

Espaço Discente

DEVER DO ADMINISTRADOR DE S/A DE AGIR CONFORME O INTERESSE SOCIAL¹

MARCELO BARBOSA SACRAMONE

I – A origem das sociedades comerciais. II – A comunhão de interesses como fundamento do ente coletivo. III – A distinção entre vontade geral e vontade de todos. IV – A incompletude do contrato associativo e a necessidade do governante. V – O dever do administrador de agir conforme a vontade geral.

I – A origem das sociedades comerciais

A existência de sociedades comerciais, em sua forma mais arcaica e rudimentar, remonta aos primórdios da civilização. A sociedade é formada como solução a uma carência humana, como meio de suprir a deficiência de um indivíduo, o qual não possuiria isoladamente todas as condições e capacidades para realizar uma determinada atividade ou alcançar um específico objetivo.

Já na antiguidade romana as sociedades ocupavam relevância no contexto social. As *societates publicanorum*, como exemplo, eram constituídas à época para explorarem atividades ligadas ao Poder Público, como a arrecadação de impostos e a execução de serviços e obras públicas.

A constituição de patrimônio próprio separado do patrimônio dos sócios, entretanto, somente começou a se delinear a partir da Idade Média. Segundo Vivante, a concepção de entes coletivos aos quais a

lei atribui personalidade jurídica, autônoma em relação à de seus membros, possibilitando-os tornarem-se titulares de direitos e sujeitos de obrigações na ordem jurídica, é uma conquista do direito medieval italiano. Teria o direito romano somente regulado os efeitos do contrato de sociedade, não formando um conceito geral de patrimônio separado administrado pelos sócios.²

O primeiro normativo a regular os direitos dos sócios e sua responsabilidade pelas obrigações comuns foi o *Editto di Rotari*, baseado no direito consuetudinário e instituído em 643 durante a invasão dos lombardos à Itália.³ O normativo explicita o papel das sociedades fraternais como germe das sociedades em nome coletivo modernas.

As sociedades medievais eram baseadas no vínculo sanguíneo, com o escopo de possibilitar aos herdeiros prosseguirem com os negócios do falecido, viabilizando

1. Trabalho apresentado pelo autor, na cadeira de "Ética no Mundo Moderno", do programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, sob a regência do Prof. Dr. Ari Marcelo Sólón, 2009.

2. C. Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. II, 5ª ed., Milão, Dr. Francesco Vallardi, 1935, pp. 5-6.

3. M. Montanari, "Medioevo del Diritto: all'origine delle società personali", in *Rivista delle Società*, f. 5-6, Milão, Giuffrè, 1988, p. 1.286.

à coletividade familiar a exploração em comum dos bens hereditários indivisos.⁴ Estruturavam-se na comunhão dos que moravam à mesma casa, dos que sentavam ao redor da mesma mesa e comiam do mesmo pão – *ad unum panem et vinum* – como símbolos da filiação de um indivíduo a uma família.⁵

Com fulcro no vínculo real da indivisibilidade do patrimônio, o normativo regulava, no § 167, a solidariedade ativa entre os diversos membros ao disciplinar o regime dos bens na sociedade de irmãos após a morte do genitor e a passiva, no § 247, ao obrigar os herdeiros a responder solidariamente e ilimitadamente pelas obrigações contraídas pelo chefe da família.⁶

A partir do ano 1000, o fim das invasões bárbaras proporcionou a retomada do crescimento demográfico, o que, aliado ao retorno do tráfico marítimo e do comércio de bens com o Oriente que reintroduziu o uso do dinheiro como forma de negociação, provocou a migração de colonos feudais para os novos centros de trocas, as cidades.

Visando ao auxílio recíproco e ao aumento de poder para contrapor-se ao bispo ou conde que regia a cidade, esses novos cidadãos passam a se associar, formando as denominadas *societates*, *conjuraciones* ou *fraternitates*. A pouca disseminação da cultura na estrutura feudal, no entanto, fez com que as associações dos antigos servos da gleba se estruturassem nos mesmos princípios consuetudinários vigentes até então.⁷

O vínculo volitivo sucede assim o sanguíneo, mas as sociedades formadas entre artesãos e mercadores continuam a se basear na forma consagrada das asso-

ciações familiares ou parentais. A solidariedade pelos atos realizados por um sócio, logo, não poderia se fundar mais na indivisibilidade do patrimônio, passando a se basear na utilidade comum a que eram endereçados os atos.⁸ Em outras palavras, qualquer pessoa que frequentar o mesmo local de trabalho e dividir as mesmas ferramentas deve responder pelas obrigações contratadas no interesse do grupo.⁹

