

O DIREITO DOS NEGÓCIOS

Homenagem a Fran Martins

Direito Societário • Direito Bancário
Recuperação Judicial e Falências
Tributação • Comércio Internacional
Fundos de Participação

Eros Roberto Grau
Cláudia Maria Martins de Saboya
Carlos Henrique Abrão
organizadores



CONFLITO DE INTERESSES NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS: TEORIA, PRÁTICA E CASOS

OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA
SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA

Etimologia. Intuição, inteligência e bom senso. A exata compreensão do conceito de conflito de interesses. Sedes materiae do conflito de interesses no Direito Empresarial. Topografia. Conflito de interesses da Companhia (de um lado) e de acionista (de outro lado): abuso do direito de voto. Conflito de interesses da Companhia (de um lado) e de administradores (de outro lado): descumprimento dos deveres fiduciários. Procedimento decisório vs. Decisão. Configuração simultânea dos conflitos de interesses da Companhia (de um lado) e de acionistas e administradores (de outro lado). Primeiro estudo de caso: administrador da Companhia contratado por acionista. Segundo estudo de caso: aprovação de contas de administradores pela acionista controladora que os indicou (sociedade holding da qual os administradores participam). Terceiro estudo de caso: legitimação extraordinária de acionista minoritário para a propositura, em nome da Companhia, de ação de responsabilidade contra os administradores. Conclusão. Bibliografia.

"O topo da inteligência é alcançar a humildade." (Ditado judaico)

Literato, professor, doutrinador, jurista do mais elevado e precioso quilate, FRAN MARTINS foi um grande homem virtuoso, que voou alto e alcançou a sabedoria. O alicerce dessa grandeza e virtudes era a sua humildade.

"A humildade é a única base sólida de todas as virtudes." (CONFÚCIO)

"A humildade é a base e o fundamento de todas as virtudes e sem ela não há nenhuma que o seja." (MIGUEL DE CERVANTES)

"Quanto maiores somos em humildade, tanto mais próximos estamos da grandeza." (RABINDRANATH TAGORE)

"Se humilde para evitar o orgulho, mas voa alto para alcançar a sabedoria" – recomendava SANTO AGOSTINHO.

"Três coisas agradam a todo o mundo: gentileza, frugalidade e humildade; os gentis podem ser corajosos, os frugais podem ser liberais e os humildes podem ser condutores de homens." (Texto taoísta)

"A gratidão é o único tesouro dos humildes." (WILLIAM SHAKESPEARE)

Neste livro e neste capítulo, FRAN MARTINS recebe o preito de gratidão de alguns dos seus inúmeros admiradores e amigos.

Etimologia

A expressão “conflito de interesses” é intuitiva. Intuitivo é aquilo que se percebe por mera intuição, claro, evidente. Intuição, em Filosofia, é forma de conhecimento imediato, que prescinde de processo de raciocínio.

Paradoxalmente, o uso acertado da intuição mostra-se difícil.

Incurções na área da Etimologia conduzem a algumas constatações interessantes e pertinentes. A palavra “intuição”, derivada do latim *intuitione*.¹ Significa olhar para dentro, ver dentro. Intuição e inteligência andam juntas. O vocábulo inteligência deriva etimologicamente do latim: *intus legere*.² Significa ler dentro, escolher entre. O uso acertado da intuição costuma implicar escolha entre diferentes alternativas. Inteligente é aquele que sabe escolher bem.

Intuição, inteligência e bom senso

O uso acertado de intuição requer inteligência. Não se contenta com o simples bom senso.

René Descartes parece reconhecer isso bem no início do seu *Discurso do Método*, publicado em 1637:

O bom senso é a coisa mais bem distribuída do mundo, porque cada um pensa ser tão bem provido dele que mesmo aqueles mais difíceis de serem contentados em qualquer outra coisa não costumam desejá-lo mais do que já possuem. E é improvável que todos se enganem a esse respeito; mas isso prova sobretudo que o poder de julgar de forma correta e discernir entre o verdadeiro e o falso, denominado bom senso ou razão, é igual em todos os homens; e, assim, que a diversidade de nossas opiniões não se origina do fato de serem alguns mais racionais que outros, mas apenas do fato de que nós conduzimos nossos pensamentos por caminhos diferentes e não consideramos as mesmas coisas. Portanto não é o suficiente ter um bom espírito (uma boa mente), mas o principal é aplicá-lo bem. As maiores almas são

1. *In* = dentro + *tuere* = olhar para, guardar, proteger.

2. *Intus* = entre + *legere* = ler, escolher...

capazes dos maiores vícios, bem como das maiores virtudes; e os que andam muito lentamente podem chegar muito mais longe se seguirem sempre o caminho certo, o que não fazem aqueles que correm e dele se distanciam.³

A exata compreensão do conceito de conflito de interesses

Por tudo isso, a exata compreensão do conceito de conflito de interesses deve também ser buscada fora, no mundo. E aí ele encontra-se sempre presente em muitas áreas e situações da vida... na Religião, na Política, na Administração, no Direito (público e privado), etc.

