

CRÍTICAS À GESTÃO SOCIAL *CRITICISM OF CORPORATE MANAGEMENT*

Daniel Ochsendorf Portugal¹

¹ Doutorando em Direito pela USP na área de concentração de Direito Comercial, mestre em Direito pela UFRGS, com ênfase em direito privado, bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS.

RESUMO

Deve ser possível que sócios critiquem a gestão da sociedade; há, todavia, contemporaneamente, uma ênfase em boa-fé objetiva no direito das sociedades brasileiro. Este realce pode prejudicar disputas legítimas no âmbito das sociedades. Deseja-se chamar a atenção para um problema de liberalismo clássico neste artigo, para a liberdade de expressão. Os administradores ou os conselheiros do conselho de administração podem ser demitidos ad nutum pela reunião dos sócios ou pela assembleia geral. Mesmo assim, existe, às vezes, uma atmosfera ruim para a ocorrência de debates. Frequentemente, busca-se impedir que alguém diga algo, porque esta pessoa talvez possa dizer algo que seria falso. A grande exceção a isto são os Estados Unidos onde existe um robusto sistema de proteção à liberdade de expressão. Fora dos Estados Unidos, a defesa da liberdade de expressão não parece ser adulta. No Brasil existem diferentes elementos vagos que dificultam os debates. Não se deveria dar uma ênfase tão forte à boa-fé objetiva ou à função social da empresa. No direito das sociedades, em especial, as noções de obrigatoriedade de contrato ou de interesse social (em sentido estrito) parecem ser mais seguras como parâmetros para a avaliação de diferentes comportamentos que a boa-fé objetiva ou que a função social da empresa. Evidentemente, a exposição de uma ideia pode provocar prejuízos, mas, se o sócio não violou o contrato social, em tese, ele deveria poder dizer o que ele entendesse que fosse melhor ainda que o seu argumento fosse uma forte repreensão à administração da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Societário – Direitos dos Sócios – Gestão Social – Críticas – Liberdade de Expressão.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Liberdade de expressão nos Estados Unidos. 2. Função das empresas e entidades públicas. 3. Críticas à gestão Social e liberdade de expressão. 4. Exemplo de Crítica à Gestão Social. Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: PORTUGAL, Daniel Ochsendorf. Críticas à gestão social. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 7, n. 1, Porto Alegre, p. 274-288, dez. 2022.

INTRODUÇÃO

Deve ser possível que os sócios possam criticar a gestão da sociedade; passou, todavia, a existir, recentemente, uma ênfase muito forte em boa-fé objetiva no direito das sociedades com o livro do Prof. M. V. von Adamek. Ele, acompanhado pelo Prof. E. V. A. e N. França², defende que o dever de perseguir o interesse social decorreria do dever de

ABSTRACT

It should be possible that shareholders be able to criticize corporate management; contemporary, however, an emphasis on good-faith exists in Brazilian corporate law. The special importance of good-faith may turn out to harm legitimate disputes inside of corporations. The objective of this paper is to call attention to a problem of classical liberalism, to the problem of freedom of expression. Officers or directors may be dismissed ad nutum by the shareholders' meetings. Even so, sometimes, a bad atmosphere for the occurrence of debates exists. Frequently, an attempt is made to prevent someone from saying something, because this person might say something that is false. The big exception to this are the United States of America where a robust system of protection to freedom of expression exists. Outside of the US, the defense of freedom of expression seems to be childlike. In Brazil there are different vague elements that make it difficult for debates to occur. Too much emphasis should not be given to good-faith or to corporate social responsibility. In corporate law, specifically, the binding force of contracts or the corporation's interest seem to be much more certain as a means of evaluating behavior than good-faith or the corporate social responsibility concept. Evidently, the manifestation of an idea may provoke many different kinds of harms, but, if the shareholder has not violated the articles of incorporation, in theory, he should be able to say what he thinks best even if his reasoning is a strong reprimand of the corporation's management.

KEYWORDS

Corporate law – Shareholders' rights – Corporate management – Criticism – Freedom of expression.

² “O confronto das soluções baseadas no dever de lealdade – muito mais abrangentes – com aquelas baseadas no respeito ao interesse social – que não representa senão uma das facetas daquele dever.” FRANÇA, Erasmo

lealdade dos sócios.³ Este realce pode vir a prejudicar disputas perfeitamente legítimas no âmbito do direito das sociedades. A norma da boa-fé objetiva, aliás, aproxima-se de outras características institucionalistas do direito brasileiro como a função social da empresa (arts. 116, parágrafo único, e 154, *caput*, LSA, e 47, LREF). Diferentemente disso, deseja-se chamar a atenção para um problema de liberalismo clássico neste artigo, a saber, para a liberdade de expressão.

