esta permite a possibilidade desses direitos serem aplicados e exigidos diretamente entre os particulares, independente da presença estatal.

5. Apesar das discussões doutrinárias, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas já é uma realidade, reconhecida pelos tribunais brasileiros, inclusive de forma direta e imediata, sem a necessidade de intervenção do legislador.

6. Dentro dessa perspectiva, o direito de propriedade é um direito fundamental que tem grande importância nas relações privadas, principalmente quando se estuda relações societárias. Isso porque, além de direito fundamental individual e coletivo, previsto no artigo 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal, ele também é direito fundamental da ordem econômica e orientador da atividade empresarial, com previsão no artigo 170, II e III, do mesmo diploma jurídico.

7. O direito de propriedade é o direito de ser dono, de ser proprietário, de exercer sobre a coisa uma vontade individual. É um conjunto de outros direitos que permitem à pessoa incorporar o bem ao seu patrimônio, reduzindo a ele um valor pecuniário.

8. Em uma concepção clássica, o direito de propriedade correspondia a um direito individual, absoluto e ilimitado de fazer com o bem o que o proprietário desejasse, inclusive o direito de não fazer nada. Contudo, com as mudanças sociais decorrente do Estado Social, passou-se a exigir que a propriedade atendesse aos anseios da coletividade, ou seja, que ela fosse usada de forma a atender as expectativas da sociedade como um todo.

9. A função social da propriedade representa esse anseio social. Um limitador do uso da propriedade, que deve atender aos interesses coletivos, identificados, como pelas modalidades dos interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos. Ela cria para o entre privado um dever de como deve usar o seu patrimônio, cria um ônus.

10. A ideia de que o direito de propriedade deve ser exercido dentro de uma função social, proporcionou uma mudança no modo como este, enquanto direito fundamental, seja aplicado nas relações. Quando do Estado Moderno, a sua afirmação decorria da necessidade de manutenção dos meios de produção através da capacidade de cada pessoa de possuí-los. No Estado Social, a sua manutenção enquanto direito fundamental, decorre da observância de que a propriedade é essencial para a coletividade, mas deve ser exercida dentro de ditames almejados pela sociedade.

11. Reconhecendo que os direitos fundamentais incidem sobre as relações privadas e que o direito de propriedade é um direito fundamental, e deve ser exercido dentro dos ditames da sua função social, ou seja, dentro das expectativas sociais, cabe observar que nas relações societárias, principalmente nas relações entre acionistas nas sociedades anônimas, esse direito deve ser efetivado.

12. A efetivação do direito fundamental de propriedade nas relações acionárias se efetiva através da utilização da governança corporativa. Essa é um conjunto de práticas que buscam manter assegurada a estrutura interna da sociedade anônima, de forma que todos estejam ligados pelas responsabilidades dela decorrentes. Ou seja, a governança corporativa tem como finalidade estruturar e estabelecer normas e valores de forma que todos os interesses existentes nas sociedades anônimas sejam atendidos.

13. Apesar de existirem diversos modelos, tendo como base a estrutura jurídica interna de cada país, as práticas de governança corporativa devem atender a determinados princípios, tais como: princípio da responsabilidade corporativa,

princípio da informação e da transparência, princípio da prestação de contas e princípio da equidade. E as principais práticas que orientam que forma a governança corporativa são: *complyorexplain*, acordo de acionistas, direito ao voto múltiplo, *tagalong* e as medidas para evitar a tomada hostil do controle (preventiva - *staggeredboard, supermajorityrules, acceleratedloans, back-endplan* e *goldenparachutes-* e repressiva *-greenmail, pac-mandefense, whiteknights, whitesquire, crownjeweldefenseepoisonpill*).

14. As práticas de governança corporativa têm como objetivo evitar que os sócios majoritários e/ou controladores abusem do poder que detêm dentro da sociedade e tomem atitudes ou pratiquem atos que prejudiquem os demais sócios. Isso através da inserção dos acionistas ordinários minoritários e dos acionistas preferenciais dentro do processo de efetiva tomada de decisão.

