

INTERESSE SOCIAL DA EMPRESA. UMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA¹

Ricardo Lupion²

Resumo: O presente artigo propõe examinar a perspectiva luso-brasileira em torno do interesse social da empresa que consiste na relação entre a necessidade dos sócios ou acionistas de uma sociedade de maximizar os lucros e os bens que julgam aptos para satisfazer tal necessidade, no caso a empresa.

Palavras-Chave: Empresa. Interesse social. Teoria Contratual. Teoria Institucional.

Sumário: 1. Interesse social. 1.1. Introdução ao tema. 1.2. A teoria contratual e teoria institucional sobre o interesse social. 1.3. Previsões legais sobre interesse social em Portugal. 1.4. Previsões legais sobre interesse social no Brasil. 2. Conclusões.

1. INTERESSE SOCIAL NA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA DOUTRINÁRIA

¹ O texto reflete parte da pesquisa realizada na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde o autor realizou estudos e pesquisas em estágio de Pós-Doutoramento em Direito naquela conceituada Instituição de Ensino Superior. O autor agradece o convite do Prof. Fernando José Borges Correia de Araujo, Professor Catedrático e Presidente do Instituto de Direito Brasileiro daquela Instituição. Também agradece a Prof^a Dr^a Paula Vaz Freire, Vice-Presidente do Instituto. Finalmente, agradece o apoio e atenção da Dra. Maria José Abreu, da Secretaria do Instituto.

² Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da PUCRS. Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor de Direito Empresarial na Faculdade de Direito da PUCRS. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Empresarial da PUCRS. Advogado Empresarial. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. ricardo.lupion@puers.br



a ausência de definição legal de *interesse* e parafraseando Menezes Cordeiro, “quem utilize esse termo e o defenda operacional tem, como elementar manifestação de seriedade intelectual e científica, o ônus de o explicitar” porque, na correta advertência do jurista português, *interesse* sem regras que o definam, “não é bitola de coisa nenhuma. Antes surge como arrimo lingüístico nada inovador e, sobretudo: juridicamente inoperacional”.³

AS TEORIAS CONTRATUAL E INSTITUCIONAL SOBRE O INTERESSE SOCIAL

São duas as teorias em torno do interesse social da empresa: a contratualista, segundo a qual o interesse da empresa se resume aos interesses dos sócios e a institucionalista, para a qual esse interesse inclui interesses de outras partes envolvidas, além do interesse dos sócios.⁴

³ Para o autor “Em sentido subjectivo, o interesse traduz uma relação de apetência entre o sujeito considerado e as realidades que ele entenda aptas para satisfazer as suas necessidades ou os seus desejos. Em sentido objectivo, o interesse traduz a relação entre o sujeito com necessidades e os bens aptos a satisfazê-las. Parece evidente que os conceitos são diferentes. Para um jogador compulsivo, o interesse (subjectivo) será o de encontrar um casino onde passar a noite; em termos objectivos, o seu interesse seria ir para casa descansar, com vista ao trabalho no dia seguinte. Eis o problema: se releva o interesse subjectivo, caberá ao próprio ‘interessado’ defini-lo; o Direito apenas fixará limites às actuações resultantes das opções que ele faça. Se predominar o interesse objectivo, terá de haver alguém exterior que o defina. Tal definição não poderá ser arbitrária – ou saímos do Direito. Quer isso dizer que a explicitação do interesse objectivo deverá ser feita por normas de conduta, dirigidas ao sujeito. No exemplo do jogador: é proibida a permanência de jogadores compulsivos nos casinos, depois da meia-noite. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”. *Revista da Ordem dos Advogados*, págs. 464/465

⁴ “Na análise da importante e complexa problemática do ‘interesse social’ confrontam-se tradicionalmente as chamadas teorias institucionalistas e contratualistas. No essencial, para o *institucionalismo* (atendendo sobretudo à principal corrente – a da ‘empresa em si’) o interesse social vem a ser um *interesse comum, não apenas aos sócios mas também a outros sujeitos*, nomeadamente os trabalhadores (empregados

Em Portugal, a teoria contratualista – apoiada pela maioria da doutrina⁵ - sustenta que o interesse social define-se como um interesse típico e específico, necessariamente comum a todos os sócios e vem apoiada por A. Ferrer Correia⁶, Luís Brito Correia⁷ e Pedro de Albuquerque.⁸ A institucionalista defende que a empresa não é um contrato, mas uma instituição, porque os interesses dos sócios ficam subordinados à finalidade social e vem apoiada por Oliveira Ascensão⁹ e Pires Cardoso.¹⁰