Em um primeiro momento, explicar-se-á como funciona o regime de liberdade de expressão nos Estados Unidos. Proceder-se-á desse modo, porque os debates sobre a liberdade de expressão nos Estados Unidos são sofisticados. Depois disso, chamar-se-á a atenção para o fato de que as características do institucionalismo brasileiro aproximam as sociedades privadas de entidades públicas. Ato contínuo, defender-se-á que é muito importante que os sócios possam criticar a gestão social, porque os sócios estão no final da fila na ordem de classificação dos créditos contra a sociedade em caso de liquidação e porque compete à reunião dos sócios ou à assembleia geral designar a administração da sociedade ou os membros do conselho de administração. Por fim, far-se-á referência à determinada decisão judicial e apresentar-se-á uma conclusão.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, é proibido que as autoridades estatais ajam tendo em conta o impacto comunicativo (“*communicative impact*”) de condutas. Existem algumas exceções a isto, mas elas não chegarão, realmente, a ser analisadas neste artigo.⁴ Por exemplo, há normas sobre difamação (“*defamation laws*”) nos Estados Unidos. Por outro lado, é permitido que as autoridades estatais ajam tendo em conta os aspectos não comunicativos de condutas ainda que o sujeito alcançado pela norma esteja a expressar uma ideia. Por exemplo, na 5ª Avenida, há uma banca de jornais. Todo dia, cedo de manhã, um caminhão chega nesta banca de jornais com os jornais do dia. Os legisladores da Cidade de Nova Iorque estabeleceram um limite de 50Km/h para a 5ª Avenida. Esta restrição interfere, teoricamente, na liberdade de expressão, porque ela quer dizer que o caminhão dos jornais não poderá trafegar na 5ª Avenida a uma

Valladão Azevedo e Novaes França. Prefácio. Em: ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de Minoria em Direito Societário*. 2014. p. 7.

³ *Ibidem*, p. 126: “Não existindo semelhantes interesses ou razões de sócios, cabe a eles o dever positivo de voto, em razão de sua obrigação de perseguir o interesse social decorrente do dever societário de lealdade.”

⁴ Para observações sobre a história da liberdade de expressão no mundo ocidental, pode-se consultar SCHAUER, Frederick. *The Law of Obscenity. The Bureau of National Affairs*, 1976, p. 1-29.

velocidade superior a 50 km/h. No entanto, o limite de velocidade estabelecido pelos legisladores da Cidade de Nova Iorque é constitucional, pois ele não foi imposto tendo em conta o impacto comunicativo de condutas. Provavelmente, o limite de velocidade foi determinado pelos legisladores, porque eles desejavam proteger a segurança pública ou minimizar o número de acidentes de trânsito na 5ª Avenida.

Quando alguma restrição estatal não tem em conta o impacto comunicativo de condutas, mas limita de algum modo a liberdade de expressão, os diferentes interesses em jogo devem ser levados em conta. A norma sobre o limite de velocidade na 5ª Avenida é claramente constitucional, mas outras restrições estatais poderiam não o ser. Por exemplo, suponha-se que o Congresso dos Estados Unidos, orientado pelo fim de evitar a poluição com papéis em demasia, proibisse toda e qualquer distribuição de panfletos nos Estados Unidos. Esta norma seria inconstitucional, pois, embora seja bom que a poluição com papéis seja evitada, a norma implicaria um limite não razoável à liberdade de expressão – a distribuição de panfletos é um modo tradicional de disseminar ideias.⁵

A norma da liberdade de expressão, por conseguinte, é algo muito sério nos Estados Unidos. A redação da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos é a seguinte em português:

O Congresso não fará qualquer direito a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibirá o seu livre exercício; ou restringirá a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de peticionar ao Governo para que reparações sejam feitas.⁶

Este dispositivo constitucional foi escrito com uma linguagem vaga; há, portanto, indeterminações relativamente à liberdade de expressão nos Estados Unidos. Como preencher a lacuna⁷ quanto à liberdade de expressão? A formulação que foi exposta anteriormente sobre impacto comunicativo é do Prof. L. H. Tribe⁸, mas a Suprema Corte dos Estados Unidos a adota implicitamente. O critério do impacto comunicativo foi delineado, em geral, em *United States v. O'Brien*.⁹ Nesta decisão judicial, aludiu-se, expressamente, há “*impacto não*

⁵ Para outros exemplos como este, pode-se consultar TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. The Foundation Press. 2. ed. 1988.