15. Ocorre que atualmente, as práticas de governança corporativa são tratadas como uma norma do direito privado e sujeito às regras da autonomia da vontade. Como consequência, para que um sócio possa exigir o cumprimento de uma prática de governança corporativa, há a necessidade de que exista previsão no estatuto social ou em outro documento de quais práticas são adotadas pela sociedade anônima em questão e de que forma os sócios majoritários e/ou controladores se posicionam em relação a elas.

16. O reconhecimento de que a governança corporativa são práticas que efetivam o direito fundamental de propriedade das ações nas relações societárias permite que os acionistas, independente de previsão interna da companhia, participem efetivamente do processo de tomada de decisão.

17. Tal afirmação é possível porque as ações são de fato um bem, elas compõem o patrimônio dos sócios que a detêm. O acionista tem o direito de usar, fruir, gozar, dispor e, em decorrência de uma transferência do direito de administrar para terceiro, fiscalizar a administração e estabelecer normas gerais que devem ser seguidas por todos.

18. Sendo as ações um bem e devendo o acionista exercer sobre ela o seu direito fundamental de propriedade, este deve ser exercido segundo os ditames da função social, não admitindo o uso meramente especulativo dos bens, mas sim de forma que gere proveito a todos. O detentor das ações tem o direito/dever de atuar com uma conduta positiva, participando da coletividade societária a qual se submeteu.

19. Atitudes que vedem ou restrinjam a participação dos acionistas no processo de tomada de decisões fere o direito fundamental de propriedade que pode e deve ser efetivado independente de intervenção do Estado. Isso ocorrerá através da utilização das práticas de governança corporativa.

20. Essas práticas refletem a completude da função social da propriedade, vez que permite que os detentores das ações passem a ter uma participação ativa no processo de tomada de decisões societárias.

21. Prática como a *complyorexplain* obriga que os agentes gestores da sociedade anônima, de uma forma geral, que tenha aderido a um código de boa conduta em matéria de governança corporativa, cumpram-no ou expliquem publicamente e anteriormente o motivo do seu não cumprimento. Se a sociedade adotou determinado conjunto de práticas, essa deve ser cumprida, admitindo o seu descumprimento somente em hipóteses excepcionais e de forma motivada com pronunciamento público e prévio desta. Há uma maior fiscalização das atitudes dos sócios majoritários/controladores.

22. Outras práticas, como as medidas que evitam a tomada hostil do controle, são medidas de atuação tanto direta e indireta dos acionistas, que justamente têm como finalidade evitar, em sociedade onde não haja controle, que um agente ou grupo de agentes externos à sociedade, pratiquem ação no intuito de passarem a ser proprietários de ações ordinárias que lhes assegurem tal posição.

23. Essas práticas não precisam estar previstas em uma lei, no estatuto da companhia, ou outro documento interno para serem invocadas. Elas, refletindo o direito fundamental de propriedade, podem ser exigidas a qualquer tempo, diretamente pelo acionista que se sentir prejudicado ou que entender que a atitude do sócio majoritário e/ou controlador, ou do dirigente está ferindo o seu direito.

24. As práticas de boa governança são um reflexo direto e imediato do direito fundamental da propriedade e sua função social, não podendo ser afastadas. Afastar tal aplicação é ofender toda a ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

ABNT. **ABNT NBR ISO 26000**: Diretrizes sobre responsabilidade social. Rio de Janeiro: ABNT, 2010, p. 07.

ALARCÃO, Isabel. Prefácio. *Identidades e Vida de Educadores Rio-grandense: narrativas em primeira pessoa (... e muitas outras)*. ABRAHÃO, Maria Helena Menna Barreto (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. In **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_011.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009.

ALEXY, Robert. **Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas. In **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 42 n. 165 jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.eduvaleavare.com.br/lmg/downloads/R165-11.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2009.

ANDORNO, Roberto. **The Paradoxical Notion of Human Dignity**. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ANDREZO, Andrea Fernandes. **A necessidade de maior transparência das informações e orientação dos investidores para o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/Public/publ/1monografia.asp#P2>>. Acesso em: 04 maio 2014.