Apesar de sua origem primitiva poder voltar-se à corresponsabilidade do núcleo familiar, é com o pacto social que a solidariedade se afirma. A solidariedade pressupõe um sujeito unificado e, assim, um vínculo único não obstante a pluralidade de devedores. Ela decorre da unicidade do vínculo garantido pela destinação do patrimônio.¹⁰

Prevaleceria, então, o vínculo familiar como origem, mas juridicamente passa a ser sobre o contrato de sociedade, com os elementos característicos de manifestação volitiva, que se fundamentam os limites dos direitos e das obrigações.¹¹

II – A comunhão de interesses como fundamento do ente coletivo

A diferença entre a criação da sociedade comercial através de um contrato plurilateral e a criação do Estado revela-se ser mais de natureza quantitativa que qualitativa.

Rousseau sustenta que o estado primitivo cessa quando os obstáculos danificadores de conservação do homem no estado natural superam a força que o indivíduo

8. V. Scialoja, "Sull'origine delle società commerciali", in *Saggi di Vario Diritto*, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1927, pp. 229-230.

9. M. Montanari, "Medioevo del Diritto...": ob. cit., p. 1.303.

10. A. Brunetti, *Trattato del Diritto delle Società*, Milão, Giuffrè, 1946, pp. 432-433.

11. L. Goldschmidt, *Storia Universale del Diritto Commerciale*, Turim, Editrice Torinese, 1913, p. 225.

4. G. Cottino, *Diritto Commerciale*, vol. 1, Pádua, Cedam, 1976, p. 327.

5. W. Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 1961, p. 338.

6. M. Montanari, "Medioevo del Diritto...": ob. cit., p. 1.291.

7. M. Montanari, "Medioevo del Diritto...": ob. cit., p. 1.299.

pode empregar para se conservar. O Estado é criado para que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, de modo que, unindo-se cada um a todos, o indivíduo não obedeça senão a si mesmo e fique tão livre como antes.¹²

Neste ponto, assim como a sociedade comercial, o Estado surge de uma carência do indivíduo que não pode por seus recursos, ou seja, por sua própria força, conservar seus bens e sua própria sobrevivência diante de outras pessoas. O ente coletivo surge para suprir essa deficiência individual unindo os esforços de todos os membros para o objetivo comum.

Nesse contexto, há o sacrifício dos primitivos direitos e da liberdade natural em prol de toda a comunidade. Como o sacrifício é de todos e, como todo membro adquire o mesmo direito que foi cedido, adquire-se o equivalente de toda a liberdade cedida e mais a força coletiva para a conservação da pessoa e dos bens. Em suma, “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo”.¹³

Segundo Rousseau, “a primeira e mais importante consequência dos princípios até aqui fundamentados é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum, pois, se a discordância dos interesses particulares tornou necessária a fundação das sociedades, a harmonia desses interesses a possibilitou. Eis o que há de comum nos diversos interesses que formam o laço social, e não existiria sociedade alguma a não haver ponto em que os interesses concordem. Ora, é somente nesse comum interesse que deve ser governada a sociedade”.¹⁴

Nas sociedades comerciais, de maneira correlata, os sócios membros cedem parte de sua liberdade de livremente dispor, usar e gozar de parcela de bens de sua propriedade e, em contrapartida, tornam-se coproprietários de uma universalidade de bens integrante do capital social.

Mas o ato constitutivo da sociedade não se perfaz unicamente com a integração das ações com a entrega de bens, em contrapartida à aquisição de parte ideal da *universitas rerum* formada, como em um contrato bilateral típico. Embora cada membro possua interesses contrastantes em relação aos demais, à semelhança de um negócio jurídico de permuta, a relação se forma em decorrência de um fim comum que não se identifica com a função típica do contrato. Esse fim comum prende-se à atividade ulterior ao qual o contrato plurilateral é destinado, unificando os vários participantes numa mesma relação e determinando o alcance dos deveres e obrigações de cada qual.¹⁵

Pode-se dizer que o contrato plurilateral assume uma função meramente instrumental. Sua função não se extingue pela realização das obrigações dos contraentes, e a consequente constituição da sociedade, como de resto ocorre nos contratos de permuta. Conforme assevera Ascarelli, “a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior”.¹⁶

A pessoa jurídica seria concebida a serviço dos sócios, como ponto de referimento da comunhão de seus interesses. São os sócios, com a união de seus esforços e capitais para lograrem a vontade geral, que

12. J. J. Rousseau, *Do Contrato Social*, São Paulo, Martin Claret, 2002, p. 31.

13. J. J. Rousseau, ob. cit., p. 32.

14. J. J. Rousseau, ob. cit., p. 39.

15. T. Ascarelli, “O contrato plurilateral”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 272.

16. T. Ascarelli, “O contrato plurilateral”, ob. cit., p. 272.

constituem propriamente o substrato material ao qual se sobreporá a personalidade jurídica.