⁶ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

⁷ Adota-se, aqui, o conceito de lacuna que foi defendido em RAZ, Joseph. *Legal Reasons, Sources, and Gaps*. Em: RAZ, Joseph. *The Authority of Law: essays on law and morality*. Oxford University Press, 2. ed. 2009, p. 70-77.

⁸ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law* 1999. p. 785-794.

⁹ *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

comunicativo” (“*noncommunicative impact*”). Posteriormente, em *Boos v. Barry*¹⁰, falou-se em “*impacto direto de expressão de ideia em audiência*” (“*direct impact of speech on its audience*”) e em “*impacto primário potencial*” (“*potential primary impact*”). Finalmente, em *Texas v. Johnson*¹¹, referiu-se, diretamente, ao impacto comunicativo de condutas.

Os juízes são bocas da Lei. Desse modo, não se tem o hábito de elogiar o trabalho de magistrados, porque eles não devem criar o direito de qualquer maneira. Entretanto, o encômio é merecido no caso de *Brandenburg v. Ohio*.¹² Trata-se de uma das mais dramáticas decisões judiciais sobre liberdade de expressão de todos os tempos. Neste caso, os Ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos (“*Justices*”) empregaram argumentação moral de invejável qualidade.¹³

O Sr. C. Brandenburg era um líder da Ku Klux Klan. Ele foi condenado a pagar uma multa de US\$ 1.000,00 e foi condenado de um a dez anos de prisão por ter recomendado que fosse praticada violência contra negros e contra judeus. Um detalhe pitoresco do discurso do Sr. C. Brandenburg foi que ele usou as expressões “*revengent*” e “*revengeance*”. Estas palavras não existem em inglês. “*To revenge*” é o verbo que significa “vingar” e “*vengeance*” é o substantivo que significa “vingança”. Apesar do inglês pouco sofisticado do Sr. C. Brandenburg, foi compreendido por todos que ele estava, realmente, aconselhando que fossem praticados atos de violência contra negros e contra judeus.

O Sr. C. Brandenburg foi condenado em todas as instâncias até o seu processo, finalmente, alcançar a Suprema Corte dos Estados Unidos. A Suprema Corte dos Estados Unidos, então, declarou a inconstitucionalidade da Lei do Sindicalismo Criminal de Ohio (“*Ohio Criminal Syndicalism Statute*”) e reverteu as decisões judiciais anteriores.

O Sr. C. Brandenburg ligou para um repórter e pediu que ele filmasse um encontro privado da Ku Klux Klan. Compareceram ao evento apenas doze membros desta organização, o repórter que atendeu ao telefone e uma pessoa encarregada de filmar a ocasião. Inicialmente, não é possível entender o que os doze membros da Ku Klux Klan dizem no filme, mas ideias racistas diversas podem ser ouvidas. Depois, o Sr. C. Brandenburg dá um discurso. Em um segundo filme, seis homens encapuzados aparecem, e o discurso do Sr. C. Brandenburg é repetido mais uma vez. Partes destes dois filmes foram apresentados em uma rede local e em uma rede nacional de televisão.

¹⁰ *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988).

¹¹ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

¹² *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹³ Todos os detalhes que serão descritos em seguida de *Brandenburg v. Ohio* foram retirados diretamente do texto desta decisão judicial.

A Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu que a Lei do Sindicalismo Criminal de Ohio era completamente inconstitucional, porque indivíduos não podem ser punidos por conta de possíveis impactos comunicativos de suas condutas. O problema da violência, todavia, gera uma pergunta interessante: como lidar, eventualmente, com questões urgentes? O Leviatã, afinal de contas, pelo menos teoricamente, teria tudo que ver com problemas relacionados à violência. Em um lance de formidável perspicácia, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que autoridades estatais podem agir tendo em conta o impacto comunicativo de conduta contanto que seja provável que, iminentemente, se vá produzir ilicitude em razão da conduta. Este teste chama-se de teste da ação ilícita iminente (“*imminent lawless action test*”). Não há a necessidade de enorme probabilidade de ocorrência de violência; basta que seja muito provável que ilicitude vá acontecer, iminentemente, em virtude do impacto comunicativo da conduta.

Nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é uma norma. Isto quer dizer que existe algo de final, decisivo, categórico, definitivo ou de peremptório na liberdade de expressão nos Estados Unidos¹⁴; o regime da liberdade de expressão dos Estados Unidos, pois, é uma disciplina que está de acordo com o liberalismo clássico. Fora dos Estados Unidos, não existe, propriamente, norma de liberdade de expressão. Quando muito, na prática, há alguma espécie de conselho para que as autoridades estatais, talvez, levem em conta o fato de que, idealmente, as pessoas deveriam poder manifestar as suas ideias.

2 FUNÇÃO SOCIAL DAS EMPRESAS E ENTIDADES PÚBLICAS

A função social encontra-se, atualmente, associada à propriedade¹⁵, à empresa¹⁶ e ao contrato.¹⁷ Inicialmente, a função social foi relacionada ao direito de propriedade, mas há

¹⁴ Quanto a este último ponto, recomenda-se a explicação sobre as “razões exclusionárias” (*exclusionary reasons*) em RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford University Press, 3. ed. 1999, p. 15-48.

¹⁵ A literatura sobre a função social da propriedade é vastíssima. Para observações importantes sobre esse assunto, pode-se consultar GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 231-247.

¹⁶ O Prof. E. V. A. e N. França entende que a permissão derivada do art. 154, §4º, LSA, se inspiraria na ideia da função social da empresa, ressalta que a Lei das Sociedades por Ações prevê a possibilidade de “*contribuições para instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados*” (BRASIL, 1976, art. 187, VI) e exemplifica como isto também ocorre em outros países em FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Competência do Conselho de Administração para Autorizar a Doação de Bens ou Serviços pela Companhia in Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p. 323-327.

¹⁷ Para considerações sobre o Estado de Direito e sobre a função social dos contratos, pode-se consultar BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 266-268.

¹⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *A Função Social do Contrato no Código Civil: 18 anos de vigência e a interpretação jurisprudencial do STJ*. Em: BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (Coords.), *A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil, Volume 2*, São Paulo: Quartier

controvérsia sobre a sua origem. Para o Prof. F. K. Comparato, a primeira manifestação da função social da propriedade no direito teria ocorrido com a Constituição de Weimar de 1919¹⁸; há autores, contudo, que ligam a função social da propriedade também à Carta del Lavoro de 1927.¹⁹

O precursor do atual art. 154, *caput*, LSA²⁰, dispositivo legal associável ao lado romântico da ditadura militar²¹, foi o art. 116, §7º, Decreto-Lei Federal n.º 2.627/40²², dispositivo legal criado durante a ditadura de G. Vargas.²³ No art. 1º, Lei Federal n.º 1.808/53²⁴, o art. 116, §7º, Decreto-Lei Federal n.º 2.627/40, também foi substancialmente repetido.²⁵ No final das contas, atualmente, seria mais ou menos como se todo administrador (art. 154, *caput*, LSA) e todo controlador (art. 116, parágrafo único, LSA) de sociedade por ações fosse um funcionário público para os legisladores.²⁶ A norma do art. 47, LREF²⁷, por

Latin, 2021, p. 302: “É certo que essas linhas do Superior Tribunal de Justiça, ainda que não guardem completa coerência entre si, reafirmam que o contrato serve para realizar interesses privados. Esta pesquisa demonstra como são pouco razoáveis os argumentos que associavam a funcionalidade do contrato à revisão contratual imotivada.”

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Em: PAES, Paulo Roberto Tavares (org.). *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 32-34.

¹⁹ SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A Propriedade Agrária e suas Funções Sociais. Em: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da; XAVIER, Flávio Sant’Anna (Orgs.). *O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 15.

²⁰ “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.” BRASIL. Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976.

²¹ Originalmente, a Lei das Sociedades por Ações teria sido destinada, principalmente, à sociedade cujo controle se encontraria, na prática, dividido entre Estado, particulares nacionais e particulares estrangeiros. Para relato sobre a intenção romântica dos legisladores da década de setenta, pode-se consultar GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade Anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo*. Em: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luís André N. de Moura (Coords.). *Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010, p. 23-26.

²² “Art. 116. A sociedade anônima ou companhia será administrada por um ou mais diretores, acionistas ou não, residentes no país, escolhidos pela assembléia geral, que poderá destituí-los a todo tempo. (...) § 7º Os diretores deverão empregar, no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa, como no do bem público, a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar, na administração de seus próprios negócios.” BRASIL. Decreto-Lei Federal n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, 1940.