ARAÚJO, Antonia Dilamar. **Práticas Discursivas em Conclusões de Teses de Doutorado**. Disponível em: <<http://linguagem.unisul.br/paginas/ensino/pos/linguagem/linguagem-em-discurso/0603/060305.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2015.

ARGENTINA. **Constitucion de la Nación Argentina**. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

ATIENZA, Manuel. **Entrevista a Robert Alexy**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO. **Empresas, Responsabilidade Corporativa e Investimento**. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/relato/social01.pdf>. Acesso em: 04 maio 2014.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Compreendendo os Novos Limites à Propriedade**: uma análise do art. 1228 do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/2010_1/artigos/searajuridica_2010_1_artigo2.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Vulnerabilidade e Dignidade humana. *In* **O Mundo da Saúde**. Ano 30. Vol. 30. N. 3. Jul-set./2006. São Paulo. Disponível em: <http://www.scamilo.edu.br/pdf/mundo_saude/38/vulnerabilidade_dignidade.pdf>. Acesso em: 28 maio 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. *In* **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. N. 1, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO-BARROSO.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Ordem Constitucional Brasileira e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *In* **Revista Diálogo Jurídico**. N. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2014, p. 04.

BATISTA, Vanessa Oliveira. **Da necessidade de interação das normas de direitos fundamentais com a normativa internacional no estado contemporâneo**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1343>. Acesso em: 25 jan. 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Brasília: Senado Federal, 2003.

BM&FBOVESPA. **Diretrizes de Governança Corporativa**. Disponível em: <http://ri.bmfbovespa.com.br/fck_temp/26_2//Diretrizes_de_Governanca_Corporativa_da_BMFBOVESPA.pdf>. Acesso em: 03 maio 2014.

BMF&BOVESPA. **Empresas com TagAlong**. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/consultas/empresas-com-tag-along.aspx?Idioma=pt-br>>. Acesso em: 06 maio 2014.

BM&FBOVESPA. **Índice de Ações com Governança Corporativa Diferenciada – IGCX**. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/Indices/ResumoIndice.aspx?Indice=IGC&Opcao=0&idioma=pt-br>>. Acesso em: 03 maio 2014.

M&FBOVESPA. **Mercado Novo**. Disponível em: <<http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/solucoes-para-empresas/segmentos-de-listagem/novo-mercado.aspx?Idioma=pt-br>>. Acesso em: 03 nov. 2014.

BM&FBOVESPA. **O que são seguimentos de listagem**. Disponível em: <<http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/solucoes-para-empresas/segmentos-de-listagem/o-que-sao-segmentos-de-listagem.aspx?Idioma=pt-br>>. Acesso em: 03 nov. 2014.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função Ambiental da Propriedade Rural**. São Paulo: LTr, 1999

BRASIL. **Código Civil** - Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de março de 1824.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

BRASIL. **Decreto n. 21.536**, de 15 de junho de 1932. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21536-15-junho-1932-517361-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto n. 591**, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 17 ago. 2014.

BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1ª de janeiro de 1916. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 21 jul. 2014.

BRASIL. **Lei n. 4.504**, de 30 de novembro de 1964. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acesso em: 20 jan. 2015.

BRASIL. **Lei n. 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 03 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 160.222**.

Recorrente: Ana Paula Munis dos Santos e outros. Recorrido: NahumManela.

Relator: Sepúlveda Pertence. D.J. 11 abr. 1995. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213340>>. Acesso em: 17 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 201.819-8**.

Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes.

D.J. 27 out. 2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 17 out. 2012.

BRASKEM S.A. **Atas e Editais**. Disponível em:

<<http://braskem.riweb.com.br/listgroup.aspx?idCanal=+WT5Qu5vObJjJmt0mCzJDw=>>>. Acesso em: 04 maio 2014.

BRASKEM S.A. **Código de Conduta**. Disponível em: <http://www.braskem.com.br/Portal/Principal/Arquivos/Download/Upload/codigo_conduta_port_23.pdf>.

Acesso em: 04 maio 2014.

BRASKEM S.A. **Relatório Anual 2012**. Disponível em:
<<http://rao2012.braskem.com/Default.asp?idioma=pt>>. Acesso em: 04 maio 2014.