As operações “Mãos Limpas”, na Itália, e “Lava Jato”, no Brasil, nos fornecem rico material ilustrativo do conceito de conflito de interesses.

Sedes materiae do conflito de interesses no Direito Empresarial

No Direito Empresarial ou Comercial, particularmente no Direito Societário, a *sedes materiae* do conflito de interesses encontra-se, principalmente, na Lei 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades por Ações). Nela, a expressão “conflito de interesses” aparece apenas três vezes: (1ª) no art. 66; (2ª) no título que antecede o art. 115; e (3ª) no título que antecede o art. 156.

O art. 66 dispõe que não pode ser agente fiduciário dos debenturistas a pessoa que, de qualquer outro modo, se coloque em situação de *conflito de interesses* pelo exercício da função:

Agente Fiduciário dos Debenturistas

Requisitos e Incompatibilidades

Art. 66. O agente fiduciário será nomeado e deverá aceitar a função na escritura de emissão das debêntures. (...).

3. “Le bon sens est la chose du monde la mieux partagée: car chacun pense en être si bien pourvu, que ceux même qui sont les plus difficiles à contenter en toute autre chose, n'ont point coutume d'en désirer plus qu'ils en ont. En quoi il n'est pas vraisemblable que tous se trompent; mais plutôt cela témoigne que la puissance de bien juger, et distinguer le vrai d'avec le faux, qui est proprement ce qu'on nomme le bon sens ou la raison, est naturellement égale en tous les hommes; et ainsi que la diversité de nos opinions ne vient pas de ce que les uns sont plus raisonnables que les autres, mais seulement de ce que nous conduisons nos pensées par diverses voies, et ne considérons pas les mêmes choses. Car ce n'est pas assez d'avoir l'esprit bon, mais le principal est de l'appliquer bien. Les plus grandes âmes sont capables des plus grands vices, aussi bien que des plus grandes vertus; et ceux qui ne marchent que fort lentement peuvent avancer beaucoup davantage, s'ils suivent toujours le droit chemin, que ne font ceux qui courent, et qui s'en éloignent.”

§ 3º. Não pode ser agente fiduciário:(...).

e) pessoa que, de qualquer outro modo, se coloque em situação de *conflito de interesses* pelo exercício da função.

O art. 115 trata do conflito de interesses por parte do acionista no exercício do direito de voto e visa a profligar, prevenir e precaver o abuso do direito de voto:

Abuso do Direito de Voto e Conflito de Interesses

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.

§ 1º. O acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver *interesse conflitante* com o da companhia.

§ 2º. Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do art. 8º.

§ 3º. O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 4º. A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem *interesse conflitante* com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.⁴

O art. 156 trata do conflito de interesses por parte do administrador (o diretor e o membro do conselho de administração):

Conflito de Interesses

Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver *interesse conflitante* com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

4. Os §§ 5º a 8º foram vetados.

§ 1º. Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

§ 2º. O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido.

Poder-se-ia afirmar que os arts. 66, 115 e 156 da Lei das Sociedades por Ações, acima transcritos, se inspiraram no preceito bíblico de Mateus 6:24:

Ninguém pode servir a dois senhores; pois odiará um e amará o outro, ou será leal a um e desprezará o outro. Não podeis servir a Deus e a Mámon.

Topografia

Numa perspectiva topográfica da Lei 6.404, de 1976, o art. 115 situa-se no Capítulo X (Acionistas), Seção III (Direito de Voto): Abuso do Direito de Voto e Conflito de Interesses. Já o art. 156 localiza-se no Capítulo XII, Seção IV – Deveres e Responsabilidades (dos membros do Conselho de Administração e dos Diretores):

ART. 115	ART. 156
<p>Capítulo X – Acionistas (...). Seção III – Direito de Voto (...). Abuso do Direito de Voto e <i>Conflito de Interesses</i> – Art. 115</p>	<p>Capítulo XII – Conselho de Administração e Diretoria Seção I – Conselho de Administradores Seção II – Diretoria Seção III – Administradores Seção IV – Deveres e Responsabilidades (...). <i>Conflito de Interesses</i> – Art. 156</p>

Conflito de interesses da Companhia (de um lado) e de acionista (de outro lado): abuso do direito de voto

A sociedade anônima aberta, em razão do grande número de acionistas e da diversidade dos seus interesses, consiste em instituição autônoma e superior.

A Companhia é autônoma porque não se confunde com nenhum de seus acionistas, nem mesmo o controlador; também é superior, porque seu interesse deve prevalecer sobre a conveniência particular de seus acionistas, ainda que controladores.