Já Coutinho de Abreu que defendia a teoria contratualista, de certo modo e ainda que não expressamente, aceitou, nos seguintes termos, a teoria institucionalista em face do artigo 64º do código das sociedades comerciais:

“Goste-se ou não se goste do preceito, considere-se ou não o mesmo irrealista ou até mistificador, o certo é que, para os efeitos do art. 64º, os titulares dos órgãos de administração devem ‘ter em conta’, na avaliação do ‘interesse da sociedade’, não apenas os ‘interesses dos sócios’ mas também os ‘in-

da sociedade), os credores sociais e até a colectividade nacional. Para o *contratualismo*, no essencial também (e desconsiderando a variante que sublinha os interesses dos ‘sócios futuros’ – próxima da doutrina institucionalista da ‘pessoa [coletiva] em si’), o interesse da sociedade é o *interesse dos sócios enquanto tais* (não enquanto vendedores, mutuantes, assalariados da sociedade, etc). ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*. Vol.II. Almedina: Coimbra, 2002, p. 287.

⁵ Para um apanhado geral da doutrina portuguesa consultar: REIS, Tiago Trigo dos. “Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais”. *Temas de Direito Comercial*, Cadernos O Direito 4, Almedina: Coimbra, 2009, págs. 335/336. SERAFIM, Sónia das Neves. “Os deveres fundamentais dos administradores” *Temas de Direito das Sociedades*. Coimbra Editora: Coimbra, 2011, p. 583

⁶ CORREIA, António de Arruda Ferrer. *Lições de Direito Comercial*, vol. II; Lex: Lisboa, 1994, p. 10.

⁷ CORREIA, Luís Brito. *Direito Comercial*, vol. II. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, p.18

⁸ ALBUQUERQUE, PEDRO de. “Direito de preferência dos sócios em aumentos de capital nas sociedades anónimas e por cotas. *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Almedina: Coimbra, 1992, p. 332

⁹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Lições de Direito Comercial: Sociedades Comerciais*. vol. IV, Lisboa, 1993, p. 57.

¹⁰ CARDOSO, J. Pires. *Sociedade Anónima (ensaio económico)*. Empresa Nacional de Publicidade; Lisboa, 1943.

teresses dos trabalhadores’.¹¹

Em passagem mais recente, o jurista português defendeu a inviabilidade de uma concepção unitária de interesse social, propondo o *critério do comportamento*. Para o autor português, quando se tratar de situações ou comportamentos dos sócios, os mesmos terão em conta “senão os seus próprios interesses e (como balizadores) os interesses de que todos eles, numa mesma sociedade, comungam” caracterizando-se, assim, a teoria contratualista.

O jurista admitiu “certo institucionalismo moderado” quando se tratar de situações ou comportamentos dos administradores porque “não se podia continuar tranquilamente a sustentar a concepção contratualista de interesse social como critério de comportamento dos administradores. Não era possível descartar, sem mais, os interesses dos trabalhadores.”¹²

Na doutrina brasileira, o interesse social – advertem Lamy Filho e Bulhões Pedreira – não é um interesse superior “a ser descoberto pelo juiz e capaz de anular a deliberação social, mesmo unânime”¹³, mas também não se limita aos interesses particulares dos sócios “dizendo respeito também aos interesses dos trabalhadores, da comunidade e da própria economia como um todo. [...] Muito mais coerente, nesse particular, é a teoria institucionalista do direito da empresa acionária, que identifica os distintos interesses que confluem em torno da companhia, procurando harmonizá-los.”¹⁴

Assim, o interesse social poderia ser aquele determinado pela maioria dos sócios em busca da realização da finalidade

¹¹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*. Almedina: Coimbra, 1996, p. 225 e págs. 230/232

¹² COUTINHO DE ABREU. José Manuel. “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”. *Reformas do Código das Sociedade*. Almedina: Coimbra, 2007, págs. 33/35.

¹³ LAMY FILHO, Alfredo. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.: Pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, vol. 2. P. 238.