BRASKEM S.A. **Resultados**. Disponível em:
<<http://www.braskeri.com.br/listresultados.aspx?idCanal=OzpCrZc3Fq29LkPYMDzZlg==>>. Acesso em: 04 maio 2014.

BULGARELLI, Waldírio. **Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CALSAMIGLIA, Albert. **Ensaio sobre Dworkin**. SAMPAIO, Patrícia (trad.). Disponível em: <http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 26 maio 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. 1. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Astrea, 2006.

CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. **MEMO/SEP/Nº 055/98**. Disponível em:
<<http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdecis.asp?File=1838-0.HTM>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM, sobre a condição dos operários, 15 de maio de 1891, Papa Leão XIII. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 21 jan. 2015.

CARVALHO, Antonio Gledson. Governança corporativa no Brasil em perspectiva. *In* **Revista de Administração**. V. 37, n. 3, jul./set. 2002, São Paulo. Disponível em: <http://www.rausp.usp.br/busca/artigo.asp?num_artigo=1063>. Acesso em: 13 jan. 2014.

CARVALHO, Joaquim de. **As liberdades públicas e as garantias individuais**. Disponível em: <<http://www.joaquimdecarvalho.org/artigos/artigo/164-2.-As-liberdades-publicas-e-as-garantias-individuais->>. Acesso em: 25 jan. 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Eficácia na Execução Específica do Acordo de Acionista**. Disponível em:
<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_125.pdf>. Acesso em: 06 maio 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. V. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto do código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLÔMBIA. **Constitucion Política de Colombia**. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Deliberação CVM Nº 550**, de 17 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/snc/deli550.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2014.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM n. 457**, de 13 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/snc/inst457.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2014.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM n. 469**, de 2 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/snc/inst457.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2014.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Principiais Direitos dos Acionistas Minoritários de Companhias Abertas. *In* **Cadernos CVM**. N. 8. São Paulo, 2009.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa**. Disponível em: <www.cvm.gov.br/port/public/publ/cartilha.doc>. Acesso em: 21 dez. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: <<http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/5/55/Comparato.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2014.

CORPORATIVE GOVERNANCE FORUM OF JAPAN. **Corporate Governance Principles – A Japanese view**. Disponível em: <http://www.ecgi.org/codes/documents/japan_cgf_j.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DAVIS, Gerald F.; THOMPSON, Tracy A.. **A Social Movement Perspective on Corporate Control**. *Administrative Science Quarterly*, Vol. 39, n. 1. (Mar., 1994).

DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/.../declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2013.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA VIRGÍNIA DE 1778. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. *In* **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. N. 6, abr./maio/jun. 2006. Salvador. Disponível em: <<file:///C:/Users/Casa/Desktop/Artigo+funcao+social+Maria+Sylvia.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

DÍEZ-PICAZO, LuisMaría. **Sistema de Derechos Fundamentales**. 4. ed., Navarra: Thomson Reuters, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. V. 4. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a Sério**. BOEIRA, Nelson (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EMBRAER S.A. **Central de Resultado**. Disponível em: <<http://ri.embraer.com.br/listresultados.aspx?idCanal=GHSVkh17Mf9OzMsR3YK6wg==>>. Acesso em: 04 maio 2014.

EMBRAER S.A. **Código de Ética e Conduta**. Disponível em: <http://www.embraer.com.br/compliance/pdfs/integra658922_PORT_Online-Code.pdf>. Acesso em: 04 maio 2014.

EMBRAER S.A. **Política Global Anticorrupção da Embraer**. Disponível em: <http://www.embraer.com.br/compliance/pdfs/Embraer%20Pol%C3%ADtica%20Global%20Anticorrup%C3%A7%C3%A3o_PORT.pdf>. Acesso em: 04 maio 2014.

EMBRAER S.A. **Relatórios Anuais**. Disponível em: <<http://ri.embraer.com.br/show.aspx?idCanal=iM2P2p1lloUsWi5mzDbdbA==>>. Acesso em: 04 maio 2014.

ENCÍCLICA MATER ET MAGISTER, sobre a questão social à luz da doutrina cristã, 15 de maio de 1961, Papa João XXIII. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html>. Acesso em: 21 jan. 2015.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da Propriedade Privada e do Estado**. 9. ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1894.