²³ O redator do anteprojeto do Decreto-Lei Federal n.º 2.627/40 não diz muito sobre este dispositivo legal. Para as observações do Prof. T. de M. Valverde sobre o art. 116, §7º, Decreto-Lei Federal n.º 2.627/40, pode-se consultar VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. Vol. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959, p. 304-305.

²⁴ “Art. 1º Os banqueiros sob firma individual e os diretores ou gerentes de sociedades comerciais, que se dedicarem ao comércio de bancos, deverão empregar no exercício das suas funções, tanto no interesse da empresa como no do bem comum, a diligência de que todo homem ativo e probo usa na administração dos seus próprios negócios.” BRASIL. Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990.

²⁵ A função social da propriedade foi prevista no art. 157, III, Constituição Federal de 1967.

²⁶ Esta também parece ser a posição do Prof. E. F. de Pontes em PONTES, Evandro Fernandes de. Esgarçando o Direito Societário. *Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, Edição Comemorativa dos 45 anos das Leis n.º 6.385 e 6.404, Volume I, 2021, p. 239 e 244.

²⁷ “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor; a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos

sua vez, em tese, refere-se a qualquer empresa; as sociedades limitadas empresárias, por exemplo, consequentemente, também seriam empresas dotadas de função social no Brasil.

Não é claro o que seja a função social. Neste artigo, a função social será tomada como ainda outro comando jurídico para que a moral seja cumprida. Diante disso, todavia, poderia vir a surgir uma dúvida razoável. Se a função social é um comando jurídico para que a moral seja cumprida, qual seria, realmente, a diferença entre a função social e a boa-fé objetiva, por exemplo? Há uma diferença no contexto por detrás destas duas noções. A boa-fé objetiva é algo tradicionalmente conectado à ideia de lealdade. A função social, por outro lado, estaria relacionada à prevalência de interesses coletivos sobre interesses individuais.

O ponto que se deseja defender aqui é que a função social das empresas aproxima as sociedades empresárias privadas, na prática, de entidades públicas. Nos Estados Unidos, a norma da liberdade de expressão é uma garantia apenas contra as autoridades estatais. No Brasil, por outro lado, já se aplicou, infelizmente, determinada concepção de eficácia horizontal de direitos fundamentais.²⁸ Idealmente, a liberdade de expressão não deveria ser invocada para que sujeitos ficassem protegidos contra sociedades privadas, mas não se ficará surpreso se, no futuro, isto vier a acontecer. Contemporaneamente, debate-se sobre o acentuado poder de empresas que controlam redes sociais (Twitter, Instagram, Facebook, Twitch, TikTok, Clubhouse *etc*). Esta é uma discussão muito interessante, mas a liberdade de expressão não deveria ser utilizada como argumento contra o poder das empresas que controlam redes sociais. Por maior que seja o poder destas empresas, ele é distinto do poder de criar, modificar, extinguir ou de aplicar o direito.

3 CRÍTICAS À GESTÃO SOCIAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Há muitas razões diferentes pelas quais a liberdade de expressão deveria ser protegida. Estas razões são diferentes das razões pelas quais os sócios deveriam poder expressar-se quanto à gestão da sociedade.²⁹

A liberdade de expressão é significativa para o funcionamento das democracias; em abstrato, conviria que as pessoas pudessem discutir sobre a implementação de diferentes

trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005.

²⁸ RExt n.º 201.819-8/RJ, Relator Ministro G. Mendes, 2ª Turma, DJ 27.10.2006, j. 11.10.2005.

²⁹ Todas as observações que serão feitas, em seguida, sobre custos de capital e sobre a adequada fiscalização da administração das sociedades estão baseadas em DAVIES, Paul. *Introduction to Company Law*. 2. ed. Oxford University Press, 2010, p. 267-273.

políticas públicas livremente. Neste processo, espera-se que as ideias piores sejam derrotadas à medida em que se debate sobre as diferentes propostas de política pública. Mais amplamente, talvez pudesse ser dito que a liberdade de expressão teria relação com o próprio conceito de verdade; se ideias diferentes podem ser livremente discutidas, espera-se que, no final das contas, proposições verdadeiras possam ser identificadas. Ademais, liberdade de expressão teria relação com uma ideia de autorrealização; pode ser muito importante para as pessoas que elas possam manifestar as suas ideias, criando obras de arte, compondo músicas, escrevendo romances ou poemas, *etc.*³⁰

Os sócios, por seu turno, devem poder criticar a gestão social por motivos diferentes. Descrevem-se, abaixo, os argumentos por que os sócios, potencialmente, deveriam poder exercer o poder de controle sobre a sociedade.