III – A distinção entre vontade geral e vontade de todos

A vontade geral que fundamentou o ente coletivo quer na concepção do Estado quer na da sociedade comercial, não pode ser confundida com a vontade de todos.

Rousseau ressalva a distinção entre a vontade geral e a vontade de todos. Enquanto a vontade geral só fita o interesse comum, a vontade de todos só vê o interesse, e não é mais que uma soma de vontades particulares. “Porém, quando se tira dessas vontades as mais e as menos, que mutuamente se destroem, resta por soma das diferenças a vontade geral”.¹⁷

Essa distinção deve ser regularmente apreendida.

De fato, a vontade geral não é tida como simples vontade comum. Deve haver a desconsideração de interesses que, embora detidos pelos membros, são estranhos à sociedade. Por essa razão, mesmo que o interesse *uti individui* seja comum a todos os membros, condizente com a condição individual de cada pessoa e não com a sua específica posição de sócio ou cidadão, esse interesse comum será considerado um interesse extrassocial, e, destarte, não apto à formação da vontade geral.

Essa distinção alcança extrema relevância prática nas pequenas sociedades comerciais, mormente as de cunho familiar. Conforme ilustrado por Jaeger, o interesse coletivo dos acionistas na sociedade familiar pode ser o formado pelos interesses dos sócios enquanto membros da família, e não enquanto participantes da sociedade.¹⁸

O fundamento da consideração de um interesse social como interesse típico e específico reside no próprio contrato, quer plurilateral ou social, como forma de ato constitutivo. O contrato de organização pressupõe a comunhão de esforços para lograr a satisfação de uma finalidade comum. Como vimos, foi essa finalidade comum que fez com que convergissem os interesses contrapostos, não paralelos dos sócios. É esse interesse voltado à consecução do objetivo comum, e que une os sócios desde a constituição até o desenvolvimento do ente coletivo, que deve ser considerado como interesse social.

Nesse sentido, Ascarelli determina que é somente enquanto voltado à busca do comum interesse que o voto integra a deliberação sujeita à regra majoritária; é somente nos limites de seus interesses como sócios que os acionistas são sujeitos à deliberação da maioria. Seria unicamente possível ao acionista inspirar-se no seu interesse extrassocial quando este coincidir com o interesse comum da sociedade, pois que somente este justifica o sacrifício pelos outros sócios de seus respectivos interesses extrassociais.¹⁹

Deste modo, a sociedade como instrumento-técnico origina-se de uma comunhão voluntária de interesses a alcançar o objetivo comum que motivou os sócios a contratarem, distinguindo em cada membro uma esfera de interesses pertencentes a essa comunhão e uma esfera de interesses relevante unicamente ao indivíduo.

A vontade coletiva ou interesse social emergiria dessa comunhão. Caracterizar-se-ia como o interesse coletivo dos sócios *uti socii*, enquanto sócios, sendo considerados interesses extrassociais, e não pertinentes, todos os demais interesses dos contratantes que não imbricados na persecução do escopo comum.

17. J. J. Rousseau, ob. cit., p. 41.

18. P. G. Jaeger, *L'Interesse Sociale*, Milão, Giuffrè, 1972, p. 87.

19. T. Ascarelli, “Interesse sociale e interesse comune nel voto”, in *Studi in Tema di Società*, Milão, Giuffrè, 1952, p. 166.

IV – *A incompletude do contrato associativo e a necessidade do governante*

Verificamos que a constituição do ente coletivo tem por finalidade exatamente a consecução do interesse comum que fez convergir todos os outros interesses contrapostos dos sócios. É esse interesse comum dos membros contratantes que, como concluímos, deve orientar toda a persecução da atividade social.

Como qualquer outra atividade, a organização política do Estado ou os atos econômicos desempenhados pelas companhias envolvem um conjunto de operações singulares que exigem meios e determinações específicas para sua consecução, o que emerge como um problema na medida em que não poderiam os membros prever, ao formularem o contrato social, todas as hipóteses e situações futuras que irão condicionar a atuação coletiva durante toda a existência do ente.