Joaquim de Paiva Muniz pontua que

a característica comum das correntes institucionalistas consiste no reconhecimento da sociedade como entidade com papel e interesses próprios, que sobrepujam a “comunhão de escopo” e interesses conjuntos dos sócios, típicos do contratualismo. Explica Modesto Carvalhosa que “as teorias institucionalistas (...) proclamam haver um interesse social independente ou, pelo menos, não totalmente identificado com os interesses dos sócios. Desta forma, diante do interesse do acionista, contrapõe-se outro, de ordem superior e natureza autônoma”.⁵

Por esta razão, a Lei de Sociedades Anônimas, no artigo 115, dispõe que o interesse social (da Companhia) sempre deve prevalecer sobre os interesses individuais dos acionistas.⁶

Nesta linha, Nelson Eizirik pondera que

o direito de voto deve ser exercido no interesse da companhia. Prevalece o interesse social sobre o interesse individual dos acionistas. Embora os objetivos dos acionistas possam ser diversos e mesmo conflitantes, o acionista vota na condição de membro de determinada comunidade acionária, não com vistas ao atendimento de interesses que a ela são estranhos. Havendo eventual conflito entre o interesse do acionista enquanto sócio e do acionista enquanto terceiro, o primeiro deve ser privilegiado.⁷

Nesta mesma linha, o § 1º do art. 115 da Lei de Sociedades Anônimas veda que acionistas votem acerca de matérias em que pos-

5. Joaquim de Paiva Muniz, “Poder de controle, conflito de interesses e proteção aos minoritários e *stakeholders*”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 28/76, abr.-jun. 2005.

6. Lei das Sociedades Anônimas: “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”.

7. Nelson Eizirik, *A Lei das S/A Comentada*, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 653.

sam ter interesses individuais conflitantes com o interesse social (da Companhia).⁸

A vedação atinge: (i) as deliberações que possam, de qualquer forma, beneficiar o acionista individualmente; e (ii) os casos em que o acionista tiver interesse conflitante com a Companhia.

Nestas hipóteses, a vedação é objeto de incessante discussão doutrinária e jurisprudencial (sobretudo no âmbito da CVM – Comissão de Valores Mobiliários), uma vez que:

- por um lado, alguns (como Modesto Carvalhosa) defendem que a vedação deve ser analisada pelo prisma formal e *a priori*, sendo proibidos de votar os acionistas que tenham qualquer interesse potencialmente conflitante com o da Companhia:

Há proibição legal para o acionista que tem conflito de interesses com a sociedade de votar em qualquer sentido, nem que seja conforme o interesse social.

A lei de 1976 é clara em proibir que o acionista vote, seja nas hipóteses específicas de conflito de interesses que enuncia, seja residualmente, em qualquer momento no qual, sob outras modalidades, configura-se essa situação.⁹

Comissão de Valores Mobiliários

Inquérito Administrativo RJ 2002/1153 – Rel.: Diretora Norma Jonssen Parente – Data do julgamento: 6.11.2002

VOTO DA RELATORA – (...) Como dito, a lei brasileira é clara e proíbe liminarmente o voto ao acionista que estiver em conflito de interesse. *A lei sequer permite que se discuta a significância do conflito. Simplesmente, havendo conflito, proíbe o voto. A lei tampouco excepciona a regra para permitir o voto em conflito desde que exercido no interesse da companhia. A lei é taxativa, seu teor não comporta exceções. A lei optou por liminarmente proibir o voto.* Permitir o voto, para depois questionar-se sobre a existência de dano ou mesmo se havia ou não conflito de interesses só tumultuaria a vida da sociedade, com as incertezas que podem advir de discussões judiciais, que

8. Lei das Sociedades Anônimas: “Art. 115. (...) § 1º. O acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia”.

9. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 410.

dependem de provas complexas e que terminam gerando incertezas quanto aos seus rumos.

• por outro lado, alguns (como Nelson Eizirik) defendem que a vedação deve ser analisada sob o aspecto material e *a posteriori*, levando-se em conta o voto do acionista e seus efeitos:

Com efeito, na hipótese de conflito de interesses (art. 115, §§ 1º e 4º da Lei das S/A), o entendimento dominante com base no direito comparado é de que a lei não está se reportando a um conflito meramente formal, mas a um conflito substancial, que somente pode ser verificado após exame do conteúdo da deliberação.¹⁰

Comissão de Valores Mobiliários

Inquérito Administrativo TA/RJ 2001/4977 – Rel.: Diretora Norma Jonssen Parente – Data do julgamento: 19.12.2001

VOTO DO DIRETOR MARCELO F. TRINDADE – A quarta hipótese de que trata o § 1º do art. 115, e a mais geral delas, é a do acionista “que tiver interesse conflitante com o da companhia” no que se refere à deliberação. Neste caso a doutrina francamente majoritária, com a voz dissonante de Modesto Carvalhosa, é no sentido de *que o conflito, como questão de fato, deva ser examinado caso a caso, pois se trataria de uma modalidade de voto abusivo, como referido pelo caput do art. 115. O conflito teria que ser, nessa medida, substancial, e não formal.*

Assim, aplicando-se o parágrafo único do art. 115 à hipótese dos autos, é preciso saber se há, no caso, impedimento de voto, porque a deliberação beneficia “de modo particular” o controlador do acionista votante, ou se está-se diante de um caso de acionista com “interesse conflitante com o da companhia”, devendo o conflito ser apurado a posteriori, segundo a melhor doutrina.