¹⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembléias de S.A.* São Paulo: Malheiros, 1993, p. 51.

social “que engloba tanto a atividade, que é o ramo empresarial da sociedade, quanto o fim, que é o lucro por meio da maximização dos investimentos realizados – respeitados os diversos interesses em torno da sociedade (trabalhadores, comunidade, etc), enfim, realizar o objeto social e cumprir sua função social”.¹⁵

Afinal, o que é e como se caracteriza o “interesse social” de uma empresa? Talvez o célebre *case* francês possa dar um direcionamento. Trata-se do célebre julgamento do Tribunal de Comércio que – em nome do interesse social de uma empresa francesa - assegurou o cumprimento de um contrato para fabricação de reboques de caminhão destinados à exportação para a República Popular da China, cujo rompimento – por razões políticas - havia sido determinado pela controladora da empresa francesa, uma empresa americana. O rompimento do contrato causaria sérios danos à empresa francesa, desemprego e outros efeitos.¹⁶

¹⁵ SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A: business judgment rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 25

¹⁶ O caso está assim relatado: “Tratava-se da subsidiária francesa da companhia norte-americana *Fruehauf*, que havia firmado com outra sociedade francesa um importante contrato para fabricação de reboques de caminhão, destinados à exportação para a República Popular da China. Um ano após a celebração do contrato, a sociedade norte-americana controladora decide desfazer o negócio, alegando pressões políticas, e dá ordem aos administradores da subsidiária para tomarem as medidas necessárias nesse sentido. Diante da recusa da co-contratante em operar o distrato, só restava a solução do inadimplemento, acarretando a resolução com perdas e danos de elevado montante. Inconformados, os administradores de *Fruehauf-France*, representando os acionistas minoritários franceses, requereram ao Tribunal de Comércio que nomeasse um administrador judicial para gerir, temporariamente, os negócios da sociedade, a fim de executar o contrato em causa, o que foi deferido. Confirmando a decisão em grau de recurso, o tribunal de segunda instância declarou que um administrador judicial podia e devia substituir os órgãos administrativos de uma sociedade anônima, em circunstâncias excepcionais, em atenção ao interesse da empresa, cujo equilíbrio financeiro e crédito no mercado seriam gravemente comprometidos com a resolução contratual, suscetível de arruiná-la definitivamente e de provocar a dispensa de mais de seiscentos empregados”. COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima* / Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 370.

Nessa mesma perspectiva a jurista portuguesa Catarina Serra para quem os administradores deveriam abster-se de realizar o interesse dos sócios “quando isso implique um sacrifício desproporcionado (eticamente intolerável) dos interesses dos outros *stakeholders*”.¹⁷

PREVISÕES LEGAIS SOBRE *INTERESSE SOCIAL* EM PORTUGAL

Em Portugal, talvez a mais célebre (e controvertida) referência ao interesse social foi criada pelo artigo 64º do código português das sociedades comerciais¹⁸ que instituiu os chama-

¹⁷ A autora assim se expressa: “Pressupõe-se, por um lado, que o interesse social tem como coeficientes os interesses de longo prazo dos sócios. Pressupõe-se, por outro lado, que entre o interesse social e os interesses dos *stakeholders* (sócios e outros) existe uma relação de instrumentalidade, ou seja, que a satisfação dos interesses dos *stakeholders* favorece a realização do interesse social. Nem sempre, porém, os interesses dos *stakeholders* estão alinhados ou é possível conciliá-los. Havendo absoluta incompatibilidade entre os interesses dos sócios e os interesses dos restantes *stakeholders* devem prevalecer, em princípio, os interesses dos sócios (dado que, como se disse, os administradores devem obediência ao interesse social e os interesses dos sócios são índices deste). Num único caso devem os administradores abster-se de realizar o interesse dos sócios: quando isso implique um sacrifício desproporcionado (eticamente intolerável) dos interesses dos outros *stakeholders*. O comportamento é devido – devido não realmente por causa do Direito, mas sim porque é *condição de legitimidade* para o exercício das actividades económicas. Utilizando recursos que são da colectividade, a empresa necessita de ter (obter e manter) o seu consentimento, o que equivale a tornar a sua actividade vantajosa para os membros da colectividade ou, pelo menos, a evitar que ela se torne indesejável (por excessivamente penosa) para eles ou alguns deles. [...] os administradores têm o dever de ponderar cuidadosamente os interesses envolvidos nas suas decisões de forma a que, não sendo possível uma solução compatível com todos, consigam, pelo menos, evitar que a satisfação dos interesses dos sócios seja perseguida para lá daquilo que é eticamente admissível ou razoável, isto é, seja obtida com o sacrifício intolerável ou desproporcionado de algum dos interesses dos outros grupos de sujeitos. Devem orientar-se, na sua actuação, pelo princípio ‘as sociedades não devem causar (ou devem causar a mínima) perturbação’ (*corporations should do no harm*)”. SERRA, Catarina. “Entre *Corporate Governance* e *Corporate Responsibility*. Deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’. *Congresso Direito das Sociedades em revista, I, Lisboa, 2010*. Almedina: Coimbra, 2010, págs. 245/246 e 248/249