No contrato plurilateral e na lei, determinam-se, desta forma, regras que organizam a posição dos indivíduos e regras gerais de orientação do desenvolvimento da atividade, fixando critérios para posteriores especificações contratuais a conformar as atuações societárias ao escopo perseguido pelos sócios-membros.

Para que essa integração do contrato social fosse realizada é que surgiram os diversos órgãos sociais. Isso porque, apesar de figurar como sujeito, o ente coletivo é incapaz, como ficção ou realidade técnica criada pelo direito, por si próprio de obter a vontade coletiva para a qual foi criado. Somente o homem – único possuidor de necessidades e do elemento psicológico para a compreensão de seus efeitos – poderia compreender um interesse, ou seja, determinar a condição favorável para a satisfação de uma necessidade.²⁰ O ente coletivo, então, precisa recorrer a pessoas

físicas para que possa atuar na vida cotidiana, garantindo a execução continuada do contrato pelo desenvolvimento da atividade ulterior.

Rousseau adverte que “toda a ação livre tem duas causas, que concorrem a produzi-la: uma moral, que é a vontade que determina o ato; a outra física, que é a potência que o executa. Quando eu me dirijo a um objeto, necessário é primeiramente que eu lá queira ir; e em segundo lugar que os pés me levem. Queira um paralítico correr, não o queira um homem ágil, ambos ficarão quietos. Há no corpo político os mesmos motores; nele se distinguem também a força e a vontade; esta sob o nome de poder legislativo, aquela sob o de poder executivo, e sem o concurso desses dois poderes nada se faz ou deve fazer na sociedade política. (...) A força pública necessita pois de um agente próprio, que a reúna e empregue, segundo as direções da vontade geral, que sirva à comunicação do Estado e do soberano, que faça de alguma maneira na pessoa pública o que no homem faz a união da alma com o corpo. Eis qual é no Estado a razão do Governo, confundida, sem propósito, com o soberano de que é só Ministro”.²¹

Da mesma forma os órgãos são exigidos na sociedade comercial.

Um dos modos de integrar o ato constitutivo da sociedade, especificando sua ação para adequá-la às circunstâncias variáveis do mercado e da técnica é a nomeação de diretores ou gerentes, aos quais compete exclusivamente a representação da sociedade perante terceiros.

Naturalmente, vincula-se a necessidade de nomeação de administradores à imprescindibilidade de exteriorização de uma vontade para a atuação corporativa. Segundo Betes, “as sociedades anônimas, enquanto pessoas jurídicas de existência ideal, necessitam para a exteriorização de sua vontade e para a execução dos acordos

20. F. Carnelutti, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Pádua, La Litotipo, 1920, p. 14.

21. J. J. Rousseau, ob. cit., p. 64.

de seu órgão volitivo, de pessoas de existência visível que as representem e tornem possível a realização do fim para o qual se constituíram, ou seja a obtenção do objeto social”.²²

Os administradores, logo, apresentam-se como meio de tornar plena a capacidade de exercício da pessoa coletiva, possibilitando-a transacionar no mercado através da execução de seu objeto social. Nas palavras de Brunetti, “os administradores constituem o órgão por meio do qual a pessoa jurídica desenvolve sua capacidade de agir”.²³

Sob esta perspectiva, não se poderia conceber uma sociedade sem administradores, pois a esta faltaria a possibilidade de declarar sua vontade perante terceiros. A afirmação decorre do ato constitutivo, como contrato plurilateral, exigir como requisito de validade que seu objeto seja lícito, possível e determinado ou determinável, conforme art. 166, inciso II do Código Civil de 2002. Como o objeto do negócio jurídico realizado pelos sócios não se limita à constituição da sociedade, mas também envolve o desenvolvimento de uma atividade ulterior,²⁴ não sendo possível à sociedade executar atos perante terceiros e, assim, desenvolver sua atividade social senão por meio dos administradores, a não existência destes torna o contrato plurilateral com objeto impossível, consequentemente, inválido.

É o que acaba por determinar as disposições dos diferentes tipos societários vigentes, preconizando a administração como órgão necessário da sociedade. Nas sociedades de pessoas, assim, mesmo se omitindo o contrato social na estipulação de quem poderia obrigar a sociedade perante terceiros, o art. 1.013 determina que a administração da sociedade será consti-

tuida por todos os sócios. Nas sociedades anônimas, por outro lado, a nomeação destes já deve ser feita na própria assembleia geral de constituição ou ser indicada na escritura pública, conforme arts. 87 e 88 da Lei 6.404/1976.