No Brasil tem prevalecido interpretação mais abrangente, no sentido de que as duas espécies de vedação (preventiva e corretiva) são complementares e não excludentes, na medida em que, na linha de orientação mais recente da CVM – Comissão de Valores Mobiliários, *veda-se o voto a priori, por meio de avaliação formal; contudo, caso o voto ocorra, admite-se a anulação da deliberação a posteriori pelo Poder Judiciário, levando-se em conta o voto do acionista e seus efeitos:*

10. Nelson Eizirik, *Temas de Direito Societário*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 97.

Comissão de Valores Mobiliários

Processo Administrativo RJ 2009/13179 – Rel.: Diretor Alessandro Broedel Lopes – Data do Julgamento: 9.9.2010

VOTO DO RELATOR – Compartilho integralmente com a forma de interpretação do art. 115, § 1º, proposta por Comparato. Entendo que *o conflito de interesses pode ser verificado tanto a priori, nos casos em que possa ser facilmente evidenciado, quanto a posteriori, nas situações em que não transpareça de maneira reluzente.*

Note-se que é abusivo o voto exercido pelo acionista contra o interesse maior da Companhia:

Lei das Sociedades Anônimas

Art. 115. (...).

§ 3º. O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 4º. *A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.*

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira lecionam que,

nesse artigo o ponto básico é um só, desde logo apresentado pela lei, e do qual defluem os demais comandos legais: “o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia”. O abuso de direito e o conflito de interesses decorrem da desobediência a tal comando básico: se o voto não satisfaz a tal preceito não é direito, é violação do direito.¹¹

A jurisprudência também aponta nesta direção:

Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 11ª Câmara Cível, AI 1.0702.10.053.745-6/006, rel. Des. Alexandre Santiago, j. 19.3.2014

VOTO DO RELATOR – Do exposto, conclui-se que a reunião do Conselho de Administração realizada em 28.5.2010, padece de vício formal que a inquina de invalidade. Por conseguinte, a deliberação de nomear nova diretoria para a sociedade em referência não pode subsistir.

11. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S/A*, vol. II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 238.

(...). Após atenta leitura dos autos, chego à conclusão de que as deliberações tomadas nas reuniões de maio de 2010 evidenciam outro tipo de vício, mais material do que formal, porquanto se refere ao próprio conteúdo das decisões, *o qual se traduz em verdadeiro abuso de poder*, prática essa vedada pelo ordenamento jurídico. (...).

Entende-se configurado o abuso de poder quando o agente não exercer com moderação a prerrogativa que lhe é legalmente atribuída, fazendo-o contrariamente ao interesse de terceiros e com o objetivo de causar-lhes danos, seja cerceando-lhes o exercício de seus direitos, seja visando a alcançar, com o abuso, enriquecimento ilícito ou vantagem sem justa causa. *O abuso de poder de controle resulta da causa ilegítima de decisões tomadas com a única finalidade de prejudicar acionistas minoritários ou para satisfazer os interesses exclusivamente pessoais do controlador*. Nessa hipótese, o controle é desviado de sua finalidade legítima, ou seja, assegurar a acumulação do patrimônio social e a criação do valor empresarial.

***Conflito de interesses da Companhia (de um lado)
e de administradores (de outro lado):
descumprimento dos deveres fiduciários***

A Lei de Sociedades Anônimas imputa aos administradores (Conselheiros e Diretores) deveres fiduciários em relação à Companhia, dentre os quais se destacam a diligência, a obediência, a lealdade e a boa-fé:

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios. (...).

Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios.

Acerca do tema, Osmar Brina Corrêa-Lima (um dos coautores deste estudo) ensina que

ao iniciar o tratamento dos deveres e responsabilidades dos administradores de companhias, o legislador começa por traduzir o princípio romano do *bonus pater familias*. O administrador deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus negócios.

Desse princípio, assim sintetizado, decorrem várias consequências e corolários. (...) Em síntese, o administrador deve ser diligente. Esse é o dever básico, do qual os demais são meros desdobramentos. (...)

Para efeitos didáticos e metodológicos, a regra do *bonus pater familias* pode ser dividida em três deveres igualmente básicos: obediência, diligência e lealdade.¹²

Nesta linha, a Lei de Sociedades Anônimas veda que os administradores (Conselheiros e Diretores) votem acerca de matérias em que possam ter interesses individuais conflitantes com o interesse social (da Companhia):

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. (...).

Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

A vedação abrange: (i) as deliberações que possam, de qualquer forma, beneficiar o administrador ou acionista que o indicou; e (ii) os casos em que o administrador tiver interesse conflitante com a Companhia.

Neste ponto, a doutrina (como a de Rodrigo Ferraz Pimenta da Cunha) e a jurisprudência são pacíficas ao apontar que a referida vedação deve ser analisada sob o prisma formal e *a priori*, sendo proibidos de votar os administradores (Conselheiros e Diretores) que tenham qualquer interesse potencialmente conflitante com o da Companhia:

A orientação do conselho, conforme já referido, deve obedecer também ao exclusivo interesse da companhia.¹³

Comissão de Valores Mobiliários

Processo Administrativo RJ 2007/3453 – Rel.: Diretor Sergio Weguelin – Data do Julgamento: 2.10.2007

12. Osmar Brina Corrêa-Lima, *Responsabilidade Civil de Administradores de Sociedade Anônima*, Rio de Janeiro, Aide, 1999, pp. 55 e 56.

13. Rodrigo Ferraz Pimenta da Cunha, *Estrutura de Interesses na Sociedade Anônima*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 2.014.

VOTO DO RELATOR – Outra questão a se enfrentar é se, uma vez caracterizado o conflito de interesses, a dúvida sobre a *possibilidade de voto deste administrador deve ser solucionada pelo critério formal (impedimento de voto a priori, bastando constatar a oposição teórica de interesses)* ou pelo critério substancial (o voto é proferido e eventuais repercussões ocorrem *a posteriori*, se demonstrada a contraposição efetiva e inconciliável de interesses).

Esta discussão é travada mais fortemente quanto aos conflitos de interesses dos acionistas (disciplinado pelo art. 115 da Lei 6.404/1976). Quando o conflito se limita aos administradores, a polêmica é menos intensa.

Isto pode ser demonstrado pela análise do Processo RJ 2004-5494, no qual, mesmo em meio a várias divergências (...), o *Colegiado foi unânime ao reconhecer que os conflitos de interesse dos administradores são apurados pelo critério formal*. A respeito, vale conferir os seguintes trechos dos votos proferidos no caso:

“Conclui-se, portanto, que o conflito de interesses é, no caso do art. 156 da Lei 6.404/1976, presumido, isto é, independe da análise do caso concreto a sua aplicação, restando os administradores da companhia impedidos de participar de qualquer tratativa ou deliberação referente a uma determinada operação em que figure como contraparte da companhia ou pela qual seja beneficiado, independentemente se está a se perseguir o interesse social ou não” (trecho do voto do Diretor Wladimir Castelo Branco Castro).

“Acompanho o voto do Diretor-Relator que abordou com precisão a questão ao tratar da presunção do conflito de interesses, no caso de participação do administrador em qualquer tratativa ou deliberação referente a operações em que figure como contraparte da companhia ou pela qual seja beneficiado, sendo sua configuração questão meramente formal, independente da análise do caso concreto” (trecho do voto da Diretora Norma Parente).

Portanto, em razão de seus deveres fiduciários, veda-se não apenas o voto, mas também qualquer intervenção dos administradores (Conselheiros ou Diretores) *a priori*, por meio de avaliação formal do interesse potencialmente conflitante com o da Companhia.

Contudo, caso o voto ocorra, apesar de expressa vedação legal, admite-se a anulação da deliberação *a posteriori* pelo Poder Judiciário, levando-se em conta o voto do administrador e seus efeitos.

Destaque-se, por fim, que a interferência ou o exercício de voto pelos administradores, quando houver conflito entre seu interesse individual (de

um lado) e da Companhia (de outro lado), é ilícito e configura quebra dos deveres fiduciários, o que enseja, inclusive sua responsabilização pessoal pelos prejuízos causados, nos termos do art. 158 da Lei de Sociedades Anônimas:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: (...);

II - com violação da lei ou do estatuto.

Procedimento decisório vs. Decisão

O Direito contempla regras de distintas naturezas: materiais ou substantivas (de um lado); e processuais ou instrumentais (de outro lado). "Ambas disciplinam condutas, inserem-se no mesmo ordenamento jurídico e se complementam mutuamente."¹⁴ Contudo, as normas processuais e materiais não se confundem, na medida em que cada uma delas tem propósito distinto:

Nesta linha, Miguel Reale aponta que

há regras de direito cujo objetivo imediato é disciplinar o comportamento dos indivíduos, ou as atividades dos grupos e entidades sociais em geral, enquanto que outras possuem um caráter instrumental, visando a estrutura e funcionamento de órgãos, ou a disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência juridicamente ordenada.¹⁵

Paulo Nader, por sua vez, ensina que

lei substantiva ou material é a que reúne normas de conduta social que definem os direitos e deveres das pessoas, em suas relações de vida. (...) Lei adjetiva ou formal consiste em um agrupamento de regras que definem os procedimentos a serem cumpridos no andamento das questões forenses. (...) A lei substantiva é, naturalmente, a lei princi-

14. Aroldo Plínio Gonçalves, *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 111.

15. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 97.

pal, que deve ser conhecida por todos, enquanto que a adjetiva é de natureza apenas instrumental.¹⁶

A distinção entre direito material e processual também se estende ao tema societário, inclusive quanto ao procedimento de tomada de decisões. Nesta linha:

- por um lado, há regras de direito material que devem ser observadas e interpretadas por aqueles legitimados a participar da deliberação societária (aspectos de mérito); e
- por outro lado, há regras de direito processual que devem ser aplicadas por aqueles responsáveis por assegurar a regularidade do procedimento decisório (aspectos processuais).