¹⁸ Artigo 64.º. Deveres fundamentais. 1 - Os gerentes ou administradores da socie-

dos deveres fundamentais dos gerentes e administradores da sociedade, impondo-lhes deveres de cuidado segundo o qual devem atender “aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando¹⁹ os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.” (nº 1, letra “b”).

Em outras passagens, o código português também reconhece a existência de um interesse social, como se verifica, por exemplo, na autorização concedida ao contrato social para “subordinar a transmissão de acções nominativas e a constituição de penhor ou usufruto sobre elas à existência de determinados requisitos, subjectivos ou objectivos, que estejam de acordo com o *interesse social*” (art. 328º, 2, letra “c”)²⁰ ou, ainda, na possibilidade de recusar o consentimento para a transmissão de acções “com fundamento em qualquer *interesse relevante da sociedade*, devendo indicar-se sempre na deliberação o motivo

dade devem observar: a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores. 2 - Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade. Redação aprovada pelo Decreto-Lei nº 262/86, de 2 de Setembro, na versão consolidada, publicada pelo Decreto-Lei nº 76-A/2006 de 29 de Março. Disponível em < <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/docs-legislacao/codigo-das-sociedades/downloadFile/file/soc.pdf>>. Acesso em 21/01/2013

¹⁹ Para Carneiro da Frada o interesse social não é absoluto. “Caso ele devesse prevalecer invariavelmente sobre os demais, a lei não mandava ponderar estes últimos”. FRADA, Manuel A. Carneiro da. “A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”. *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. III, Coimbra Editora: Coimbra, 2007, p. 222

²⁰ Artigo 328.º (Limitações à transmissão de acções) [...] 2 - O contrato de sociedade pode: [...] b) Estabelecer um direito de preferência dos outros accionistas e as condições do respectivo exercício, no caso de alienação de acções nominativas; Disponível em < <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/docs-legislacao/codigo-das-sociedades/downloadFile/file/soc.pdf>>. Acesso em 21/01/2013

da recusa” (art. 329º, 2).²¹

O código português também autoriza a assembléia geral que deliberar pelo aumento de capital, “limitar ou suprimir o direito de preferência dos accionistas, desde que o *interesse social* o justifique (art. 460º, 2).²²

Embora Oliveira Ascensão tenha aludido que o citado artigo 64º “abriria um caminho promissor” para a visão institucionalista da empresa,²³ Mário Leite Santos concorda, em parte, com essa visão, reconhecendo que o citado dispositivo legal “é uma inovação legislativa de feição marcadamente institucionalista”, mas “suceptível de promover embaraços na aplicação dos factos”.²⁴ Nessa perspectiva da dificuldade de aplicação do dispositivo legal registre-se, aqui, as duras críticas feitas por Coutinho de Abreu quanto ao alcance da expressão “trabalhadores, clientes e credores” contida no citado artigo 64º, aliena I, letra “b” que se revela como uma expressão de “retórica normativa balofa e potencialmente desresponsabilizadora dos administradores”, pois, se os administradores não ponderaram os interesses previstos no citado dispositivo legal “a que *sanções* ficam sujeitos? E *quem pode requer* a aplicação de sanções?”²⁵

Mas o jurista português vai além e analisa individual-

²¹ Artigo 329.º (Concessão e recusa do consentimento) [...] 2 - Quando o contrato não especificar os motivos de recusa do consentimento, é lícito recusá-lo com fundamento em qualquer interesse relevante da sociedade, devendo indicar-se sempre na deliberação o motivo da recusa. Disponível em < <http://www.irm.mj.pt/sections/irm/legislacao/docs-legislacao/codigo-das-sociedades/downloadFile/file/soc.pdf>>. Acesso em 21/01/2013

²² Artigo 460.º (Limitação ou supressão do direito de preferência). 2 - A assembleia geral que deliberar o aumento de capital pode, para esse aumento, limitar ou suprimir o direito de preferência dos accionistas, desde que o interesse social o justifique. Disponível em < <http://www.irm.mj.pt/sections/irm/legislacao/docs-legislacao/codigo-das-sociedades/downloadFile/file/soc.pdf>>. Acesso em 21/01/2013