Conclusiva aparece, portanto, a definição de Mori, para quem “o órgão administrativo é o executor da vontade social, é o representante do capital e da lei ao qual são confiados a representação e o poder executivo da sociedade e a observância da lei e dos estatutos sociais no interesse do ente, dos componentes e dos terceiros. Esse é depositário do poder executivo social e fiduciário dos interesses e dos direitos assegurados aos sócios e aos terceiros pela lei e pelo estatuto”.²⁵

V – O dever do administrador de agir conforme a vontade geral

Para Rousseau, podem ser distinguidas na pessoa do governante três vontades muito diferentes. De primeiro, a vontade própria do indivíduo, que só tende a seu particular interesse; em segundo lugar, a vontade comum dos governantes, que unicamente se refere ao proveito do príncipe, e que se pode chamar vontade do corpo, e é geral a respeito do Estado de que o governo faz parte; em terceiro lugar, a vontade do povo, ou a vontade soberana, que é geral, assim a respeito do Estado visto como todo, como a respeito do governo considerado como parte do todo.²⁶

Para o filósofo, “numa perfeita legislação, a vontade particular ou individual deve ser nula; muito subordinada, a do corpo próprio ao governo, e a vontade geral, ou soberana, sempre dominante e regra única de todas as outras”.²⁷

A sobreposição da vontade particular do governante à vontade geral acarretaria o

22. M. S. Betes, *Directores de Sociedades Anónimas*, Santa Fé, 1947, p. 87.

23. A. Brunetti, *Trattato del Diritto delle Società*, vol. III, Milão, Giuffrè, 1950, p. 206.

24. T. Ascarelli, “O contrato plurilateral”, ob. cit., pp. 395 ss.

25. V. Mori, *Società Anonima – Amministrazione*, vol. 1, Turim, Fratelli Bocco, 1897, p. 2.

26. J. J. Rousseau, ob. cit., p. 68.

27. J. J. Rousseau, ob. cit., p. 68.

próprio fim do Estado, na medida em que o príncipe cessaria de o administrar segundo as leis e usurparia o poder soberano. Para este, “de dois modos sobrevém a dissolução do Estado; primeiro, quando o príncipe cessa de o administrar segundo as leis, e usurpa o poder soberano; sucede então notável transtorno, e que não o governo, mas o Estado se constringe, quero dizer que o grande Estado se dissolve e que se forma outro naquele, só composto dos membros do governo, e que só é para o resto do povo seu dono e seu tirano; de sorte que no instante em que o governo usurpa a soberania, o pacto social se rompe, todos os simples cidadãos tornam a entrar de direito na sua liberdade natural e, apesar de forçados, não têm obrigação de obedecer”.²⁸

Isso porque o indivíduo cede sua liberdade particular e sua força diante da submissão à vontade geral, que resguardaria os seus bens e preservaria a sua sobrevivência. Desrespeitada a vontade geral, o homem retornaria ao estado primitivo, rompendo-se o contrato social outrora firmado.

Não se pode impor ao administrador, contudo, que tenha como vontade individual a vontade geral, ou seja, não se pode constranger o administrador a ter como fim

próprio de suas ações o fim da companhia. Somente o próprio sujeito poderia fazer de alguma coisa o seu fim, razão pela qual este eventual dever pertenceria exclusivamente ao campo da ética e não ao direito, uma vez que a coerção somente poderia ser desenvolvida através de um autoconstrangimento e não de uma sanção externa.²⁹

Não obstante, o administrador pode ser constrangido por sanção a executar ações que são dirigidas a um objetivo determinado, ainda que não faça disso o seu fim (mas somente um meio para o fim de outrem).³⁰

Foi nesse sentido que a Lei 6.404/1976, em seu art. 154, determinou que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins da companhia, caracterizando estes, portanto, como a vontade geral que motivou os sócios a contratarem a sociedade.

Com base nesse dever, a tese procurará elucidar o modo pelo qual o constrangimento a esses atos direcionados à satisfação da vontade coletiva da sociedade comercial é realizado e, por consequência, a responsabilidade dos administradores pelos atos de representação, quer perante os sócios membros da companhia, quer perante terceiros contratantes.

29. I. Kant, *A Metafísica dos Costumes*, Bauru, Edipro, 2003, p. 225.

30. I. Kant, ob. cit., p. 225.