As *principais* deliberações (tomada de decisões), no âmbito das sociedades anônimas, são atribuídas por Lei e pelo Estatuto, em regra, a órgãos colegiados: Assembleia Geral e Conselho de Administração.

Nestes órgãos, as decisões são adotadas a partir do entendimento majoritário dos Acionistas e Conselheiros, respectivamente, observado o quórum pertinente a cada uma das deliberações.

A Presidência de tais órgãos tem a função de assegurar a regularidade do procedimento decisório (aspectos processuais), fazendo reportar; em Ata, os debates e o voto singular de cada Acionista ou Conselheiro.

Portanto, não cabe ao Presidente da Assembleia Geral ou do Conselho de Administração, extrapolando tais funções, adulterar a deliberação do órgão, substituindo-a por aquela que mais corresponda a seus interesses pessoais.

Parece adequado, neste ponto, um singelo exercício de analogia entre a tomada de decisões no âmbito: de um lado, de Turma do Superior Tribunal de Justiça, formada por cinco Ministros; e, de outro lado, do Conselho de Administração de Companhia, formado por cinco Conselheiros.

No âmbito de Turma do Superior Tribunal de Justiça, cabe ao Presidente assegurar a regularidade do procedimento decisório (aspectos processuais), de modo que o órgão adote decisão acerca de cada um dos casos submetidos a julgamento. Todavia, a deliberação forma-se a partir do somatório dos votos de cada um dos Ministros isoladamente, deven-

16. Paulo Nader, *Introdução ao Estudo do Direito*, 21ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 104.

do o Acórdão apontar o entendimento majoritário (respeitado o quórum correspondente). Não pode o Presidente da Turma decidir, conforme seu exclusivo critério, acerca do impedimento de algum dos Ministros, porque tal deliberação compete ao colegiado. Tampouco pode o Presidente deixar de computar o voto de qualquer dos integrantes da Turma, substituindo-o, no acórdão, por entendimento que ele tem por correto.

No âmbito do Conselho de Administração de Companhia, cabe ao Presidente assegurar a regularidade do procedimento decisório (aspectos processuais), de modo que o órgão adote decisão acerca de cada um dos temas submetidos à apreciação. Todavia, salvo em caso de votos proferidos em violação de acordo de acionistas arquivado na sede da Companhia (hipótese em que o Presidente do Conselho de Administração poderá, com base no art. 118, § 8º, da Lei das Sociedades Anônimas, desconsiderá-los), a deliberação forma-se a partir do somatório dos votos de cada um dos Conselheiros isoladamente, devendo a Ata da Reunião apontar o entendimento majoritário (respeitado o quórum correspondente). Não pode o Presidente do Conselho decidir, conforme seu exclusivo critério, acerca do impedimento de algum dos Conselheiros, porque tal deliberação compete ao colegiado. Tampouco pode o Presidente deixar de computar o voto dos integrantes do Conselho, substituindo-o, na Ata da Reunião, por entendimento que ele tem por correto.

É que, em regra, na tomada de decisões, em órgãos colegiados, prevalece o princípio majoritário, que

é fundamental no modelo da companhia e se justifica por motivos práticos: em qualquer organização corporativa ou órgão colegial com mais de dezena de membros é raro haver consenso sobre as matérias submetidas à deliberação, e o funcionamento da companhia seria inviável se os órgãos sociais somente pudessem deliberar pelo voto unânime de seus membros.¹⁷

O princípio majoritário, que é a regra, pode e deve ser preterido, a critério do órgão jurisdicional (CVM – Comissão de Valores Mobiliários – esfera administrativa; e Poder Judiciário – esfera judiciária), para afastar abuso de direito de voto e quebra dos deveres fiduciários, em benefício do interesse da Companhia:

17. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S/A (Pareceres)*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 331 e 332.

STJ, 4ª T., MC 22.698-MG, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira

DECISÃO MONOCRÁTICA – Não se mostra caracterizada, outrossim, a alegada violação do princípio majoritário, pois a intervenção judicial é, por sua natureza, medida que excepciona a situação de normalidade na tomada de decisões pelos representantes da empresa, e se tornaria ineficaz se dependente da deliberação dos respectivos sócios.