²³ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Obra citada*. p. 54

²⁴ SANTOS, Mário Leite. *Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas Sociedades Anónimas*. Edições Cosmos: Lisboa, 1996, p.35

²⁵ COUTINHO DE ABREU. José Manuel. “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”. *Obra citada*. págs. 39/40.

mente a ponderação entre os interesses dos sócios e os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade. Quanto aos:

(i) *credores*, sustenta que o cumprimento pela sociedade dos seus deveres legais e contratuais já seria suficiente para o atendimento dos interesses dos credores, sendo desnecessária essa referência em um preceito legal relativo a deveres dos administradores;²⁶

(ii) *clientes*, indaga se e como os administradores deveriam vender por 95, um produto que poderia ser vendido com lucro razoável por 100;²⁷

(iii) *trabalhadores*, faz uma análise das decisões que poderiam ser tomadas pelos administradores em situações de empresas com prejuízos, com pouca lucratividade e com lucratividade: “se uma maior satisfação dos interesses dos sócios impli-

²⁶ O autor assim se expressa: “Causa perplexidade a referência (no art. 64º, 1, b) aos *interesses dos credores*, enquanto “sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade”. Os credores, enquanto tais (sujeitos a quem a sociedade deve), são importantes para a manutenção e desenvolvimento da sociedade? E não basta, para a tutela dos credores, o cumprimento pela sociedade dos específicos deveres legais e contratuais – sendo ainda necessária aquela referência em um preceito relativo a deveres geral-indeterminados? [...] Bom, poderá retorquir-se que os administradores não devem desenvolver políticas societárias de curto prazo (ganhar depressa para depressa distribuir pelos sócios), pois isso poderia comprometer a satisfação de créditos (*maxime*, de longo prazo). Porém, o estímulo a políticas em prol da rentabilidade duradoura da sociedade não está já na 1ª parte da AL. B) do nº I do art. 64º? *Obra citada*, p. 40.

²⁷ Para o autor: “As sociedades para se manterem e desenvolverem, têm, naturalmente, de ganhar e conservar *clientes*. Hão-de-elas, por isso, proporcionar produtos que satisfaçam as necessidades dos clientes (ou que eles pensam ser suas necessidades). [...] Uma sociedade, vende bem (e com lucro razoável) os produtos que fabrica ao preço de 100. Se vender a 95, venderá um pouco mais, mas terá lucros menores. É dever dos administradores, atendendo aos interesses dos clientes, fixarem o preço em 95? Parece que não... Para maior satisfação dos interesses dos clientes, os produtos poderiam ser melhorados com componentes proporcionando maior segurança na utilização; isso implicaria aumento do preço de custo que, se repercutido no preço de venda, provocaria grande redução do volume de negócios; mas, mantendo-se o preço de venda em 100, os lucros continuariam razoáveis (apesar de menores). É dever dos administradores decidirem aquela melhora dos produtos? Não parece....” *Obra citada*, págs. 40/41.

car despedimentos ou agravamento das condições de trabalho, como deve decidir a administração? indaga o jurista. Após criteriosa análise de cada uma das situações levantadas, conclui que o citado artigo 64º é um “*institucionalismo moderado e inconseqüente*”: os interesses dos sócios pesam muito mais, a falta de (ou deficiente) ponderação dos interesses dos não-sócios praticamente não tem sanção” porque os trabalhadores, ao contrário dos sócios “*não podem evidentemente contrariar decisões dos administradores através de deliberações suas, nem podem destituí-los* (mesmo havendo justa causa) *nem responsabilizá-los* por danos causados à sociedade (quando se considere ter havido danos – por v.g., a desmotivação dos restantes trabalhadores ter provocado baixas produtividade)”²⁸

Para Luís Brito Correia - o autor da inclusão dessa expressão no artigo 64º - a idéia era apenas de expressar que a finalidade a ser perseguida pela sociedade é o interesse resultante da conjugação dos interesses dos sócios e dos trabalhadores, ou seja, um *interesse social* que inclua o interesse dos sócios, dos demais credores sociais e da comunidade.²⁹