Os sócios fazem jus ao acervo da sociedade apenas após o pagamento dos credores na liquidação da sociedade (arts. 109, 210, IV, LSA, e 1.103, IV, CC). No caso específico da falência, o quinhão de cada sócio não deve ser oposto à massa falida (art. 83, §2º, LREF³¹); pagos, contudo, todos os credores, o saldo, se existir, deverá ser entregue à sociedade falida para que, se for o caso, possa haver a partilha entre os sócios de acordo com o art. 153, LREF.^{32 33}

Análise semelhante pode ser feita em relação ao aviamento³⁴, porque a elevação do passivo ou a diminuição do ativo da sociedade podem terminar por reduzir o valor das participações sociais ou impedir a distribuição de dividendos. Os credores usuais das sociedades, por outro lado, em geral, teriam créditos assegurados por contratos; em tese, por

³⁰ A literatura sobre este assunto é extensa. Para análise ampla das razões por que a liberdade de expressão pode ser algo muito importante, pode-se consultar SCHAUER, Frederick. *Free Speech: a philosophical enquiry*. Cambridge University Press, 1982, p. 15-72.

³¹ “Art. 83 (...) § 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.” BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005.

³² “Art. 153. Pagos todos os credores, o saldo, se houver, será entregue ao falido.” BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005.

³³ COSTA, Patrícia Barbi. *Os Mútuos dos Sócios e Acionistas na Falência das Sociedades Limitadas e Anônimas*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 68-69.

³⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*: fundo de comércio ou fazenda mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 169, sem a nota de rodapé n.º 8:

“Visto do ângulo econômico, o aviamento é um juízo de relação entre diversos estabelecimentos que concorrem no mesmo mercado; dêsse confronto decorre a maior ou menor esperança de lucros futuros. Mas êsse resultado, favorável ou não, estável ou transeunte, é uma situação de fato, que decorre das condições em que normalmente se exerce toda exploração econômica, no regime de livre concorrência.

O que interessa ao direito é proteger o complexo de elementos que constitui a causa material do aviamento da fazenda mercantil. Juridicamente, a todo estabelecimento, enquanto existe, corresponde um aviamento, grande ou pequeno, o qual é tutelado per se, independentemente de qualquer valoração comparativa com outros estabelecimentos.”

consequente, a remuneração dos credores usuais das sociedades dependeria menos do sucesso da sociedade que a remuneração dos sócios.

Por uma questão de eficiência econômica, é adequado que o poder de controle possa, potencialmente, ser exercido pelos sócios. Dado o incentivo maior que pesaria sobre os sócios, em função da ordem de vocação dos credores na liquidação e da maneira como os sócios são remunerados, eles teriam, comumente, interesse mais intenso na prosperidade da sociedade. O que se costuma dizer, neste sentido, é que o potencial exercício do poder de controle pelos sócios reduziria custos de capital e seria, por consequência, a alternativa mais barata.

Os sujeitos que se relacionam com as sociedades não são todos iguais. Acionistas preferencialistas sem direito de voto ou com direito de voto restrito, por exemplo, em princípio, importar-se-iam mais com o sucesso da sociedade que credores não sócios – estes preferencialistas podem não ter direito de voto ou podem tê-lo de maneira restrita, mas a legislação garante a estes acionistas a possibilidade de votar na constituição da sociedade (art. 87, §2º, LSA), na hipótese de os dividendos fixos ou mínimos deixarem de ser pagos em certos casos (art. 111, §§1º e 2º, LSA), quanto a determinadas deliberações (arts. 136, §1º, 141, §§4º, II, 5º e 6º, e 161, §4º, LSA) e na liquidação da sociedade (art. 213, §1º, LSA).³⁵

Com a decretação da falência, o falido perde o direito de administrar os seus bens e o direito de dispor deles (art. 103, *caput*, LREF³⁶). Fica, então, o administrador judicial incumbido de praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores. Esta hipótese demonstra que os credores teriam um interesse, ainda que seja um interesse mais fraco, no sucesso da sociedade. “*Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor*” (art. 391, CC). Quando a falência é finalmente decretada, passam a ser considerados, fundamentalmente, os interesses dos credores, tanto que o devedor apenas mantém um direito de propriedade esvaziado sobre os seus bens durante o processo falimentar – não pode administrá-los ou dispor deles.³⁷ Seria como se, com o decreto da quebra, os credores tomassem o poder de controle para si.