No mais, colhe-se que a Corte mineira almeja evitar – com o afastamento dos atuais administradores, que representam a maioria do capital social das empresas – a prática de atos qualificados como exercício abusivo de poderes inerentes à condição de acionistas controladores, segundo o preceito do art. 117, § 1º, *a*, da LSA:

“Art. 117. (...). § 1º. São modalidades de exercício abusivo de poder: (...) 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; (...)”

A ausência de expreso enquadramento legal para ser decretada a intervenção judicial não é obstáculo ao deferimento do pedido, pois a concessão de medida cautelar pelo Poder Judiciário independe de expressa previsão legal da situação fática de seu cabimento, haja vista o comando do art. 798 do CPC.

Configuração simultânea dos conflitos de interesses da Companhia (de um lado) e de acionistas e administradores (de outro lado)

Na prática, não são raros os conflitos em que os interesses da Companhia são preteridos através de práticas articuladas, em conjunto, por acionistas e administradores simultaneamente.

Nesta hipótese, a ilicitude decorre da violação simultânea dos arts. 115 e 156 da Lei das Sociedades Anônimas. Três casos seguintes, de incidência constante na prática, exemplificam o conflito de interesses:

Primeiro estudo de caso:

administrador da Companhia contratado por acionista

Determinado acionista de Companhia aberta dedicada à siderurgia celebrou “Contrato de Prestação de Serviços” que, na cláusula pertinente ao objeto, estabelecia que o contratado atuaria, indicado pelo contratante, como administrador de sociedades nas quais detinha participação acionária.

Posteriormente, o contratado foi indicado pela acionista para o Conselho de Administração da Companhia.

No exercício do cargo de Presidente do Conselho de Administração, as deliberações e votos do contratado pareciam talhados a atender os interesses da acionista contratante, em detrimento da conveniência da Companhia.

No caso em estudo, de qualquer forma que se examine o "Contrato de Prestação de Serviços" celebrado entre a acionista e o administrador (Presidente do Conselho de Administração), constata-se a ilicitude, na medida em que:

- caso tenha por objeto o exercício de cargo de administrador, pautado na conveniência do acionista contratante, em detrimento dos interesses da Companhia, restará configurada afronta ao previsto nos arts. 147, § 3º, II e 154, §§ 1º e 2º, alínea c, da Lei de Sociedades Anônimas:

Art. 147. Quando a lei exigir certos requisitos para a investidura em cargo de administração da companhia, a assembleia geral somente poderá eleger quem tenha exibido os necessários comprovantes, dos quais se arquivará cópia autêntica na sede social. (...).

§ 3º. O conselheiro deve ter reputação ilibada, não podendo ser eleito, salvo dispensa da assembleia geral, aquele que: (...).

II - tiver interesse conflitante com a sociedade. (...).

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.

§ 2º. É vedado ao administrador: (...).

c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

- caso tenha por objeto a atuação em prol de outras sociedades das quais o acionista contratante participe, concorrentes da Companhia, restará configurada a hipótese prevista no art. 147 da Lei das Sociedades Anônimas:

Art. 147. (...). § 3º. O conselheiro deve ter reputação ilibada, não podendo ser eleito, salvo dispensa da assembleia geral, aquele que:

1 – ocupar cargos em sociedades que possam ser consideradas concorrentes no mercado, em especial, em conselhos consultivos, de administração ou fiscal.

Segundo estudo de caso: aprovação de contas de administradores pela acionista controladora que os indicou (sociedade holding da qual os administradores participam)

A acionista controladora de Companhia fechada, dedicada à atividade hospitalar, indicou todos os seus cinco diretores.

Destaque-se que os cinco administradores, integrantes da mesma família, também figuravam como cotistas da sociedade limitada *holding*, que é a acionista controladora da Companhia.

É óbvio, portanto:

- o *interesse direto da acionista controladora*, nas deliberações acerca da prestação de contas e da remuneração da diretoria da Companhia; e
- o *interesse indireto dos cotistas da acionista controladora*, nas deliberações acerca da prestação de contas e da remuneração dos diretores da Companhia.

Para evitar deliberações em evidente conflito de interesses:

- a Lei das Sociedades Anônimas veda que os administradores votem a aprovação de suas próprias contas:

Art. 115. (...).

§ 1º. *O acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia. (...).*

§ 4º. *A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido. (...).*

Art. 156. *É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.*

- o Código Penal tipifica como crime o voto dos administradores por meio de interposta pessoa:

Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações

Art. 177. Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

§ 1º. *Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular:*

(...).

VII – *o diretor, o gerente ou o fiscal que, por interposta pessoa, ou conluído com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer;*

A vedação e a tipificação pela legislação societária e penal, bem como as consequências previstas nas duas esferas, são exaltadas pela doutrina de ambas as áreas do Direito.

Modesto Carvalhosa, nesta linha, diz que

os administradores não poderão votar, como acionistas ou procuradores, as suas próprias contas, o relatório da administração e as demonstrações financeiras do exercício (art. 134).