ESCALANTE, Mijail Mendoza. **La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares**. Disponível em: <<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos.horizontal.der.fun.d.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2012.

ESPAÑA. **Constitucion Española**. Disponível em:
<<http://www.gva.es/cidaj/pdf/constitucion.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Public Law 107-204**. Disponível em:
<[HTTPS://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf](https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2013.

ESTAY, José Ignacio Martínez. *Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos*. In **Revista Chilena de Derecho**. Número Especial. Disponível em:
<dialnet.unirioja.es/servlet/dfichero_articulo?codigo=2649971>. Acesso em: 15 fev. 2013.

ESTEVES, Sérgio A. P. **O Dragão e a Borboleta**: sustentabilidade e responsabilidade sócia nos negócios. São Paulo: Axis Mundi, 2000.

EUROPEAN CORPORATIVE GOVERNANCE FORUM. **Study on “comply-or-explain”**. Disponível em:
<http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/studies_en.htm>. Acesso em: 06 maio 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. A Constitucionalização do Direito Privado. In **RIDB**, Ano 1 (2012), n. 01. Disponível em:
<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.idb-fdul.com%2Fuploaded%2Ffiles%2FRIDB_001_0185_0243.pdf&ei=7si-Us-QHtLokQfX6oH4AQ&usg=AFQjCNE6b3k3Qzsbj5KzbLW1076yl87NjA&bvm=bv.58187178,d.eW0>. Acesso em: 28 dez. 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio. Code Civil francês: gênese e difusão de um modelo. In **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50, N. 198, abr./jun. 2013. Disponível em:
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. GULLO, Candice Premaor (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. V. 5, 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los Derechos Fundamentales*. In **Questões Constitucionales**. N. 15. Julio-diciembre 2006. Disponível em:
<<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Validade das Normas Jurídicas**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/37198542/FERRAZ-JUNIOR-Tercio-Sampaio-A-validade-das-normas-juridicas>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Prefácio do Tradutor**. In Tópica e Jurisprudência (VIEHWEG, Theodor). Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

FIGUEIREDO, Luciano L. **Os Reais Contornos do Princípio da Função Social das Propriedades**: (In)Acesso x Funcionalização. Disponível em: <www.direitoemfamilia.com.br/.../artigo_02_lucianoFigueiredo.doc>. Acesso em: 03 jan. 2015.

FRANÇA. **Code Civil des Français**. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf>. Acesso: 10 jan. 2015.

FRANÇA. **Constitution de la République Française**. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>> Acesso: 17 jan. 2015.

GALBRAITH, John Kenneth. **A Economia das Fraudes Inocentes**: verdade para o nosso tempo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. V. 1, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GEDIEL, José Antônio Peres. A social-democracia e seus reflexos sobre o direito civil contemporâneo. In **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. V. 15, n. 15, jan./jun. 2014. Curitiba. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/575>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

GUERRA, Sandra. **Oportunidade de escolha**: Flexibilidade e necessidade de explicar estimulam uma reflexão mais profunda sobre a governança adotada. Disponível em: <<http://www.capitalaberto.com.br/temas/oportunidade-de-escolha/#.U2kq1fldXlo>>. Acesso em: 06 maio 2014.

GILBERT, Jérémie. Direito à terra como direito humano: argumentos em prol de um direito específico à terra. In **Revista Internacional de Direitos Humanos**. V. 10, n. 18, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/18>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

GLOBAL REPORTING INITIATIVE. **Elaboração de Relatório de Sustentabilidade**. Disponível em: <<https://www.globalreporting.org/languages/Portuguesebrazil/Pages/Elabora%C3%A7%C3%A3o-de-relat%C3%B3rios-de-sustentabilidade.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20. ed. rev. atual. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das coisas. V. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORGA, Érica. **Direito Societário Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 2010.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