Além disso, por conta das preferências de créditos na liquidação, os sócios, geralmente, teriam um incentivo mais intenso para fiscalizar adequadamente a gestão da

³⁵ Para discussão sobre as vantagens e sobre as desvantagens das ações preferenciais, pode-se consultar GORGA, Érica. *Direito Societário Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 141-170.

³⁶ “Art. 103. Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.” BRASIL. *Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005.

³⁷ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O Conceito de Propriedade e os Bens do Falido. *Revista dos Tribunais*, ano 81, volume 678, 1992, p. 62-63.

sociedade que outros grupos que também poderiam ter interesse nos resultados da atividade da sociedade (*stakeholders*³⁸). A apropriada fiscalização da gestão tende a render resultados melhores no longo prazo. Em virtude disso, seria desejável que os sócios pudessem, potencialmente, exercer o poder de controle – a adequada fiscalização terminaria por aproveitar, no final das contas, a todos os *stakeholders* e não apenas aos sócios.

Na Lei das Sociedades por Ações, “[o]s administradores da companhia, ou ao menos um deles, e o auditor independente, se houver, deverão estar presentes à assembleia para atender a pedidos de esclarecimentos de acionistas” (art. 134, §1º, LSA). Além disso, os acionistas – mesmo os acionistas sem direito de voto – podem comparecer à assembleia geral e discutir a matéria submetida à deliberação (art. 125, parágrafo único, LSA³⁹).

4 EXEMPLO DE CRÍTICA À GESTÃO SOCIAL

Há uma decisão judicial que costuma ser citada quando se cuida de suspensão de exercício de direitos de acionistas (art. 120, LSA⁴⁰).⁴¹ Trata-se da Apelação n.º 20.335 julgada em 22 de novembro de 1943 ainda sob a vigência do Decreto-Lei Federal n.º 2.627/40. Esta decisão judicial foi publicada na Revista Forense de abril de 1944. À época, o autor da ação havia deixado o cargo de diretor de determinada empresa. Depois de deixar de ser diretor, este acionista publicou várias matérias diferentes contra a gestão da companhia. Entre outras coisas, ele escreveu o seguinte: “*Mal administrada como anda [a sociedade], seu déficit mensalmente aumenta, pelo que é possível que ela mesma, Sudan, dentro em certo tempo, esteja em estado de falência.*” Assembleia geral extraordinária realizada em 10 de outubro de 1942 determinou que ele deveria se retratar publicamente em cinco dias. Do contrário, os diretores da companhia deveriam suspender os seus direitos de acionista (art. 85, Decreto-Lei Federal n.º 2.627/40⁴²). Os direitos deste acionista foram suspensos pela administração da

³⁸ A origem da expressão *stakeholder* é ambígua; atualmente, entretanto, esta expressão refere-se a interessados no resultado de atividade econômica.

³⁹ “Art. 125 (...) Parágrafo único. Os acionistas sem direito de voto podem comparecer à assembléia-geral e discutir a matéria submetida à deliberação.” BRASIL. Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976.

⁴⁰ “Art. 120. A assembleia-geral poderá suspender o exercício dos direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto, cessando a suspensão logo que cumprida a obrigação.” BRASIL. Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976.

⁴¹ Para comentários sobre essa decisão judicial, pode-se consultar MUSSI, Luiz Daniel Haj. *Suspensão do Exercício de Direitos do Acionista*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 24 e 34-37.

⁴² “Art. 85. A sociedade, por deliberação da assembleia geral, suspenderá o exercício dos direitos que a lei ou os estatutos conferem ao acionista, sempre que este deixar de cumprir obrigações impostas pela lei ou pelos estatutos, ou de executar medida de interesse coletivo. A suspensão decairá logo que o acionista cumprir a obrigação ou execute a medida.” BRASIL. Decreto-Lei Federal n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, 1940.

sociedade. Em 3 de novembro de 1942, nova assembleia geral extraordinária ratificou o ato de suspensão levado a cabo pela diretoria da companhia. Em seguida, o acionista cujos direitos haviam sido suspensos procurou anular as deliberações das assembleias gerais no Poder Judiciário. Ele ganhou na primeira e na segunda instâncias. A maioria dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afirmou o seguinte:

[B]usca a sociedade defender as deliberações das assembléias dizendo que o autor incorreu na pena de suspensão, porque não executou medida de interesse coletivo, consistente na retratação. Mas, o certo é que, nas publicações que deram origem à suspensão dos direitos do autor, não teve este por objetivo mover campanha à sociedade, senão criticar a sua administração, no parecer do mesmo autor, mal orientada e prejudicial aos interesses dos acionistas; de maneira particular, foi visado o presidente da sociedade. Não pode esta arrimar-se àquele artigo [o art. 85, Decreto-Lei Federal n.º 2.626/40], para impedir que o acionista divirja da forma por que são administrados os negócios sociais e manifeste sua desaprovação a respeito de atos da Diretoria.

Houve, todavia, um desembargador que votou favoravelmente à tese de que as deliberações das assembleias gerais seriam válidas; ele não chegou a apresentar justificativa para o seu voto.

CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo é incomum. Pretendeu-se defender o direito de os sócios se expressarem quanto à gestão da sociedade. Os administradores ou os conselheiros do conselho de administração podem ser demitidos *ad nutum* pela reunião dos sócios ou pela assembleia geral. Mesmo assim, existe, às vezes, uma atmosfera ruim para a ocorrência de debates ou de discussões. Frequentemente, busca-se impedir que alguém diga algo, porque, teoricamente, esta pessoa talvez possa vir a dizer algo que seria falso. A grande exceção a esta atmosfera são os Estados Unidos onde existe um robusto sistema de proteção à liberdade de expressão. Fora dos Estados Unidos, a defesa da liberdade de expressão, simplesmente, não parece ser adulta. No Brasil, em particular, existem diferentes elementos vagos que dificultam a ocorrência de debates (como a norma da boa-fé objetiva ou como o conceito da função social da empresa). É certo que muitos danos diferentes podem vir a ser causados quando alguém manifesta uma ideia, mas não se deveria dar uma ênfase tão forte à boa-fé objetiva ou à função social da empresa. No âmbito do direito das sociedades, em especial, as noções de obrigatoriedade de contrato ou de interesse social (em sentido estrito)⁴³ parecem ser muito

⁴³ PORTUGAL, Daniel Ochsendorf. *Poder de Controle como Direito de Propriedade Indireto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 31-35.

mais seguras como parâmetros para a avaliação de diferentes comportamentos que a boa-fé objetiva ou que a função social da empresa. Evidentemente, a exposição de uma ideia pode provocar muitos prejuízos distintos, mas, se o sócio não violou o contrato social, em tese, ele deveria poder dizer o que desse na telha ainda que o seu argumento fosse uma forte repreensão à administração da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*: fundo de comércio ou fazenda mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A Função Social do Contrato no Código Civil: 18 anos de vigência e a interpretação jurisprudencial do STJ. Em: BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (Coords.). *A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil*, Volume 2. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

BRASIL. Decreto-Lei Federal n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, 1940 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2627.htm>.

_____. Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>.

_____. Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm>.

_____. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>.

COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Em: PAES, Paulo Roberto Tavares (org.). *Direito Empresarial*: estudos e pareceres. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 32-34.

COSTA, Patrícia Barbi. *Os Mútuos dos Sócios e Acionistas na Falência das Sociedades Limitadas e Anônimas*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009.

DA SILVA, António Martins. *História da Unificação da União Europeia*: a interação comunitária (1945–2010). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

DAVIES, Paul. *Introduction to Company Law*. 2. ed. Oxford University Press, 2010.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Competência do Conselho de Administração para Autorizar a Doação de Bens ou Serviços pela Companhia in Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p. 323-327.

_____. Prefácio. Em: ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de Minoria em Direito Societário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Parecer dos Professores Eros Roberto Grau e Paula Forgioni. *Revista do IBRAC*, v. 9, n.º 3, 2002.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

PONTES, Evandro Fernandes de. Esgarçando o Direito Societário. *Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, Edição Comemorativa dos 45 anos das Leis n.º 6.385 e 6.404, Volume I, 2021, p. 239 e 244.

PORTUGAL, Daniel Ochsendorf. *Poder de Controle como Direito de Propriedade Indireto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A Propriedade Agrária e suas Funções Sociais. Em: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da; XAVIER, Flávio Sant'Anna (Orgs.). *O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. West Academic, 1999.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O Conceito de Propriedade e os Bens do Falido. *Revista dos Tribunais*, ano 81, volume 678, 1992.