A tipificação do conflito (...) e a óbvia identidade dos interessados dispensam qualquer formalidade ou procedimento inibitório do voto. Se este for dado, será nula a deliberação que aprovou as contas, caso o voto dos administradores interessados prevaleça.

Há, no entanto, a possibilidade de ocorrer a aprovação dessas contas por interpostas pessoas. A lei penal tipifica essa interposição de pessoas e o conluio com acionistas por parte do administrador interessado na aprovação de suas contas.¹⁸

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado ensina que o Código Penal incrimina a conduta do administrador da Companhia

18. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 414.

com o fim de conseguir (núcleo do tipo, equivalente a obter), fraudulentamente, com o conluio de interposta pessoa ou acionista, a aprovação de conta ou parecer (tipo derivado/simples/anormal/congruente).

Conluio significa combinação entre duas ou mais pessoas para lesar outrem; trama; conivência. A aprovação a que se refere o tipo se dá através de assembleia geral. (...).

Embora os administradores não possam votar na aludida assembleia, têm absoluto interesse na aprovação das contas por eles apresentadas, já que, obtida tal aprovação, estarão eles aparentemente isentos de responsabilidade (...).

Há duas modalidades de conduta reprimidas pela norma. A primeira é o uso de interposta pessoa, que é o "testa-de-ferro", a quem os administradores ou o fiscal cedem as ações para que possa ele votar na assembleia pela aprovação das contas ou do parecer.¹⁹

Terceiro estudo de caso: legitimação extraordinária de acionista minoritário para a propositura, em nome da Companhia, de ação de responsabilidade contra os administradores

Os controladores de Companhia dedicada à siderurgia indicaram, para diretor Presidente, o filho de um dos acionistas que integra o bloco de controle. Os acionistas minoritários, após constatarem diversas ilicitudes e irregularidades perpetradas pelo diretor Presidente na gestão da Companhia:

- rejeitaram as contas dos administradores e as demonstrações financeiras do exercício; e
- votaram pelo ajuizamento de ação de responsabilidade contra o diretor Presidente da Companhia:

Lei 6.404/1976

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.

§ 1º. A deliberação poderá ser tomada em assembleia geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembleia geral extraordinária.

19. Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. II: *Parte Especial*, Arts. 121 a 249, 8ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2010, p. 467.

Por outro lado, os acionistas controladores (inclusive o pai do diretor Presidente), votaram contra o ajuizamento da ação de responsabilidade.

Ocorre que a Lei das Sociedades Anônimas autoriza expressamente que acionistas titulares de ao menos 5% do capital social ajuizem a ação de responsabilidade contra o administrador da Companhia, na hipótese de, na Assembleia Geral, a maioria não aprovar tal deliberação:

Art. 159. (...).

§ 4º. Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

O caso é de legitimação extraordinária dos acionistas minoritários, em decorrência do evidente conflito de interesses da Companhia (de um lado) e de acionistas controladores e administradores (de outro lado).

Neste contexto,

se a assembleia geral decidir pelo não ingresso da ação, cabe aos acionistas minoritários representá-la na defesa do patrimônio da companhia, contra seus administradores. A minoria age sempre em segundo lugar, a título subsidiário. Não tem, portanto, legitimidade para se antecipar à decisão da assembleia geral. Observada essa preferência de ordem, a lei designa a minoria para representar ativamente, em juízo, a companhia, nas ações sociais *ut singuli*.²⁰

Conclusão

Como se percebe, o conceito intuitivo de "conflito de interesses" acha-se em perene e constante construção. Este trabalho e, em especial, os três estudos acima: (a) exemplificam o conflito de interesses; (b) revelam que não são raras, na prática, condutas articuladas entre acionistas e administradores, que fazem preteridos os interesses maiores da Companhia; e (c) demonstram que o exame de casos envolvendo esta temática requer intuição e inteligência por parte dos juristas e do Poder Judiciário.

20. Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, vol. III, São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 335-336.

Bibliografia

- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 2. São Paulo, Saraiva, 1997.
- _____; e Nilton Latorraca. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. vol. III. São Paulo, Saraiva, 1988.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade Civil de Administradores de Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro, Aide, 1999.
- CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. *Estrutura de Interesses na Sociedade Anônima*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo, Quartier Latin, 2011.
- _____. *Temas de Direito Societário*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992.
- LAMY FILHO, Alfredo; e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/A*. vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- _____. *A Lei das S/A (Pareceres)*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- LATORRACA, Nilton; e CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. vol. III. São Paulo, Saraiva, 1988.
- MUNIZ, Joaquim de Paiva. "Poder de controle, conflito de interesses e proteção aos minoritários e stakeholders". *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 28/76, abr.-jun. 2005.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões; e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/A*. vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- _____. *A Lei das S/A (Pareceres)*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. vol. II: *Parte Especial*. Arts. 121 a 249. 8ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2010.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo, Saraiva, 2001.