²⁸ O autor examinou as seguintes situações: “1) o sector empresarial origina perdas e=ou não produz lucros; não há expectativas razoáveis de vir a ser lucrativo, nem da sua relação com outros sectores da empresa social resultam sinergias apreciáveis. Nestes casos, embora a empresa (globalmente considerada) se mantenha lucrativa, a administração optará naturalmente (e em certas circunstâncias internas ou externas à empresa deverá mesmo optar) por satisfazer os interesses dos sócios, eliminando postos de trabalho (na avaliação do ‘interesse da sociedade’ prevalecerão os ‘interesses dos sócios’). 2) O sector empresarial é – mas pouco – lucrativo (a taxa de lucro é mais ou menos equivalente à taxa de juro proporcionada pelos empréstimos obrigacionistas ao Estado) e não há perspectivas de os lucros aumentarem. Também em casos destes, perante o conflito de interesses – uns reclamando a eliminação ou redução dos postos de trabalho, outros a sua manutenção – os administradores tenderão naturalmente (com o beneplácito da larga maioria dos ‘especialistas’) a dar preferência aos interesses dos sócios. 3) O sector empresarial é consideravelmente lucrativo (a taxa de lucro é de 10 ou 12%), mas uma drástica redução do pessoal faria aumentar a taxa de lucro para 15%. Em face do prescrito no art. 64º, parece que a administração deve manter os postos de trabalho (atender aos interesses dos sócios e ponderar os interesses dos trabalhadores implicará que a harmonização de ambos exija aquela manutenção”. *Obra citada*, págs. 44/46

²⁹ CORREIA, Luís Brito. *Direito Comercial*. 2º vol. Associação Académica da

Após fazer um minucioso estudo a respeito da origem da inclusão da expressão “interesses dos trabalhadores” no citado dispositivo legal, Menezes Cordeiro alerta que a sua fonte teve por inspiração a 5ª Diretiva do Direito das Sociedades da União Européia (Direito das Sociedades)³⁰ e que esse “afã europeísta” poderia não ser adequado para a realidade portuguesa. Ao se manifestar em breves notas que redigiu à consulta pública nº 1/2006 da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários - CMVM daquele País, o jurista alertou que “O Direito das sociedades português notabiliza-se, entre outros aspectos, por ter transposto directrizes ... que nem chegaram a ser aprovadas: pense-se na 5ª Directriz”.³¹

Ao que tudo indica, a doutrina portuguesa está longe de chegar a um consenso em torno do *interesse social* de uma empresa, embora seja ponto comum entre os doutrinadores as dificuldades para a aplicação e as condições práticas para o reconhecimento e ponderação dos “os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

PREVISÕES LEGAIS SOBRE *INTERESSE SOCIAL* NO BRASIL

No Brasil, o interesse social da empresa também é amplamente reconhecido na lei de sociedades por ações, como se verifica, por exemplo, ao dispor que o acionista deve exercer o

Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 1989, p. 49.

³⁰ O jurista esclarece, ainda, que essa inserção aos “interesses dos trabalhadores” também teve inspiração no direito alemão onde vigora, com sucesso, o sistema de co-gestão dos trabalhadores introduzida naquele país após a 2ª guerra mundial. *Obra citada*, págs. 460/462.

³¹

Disponível

em

<<http://www.cmvm.pt/CMVM/Consultas%20Publicas/Cmvm/Documents/a7d978c231d54a7ba40b88ec5d24a693AntonioMenezesCordeiro.pdf>> Acesso em 05/02/2012.

direito a voto no “*interesse da companhia*” (art. 115);³² e ao caracterizar como modalidade de exercício abusivo de poder, quando o acionista controlador promove (i) alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o “*interesse da companhia*” (art. 117, § 1º, letra “c”) ou (ii) a ratificação, pela assembléia-geral, de ato ilegal praticado por administrador da companhia contra o “*interesse da companhia*” (art. 117, § 1º, letra “e”).³³

³² Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em 21/01/2013.

³³ Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade. h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador. § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404_compilada.htm>. Acesso em

A lei também impõe ao administrador o dever de exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem no “*interesse da companhia*” (art. 154) e veda a sua atuação na defesa do interesse dos acionistas que o elegeram em detrimento dos “*interesses sociais*” (art. 154, § 1º).³⁴ O administrador também poderá recusar-se a divulgar fato relevante se entender que sua divulgação colocará em risco “*interesse da companhia*” (art. 157, § 5º).³⁵

Finalmente, a lei faculta ao juiz reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao “*interesse da companhia*” (art. 159, § 6º);³⁶ o juiz também deverá decidir no “*interesse da companhia*” em caso de empate na votação numa decisão assemblear e desde que ausentes critérios de desempate. (art. 129, § 2º).³⁷

21/01/2013.