INTERNATIONAL FINANCIAL REPORTING STANDARDS. **About the IFRS foundation and the IASB**. Disponível em: <<http://www.ifrs.org/The-organisation/Pages/IFRS-Foundation-and-the-IASB.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 4. ed. São Paulo: IBGC, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Secao.aspx?CodSecao=20>>. Acesso em: 03 maio 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **O que significa a prática complyorexplain?**. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/PerguntasFrequentes.aspx>>. Acesso em: 06 maio 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Principais Modelos**. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Secao.aspx?CodSecao=21>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Relatório Cadbury – Código de Práticas Recomendáveis**. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Codigo.aspx?CodCodigo=13>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

INSTITUTO ETHOS. **Carta de Princípios**. Disponível em: <<http://www3.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/carta-de-principios/#.U2Z-gPldXlo>>. Acesso em: 04 maio 2014.)

INSTITUTO ETHOS. **Missão**. Disponível em: <<http://www3.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/missao/#.U2Z93fldXlo>>. Acesso em: 04 maio 2014.

ITÁLIA. **La Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1_titolo3.html>. Acesso em: 17 jan. 2015.

JAPAN FEDERATION OF ECONOMIC ORGANIZATIONS. **Urgent Recommendations Concerning Corporate Governance**. Disponível em: <http://www.ecgi.org/codes/documents/jfeo_sep1997.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*. In: **Journal of Financial Economics**. October, 1976, V. 3, n. 4.

JESUS, Roberto Martins Ribeiro. **Governança Corporativa: a formação de mecanismos por investidores institucionais, o caso PREVI**. Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresa para obtenção do Grau de Mestre. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/41118/000348348.pdf?squence=1>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. MACHADO, João Baptista (trad.). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEIN, Benjamin. **Contracting costs and residual claims: the separation of ownership and control**. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/725107?uid=3737664&uid=2134&uid=2481009593&uid=2&uid=70&uid=3&uid=2481009583&uid=60&sid=21103963794263>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. **Os desafios propostos pela governança corporativa ao Direito Empresarial Brasileiro: ensaio de uma reflexão crítica e comparada**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LEITE, Cláudio Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas Relações de Emprego. *In* **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 17. jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_%28Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego%29.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2012.

LETHBRIDGE, Eric. **Governança Corporativa**. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/gov-corp/lethbridge-1997.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2014, p. 03.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: direitos reais e direitos intelectuais**. V. 4, 6 ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 08 jan. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *In* **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil**. Disponível em: <fbm.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2015.

LOCKE, Jonh. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

LONDON STOCK EXCHANGE. **Combined Code of London Stock Exchange**. Disponível em: <http://www.ecgi.org/codes/documents/combined_code.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro**: direito societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

MARONI, Amnérís. A divergência entre o Discurso e a Prática. In ESTEVES, Sérgio A. P. (org.). **O Dragão e a Borboleta**: sustentabilidade e responsabilidade sócia nos negócios. São Paulo: AxisMundi, 2000.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 33. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS, Pedro A. Batista. O direito do Acionista de Participação nos Lucros Sociais. In **Revista da EMERJ**, v.1, n.1, 1998. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista01/revista01_122.pdf>. Acesso em: 27 out. 2014.

MARTINS NETO, Carlos. Dispersão Acionária, tomada Hostil de Controle e *PoisonPills*: breves reflexões. In **Revista Semestral de Direito Empresarial**. N. 5, jul./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, et.al. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In **Revista Jurídica Virtual**. Vol. 2. N. 13. Jun./1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.

MINARDI, Fabio Freitas. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e a Aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal. In **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. V. 4. 2008. Disponível em: <apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/viewFile/219/212>. Acesso em: 15 jun. 2012.

MONKS, Robert A. G. **ExtendedBiography**. Disponível em:
<<http://www.ragm.com/Extended-Biography.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das coisas**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional: análise filosófico, jurídica y politológico de laprática constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2005.

OLIVEIRA, Samuel AntonioMerbach de. **A Teoria Geracional dos Direitos do Homem**. Disponível em:
<http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorica_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2013.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Os Princípios da OCDE sobre Governança Corporativa**. Disponível em:
<<http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/33931148.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Algumas notas sobre a função social da propriedade imobiliária no Direito brasileiro. *In* **Revista de Direito Privado – RDPriv**. Ano 12. V. 46. Abr.-Jun.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OXFORD DICTIONARIES. Disponível em:
<http://www.oxforddictionaries.com/us/definition/american_english/governance?q=governance>. Acesso em: 03 jan. 2014.