³⁴ Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. § 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em 21/01/2013.

³⁵ Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. [...] § 5º Os administradores poderão recusar-se a prestar a informação (§ 1º, alínea e), ou deixar de divulgá-la (§ 4º), se entenderem que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia, cabendo à Comissão de Valores Mobiliários, a pedido dos administradores, de qualquer acionista, ou por iniciativa própria, decidir sobre a prestação de informação e responsabilizar os administradores, se for o caso. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em 21/01/2013.

³⁶ Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. [...] § 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em 21/01/2013.

³⁷ Art. 129. As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas

Os exemplos acima citados demonstram que os administradores devem conduzir os negócios tendo em vista o interesse da companhia, pois, ao proteger o interesse da companhia, a lei das sociedades por ações estabeleceu “uma série de limites, objetivando impedir que os direitos e poderes por ela outorgados aos acionistas e administradores sejam diretamente direcionados ao atendimento de seus interesses particulares.”³⁸

Numa certa visão institucionalista do interesse social, o artigo 7º, inciso XI, da constituição brasileira³⁹ assegurou aos trabalhadores o direito à participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. Apesar se de tratar de norma constitucional de “cunho programático”⁴⁰ dependente de legislação infraconstitucional, a literatura jurídica notícia que algumas companhias brasileiras já possuem dispositivos prevendo a participação dos empregados no conselho de administração.⁴¹

No âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do

em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco. [...] § 2º No caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembléia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404_compilada.htm>. Acesso em 21/01/2013.

³⁸ EIZIRIK, Nelson *et all.* *Mercado de Capitais Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 423

³⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 21/01/2013.

⁴⁰ Preferimos adotar essa expressão “norma constitucional de cunho programático” ao invés de “norma programática” pelas razões expostas em SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, páginas 292/294.

⁴¹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 241.

capital social com direito a voto, a Lei 12.353/2010 instituiu “a participação de representante dos empregados nos conselhos de administração”, criando autêntico sistema de votação em separado para a eleição do representante dos empregados pelos seus pares.⁴²

A lei também define regra de conflito de interesse para o conselheiro-empregado quando se tratar de deliberação do conselho de administração relativa a interesse dos empregados da companhia, estabelecendo que o conselheiro de administração representante dos empregados não participará das discussões e deliberações sobre esses assuntos.⁴³ Trata-se de nítida regra de conflito formal de interesse considerando que a simples posição de empregado da companhia cria a situação de conflito e impede o direito ao voto.

Disso resulta que a co-gestão, com a presença dos empregados nos órgãos de administração da companhia não terá sentido quando se tratar de assuntos relacionados aos interesses dos empregados - mesmo que se tenha criado a regra do conflito formal de interesses do artigo 2º, § 3º, da Lei 12.353/2010, antes citado – porque embora a lei admita a restrição ao “direito ao voto” não é possível limitar e/ou suprimir o “direito de voz” inerente ao participante de qualquer órgão deliberativo, como ocorre, por exemplo, com as ações preferenciais que po-

⁴² BRASIL. Lei 12.353/2010 Art. 2º Os estatutos das empresas públicas e sociedades de economia mista de que trata esta Lei deverão prever a participação nos seus conselhos de administração de representante dos trabalhadores, assegurado o direito da União de eleger a maioria dos seus membros. § 1º O representante dos trabalhadores será escolhido dentre os empregados ativos da empresa pública ou sociedade de economia mista, pelo voto direto de seus pares, em eleição organizada pela empresa em conjunto com as entidades sindicais que os representem.

⁴³ BRASIL. Lei 12.353/2010: Art. 2º [...] § 3º Sem prejuízo da vedação aos administradores de intervirem em qualquer operação social em que tiverem interesse conflitante com o da empresa, o conselheiro de administração representante dos empregados não participará das discussões e deliberações sobre assuntos que envolvam relações sindicais, remuneração, benefícios e vantagens, inclusive matérias de previdência complementar e assistenciais, hipóteses em que fica configurado o conflito de interesse.

dem ter restrições ao direito de voto (conforme artigo 111, da Lei 6404/76), mas o seu titular, como acionista, terá o “direito de voz” nas deliberações assembleares, podendo, assim, participar ativamente dos debates e tentar influenciar a decisão.