PARLAMENTO EUROPEU. **Documento de Trabalho sobre a proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às ofertas públicas de aquisição**. Disponível em:
<[HTTP://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/itre/.../489309PT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/itre/.../489309PT.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2013.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. V. 1. Brasília: Senado Federal, 2004.

PIMENTA, Angela. **“Como salvei a IBM”**. Disponível em:
<<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0786/noticias/como-salvei-a-ibm-m0052431>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

PLÖGER, Alfried. **Constrangedora e burocrática: Prática do “complyorexplain” é contrária aos nossos costumes e vai onerar os procedimentos de gestão**. Disponível em: <<http://www.capitalaberto.com.br/temas/constrangedora-e-burocratica/#.U2kq2fldXlo>>. Acesso em: 06 maio 2014.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Constituicao_Portuguesa.htm>. Acesso em: 05 fev. 2013.

PRIBERAM DICIONÁRIO. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/corporativa>>. Acesso em: 12 maio 2014.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **Derechos Humanos: una introducción a su naturaleza y a su historia**. Buenos Aires: Quorum, 2007.

REPORTE OF THE COMMITTEE ON THE FINANCIAL ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE. **Code of Best Practice**. London: GEE, 1992, p. 14.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. V. 2. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Fernando J. Armando. **O Princípio da Função Social da Propriedade e a Compreensão Constitucionalmente adequada do Conceito De Propriedade**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/O%20principio%20da%20%20funcao.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Acordo de Acionistas: um breve estudo acerca das modalidades. *In* **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. V. 36. 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32915-41046-1-PB.pdf>>. Acesso em 06 maio 2014.

RIBEIRO, Milton Nassau. **Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa**. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROBERTS, Richard. **Por Dentro das Finanças Internacionais**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

ROCHA, João Luiz Coelho da. **Administradores, Conselheiros e Prepostos das Sociedades** – frente às normas da Lei n. 6.404, do Código Civil vigente, e do Anteprojeto da Lei Falimentar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RODRIGUES, Carlos Airton. **Transparência, equidade, prestação de contas, conformidade e responsabilidade corporativa são essenciais**. Disponível em: <<http://www.endeavor.org.br/artigos/gente-gestao/governanca-corporativa/principios-e-valores-a-base-da-governanca-corporativa>>. Acesso em: 04 maio 2014.

RODRIGUES, Raphael; PORTILHO, Leonardo. **Sustentabilidade e Responsabilidade Corporativa no Brasil**. Instituto Akatu para o consumo consciente, Responsabilidade Social Empresarial - Percepção do Consumidor Brasileiro, Pesquisa 2004. Impresso, p. 02-03.

RODRIGUES, Renato Amoedo Nadier. **Direito dos Acionistas Minoritários**. Pirassununga: Lawbook, 2009.

ROSENBERG, Nathan; BIRDZELL JR., L. E. **A História da Riqueza do Ocidente: A transformação econômica no mundo industrial**. JUNGSMANN, Ruy (trad.). Rio de Janeiro: Record, 1986.

ROTTA, Claudio; HILLBRECHT, Ronald Otto; BALBINOTTO NETO, Giacomo. **A Governança Corporativa no Mundo**. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnANPAD/enanpad_2005/EOR/2005_EORC1870.pdf>. Acesso em: 13 maio 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

SANTOS, TharcisioBierrenbach de Souza. A Organização do Futuro: as macrotendências para os próximos 15 anos. *In***Revista Estratégia**, Ano I, n. 6. Disponível em: <http://www.faap.br/revista_faap/revista/revista6/pontosimportantes.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In***Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira**. Disponível em: <<http://www.guergolet.com/direito/la/upload/Schreiber%20-%20Funcao%20Social%20da%20Propriedade%20na%20Pratica%20Jurisprudencial%20Brasileira.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

SENHORAS, Elói Martins; TAKEUCHI, Kelly Pereira; TAKEUCHI, Katiuchia Pereira. **A Importância Estratégica da Governança Corporativa no Mercado de Capitais: Um Estudo Internacional Comparado**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fpublication%2F228684687_A_Importancia_Estratgica_da_Governana_Corporativa_no_Mercado_de_Capitais_Um_Estudo_Internacional_Comparado%2Ffile%2F79e41511ff8cbe557c.pdf&ei=Y4ZIU8csy6iwBKbNgPAM&usq=AFQjCNEzuPYzkJAVvzMm3MaEIOm7FNEqFQ&sig2=aaW0AaVe73ZrmClzu5_Wcw&bvm=bv.65788261,d.cWc>. Acesso em: 30 abr. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli de. **O que é a Teoria de Agência, Problema e Custos de Agência?**. Disponível na internet em: <<http://www.ibgc.org.br/PerguntasFrequentes.aspx>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli de. **O que é TagAlong?**. Disponível na internet em: <<http://www.ibgc.org.br/PerguntasFrequentes.aspx>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli de. **O que significa a prática ComplyorExplain?**. Disponível na internet em: <<http://www.ibgc.org.br/PerguntasFrequentes.aspx>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais**: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/pro/arquivos/files/e4.htm>>. Acesso em: 15 maio 2012.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas**: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

STEWART, Thomas A. **A nova era do capital intelectual**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0642/noticias/a-nova-era-do-capital-intelectual-m0053147>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Ruptura da *Affectio Societatis* e seus efeitos sobre os Direitos previstos em Acordo de Acionistas. *In Revista Semestral de Direito Empresarial*. N. 4, jan./jun. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no Novo Código Civil. *In Anais do "EMERJ Debate o Novo Código Civil"*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_168.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2014.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2015.

THE WOLD BANK. **Corporate Governance**. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTFINANCIALSECTOR/0,,contentMDK:22180291~menuPK:6122987~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:282885,00.html>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

THOMSON FINANCIAL INVESTOR RELATIONS. **Governança Corporativa Perpetua Boas Práticas de Gestão e Disclosure**. Disponível em: <http://www.b2i.cc/document/1628/art_gestaoedisclosure2003.pdf>. Acesso em: 13 maio 2014.

TIZZIANI, Emerson; BARBOSA, José Geraldo Pereira; SILVA, Antonio Carlos Magalhães da. **Táticas de Defesa Contra Aquisições Hostis**: O Caso Perdigão X

Sadia. Disponível em:
<http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnANPAD/enanpad_2008/FIN/2008_FI_NB1854.pdf>. Acesso em: 07 maio 2014.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: teoria geral e direito societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VALE S.A. **Histórico de Preços das Ações**. Disponível em:
<<http://www.vale.com/PT/investors/Equity-debt/Stock-price-history/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.

VALE S.A. **Política de divulgação de informações**. Disponível em:
<<http://www.vale.com/PT/investors/Corporate-governance/Policies/Disclosure-Policies/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.

VALE S.A. **Relatório 20F**. Disponível em:
<<http://www.vale.com/PT/investors/Annual-reports/20F/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.

VALE S.A. **Relatório de Sustentabilidade**. Disponível em:
<<http://www.vale.com/PT/investors/Annual-reports/Sustainability-reports/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.

VALE S.A. **Relatórios Trimestrais**. Disponível em:
<<http://www.vale.com/PT/investors/Quarterly-results-reports/Quarterly-results/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 04 maio 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. V. 5. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

VERGUEIRO, Carlos Eduardo. **Acordo de Acionista e a Governança das Companhias**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. *In* **Revista CEJ**, Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

VIEIRA, Jorge; MARTINS, Eliseu; FÁVERO, Luiz Paulo Lopes. *Poisonpills* no Brasil: um estudo exploratório. **Revista de Contabilidade & Finanças**. Vol. 20, n. 50. São Paulo. May/Aug. 2009. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-70772009000200002>. Acesso em: 07 maio 2014.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. 3. ed. Campinas: LZN, 2003.

WALD, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 10. ed. rev. aumentada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WOLKMER, Carlos Antonio. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. *In* **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2014.

WOLKMER, Carlos Antonio. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.