Porém, a participação dos trabalhadores na administração das empresas brasileiras, como regra, é algo um tanto distante pela característica comum na maioria das sociedades anônimas: a presença de um acionista controlador, o qual – na literal expressão da lei - efetivamente utiliza o seu poder de voto para eleger a maioria dos administradores da companhia e para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.⁴⁴

Ao que tudo indica a lei brasileira não consagrou a teoria contratualista como objetivo de atuação dos acionistas e administradores, conforme se verificou nos diversos dispositivos antes referidos, mas também fracassou na adoção da teoria institucionalista porque ao utilizar a expressão “interesse da companhia” não deixou claro – à exemplo do art. 64º do código de sociedades comerciais de Portugal – que nas decisões devem ser ponderados outros interesses, como referido na lei portuguesa. Ademais a ausência de mecanismos eficazes para o cumprimento dos interesses das demais partes envolvidas resulta – na expressão cunhada por Coutinho de Abreu e já referida neste trabalho – num “*institucionalismo moderado e inconseqüente*”.

CONCLUSÕES

⁴⁴ “No plano das consequências econômico-jurídicas, a co-participação germânica tem sido criticada por literatura de forte viés neoclássico. Estudos de *corporate governance* enumeram quatro características negativas dos órgãos de representação: grande tamanho (enquanto seriam desejáveis órgãos compostos de número reduzido de representantes, com subcomitês especializados); encontros pouco frequentes; pequeno fluxo de informações e altos índices de conflitos de interesses. As principais conseqüências desse conjunto de fatores seriam a vagarosidade e burocratização das decisões e aumento de custos para a empresa.” COMPARATO, Fabio Konder. *Obra citada*, p. 375.

Vimos que a noção de *interesse social* não é pacífica na doutrina portuguesa, tanto em face da “velha” como da “nova” redação do artigo 64º do código das sociedades comerciais.⁴⁵ Na análise do *interesse social*, a teoria institucional defende a existência de um interesse da empresa, representado pela *ponderação* dos interesses dos sócios, dos empregados e das demais partes interessadas e, ao contrário, a teoria contratual sustenta que esse interesse se resume ao interesse exclusivo dos sócios.

Os contratualistas se identificam com a visão da empresa como “coisa dos sócios”, e, por isso, asseguram, por exemplo, “a absoluta autonomia da Assembléia Geral para definir o interesse social e a organização interna”. Inspirada nos ideais da Revolução Francesa, (aliás há expressa previsão legal do *Code de Commerce* de 1807), essa teoria admite, inclusive, que os controladores podem “definir livremente não só o interesse social, mas a própria organização societária interna”.⁴⁶

Mas o funcionamento da empresa assume grande relevância social em um sistema econômico capitalista, dado o seu relevante papel como instrumento de transformação e realização dos interesses comunitários, daí porque a teoria institucionalista – apesar das vicissitudes e contradições apontadas pela doutrina portuguesa - muito se aproxima da idéia de função social da empresa.

A geração e a circulação de riquezas produzidas pela empresa (via arrecadação tributária) financiam as políticas públicas executadas pelo Estado de proteção à vida (segurança pública) e de assistência à saúde (gratuidade do tratamento médico, com a construção de hospitais públicos e o fornecimento

⁴⁵ MAGALHÃES, Vânia Patricia Filipe. “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres e interesse social. *Revista de Direito das Sociedades*. Ano I, 2, Almedina: Coimbra, 2009, p 409.

⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. “Sociedade anónima: interesse público e privado”. *Revista de Direito Mercantil*, vol. 127, pp. 10-20.

gratuito de medicamentos), merecendo destaque, assim, essa *dimensão positiva* da função social da empresa.

Dificultar a liberdade dos acionistas e administradores em nome da *dimensão restritiva* da função social da empresa pode acarretar sérias dificuldades para o funcionamento da empresa e corre-se o risco do “tiro sair pela culatra”, porque uma empresa em dificuldade não pagará tributos criando-se um *círculo vicioso*. O direito deve promover um *circulo virtuoso* no relacionamento entre o Estado e as empresas, estimulando o desenvolvimento econômico e social.

Por derradeiro, poder-se-ia, inclusive, falar em *interesse social iluminado*⁴⁷ e a sua relação com a governança corporativa e com a responsabilidade social empresarial, mas isto é tema para a próxima pesquisa na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa que o autor pretende realizar em 2014.



⁴⁷ SERRA, Catarina. *Obra citada*, págs. 244/258.