

# Doutrina & Atualidades

## CONFLITO DE INTERESSES E BENEFÍCIO PARTICULAR: UMA DISTINÇÃO QUE SE IMPÕE DEFINITIVAMENTE DIRIMIR

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

1. Regra elementar de interpretação determina que a lei não pode conter palavras ou expressões inúteis.

Dessa forma, as expressões “beneficiário de modo particular” e “interesse conflitante com o da companhia”, constantes do § 1º, do art. 115, da Lei 6.404/1976 (L.S.A), devem ser distinguidas, a fim de solucionar a grave perplexidade que domina a matéria, com reflexos na jurisprudência dos tribunais e da CVM.

2. Principiemos pelo conceito de interesse conflitante.

Assim dispõem o art. 115, e seu § 1º, da Lei de S/A:

“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 assembléia<sup>1</sup> 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.*”

Como se pode perceber, o § 1º do art. 115, supracitado, estabelece uma proibição: o acionista *não pode votar* quando tiver interesse conflitante com o da companhia.

O que se entende por *interesse conflitante*, porém? Eis o cerne da questão: o que a lei proíbe?

3. Segundo alguns, o interesse conflitante residiria sempre que o acionista estivesse em posição contrastante com a companhia, como ocorre na hipótese de deliberação sobre a aprovação de um contrato bilateral entre aquele e esta.

Vale dizer, sempre que o acionista estiver em posição *formalmente* (ou *potencialmente*) conflitante com a companhia ele estaria proibido de votar.

Segundo outros, o interesse conflitante só se verificaria quando, na mesma hipótese acima retratada, o acionista fizer prevalecer o *seu* interesse em detrimento do interesse da companhia, ou seja, quando aprovar um contrato favorável a si próprio e prejudicial à companhia.

Vale dizer, sempre que o acionista estiver em posição *substancialmente* (ou *materialmente*) conflitante com a companhia, ele estaria impedido de votar.

1. Recuso-me a tirar o acento, confessando, assim, despudoradamente, meu desrespeito à reforma ortográfica...

4. Há anos, desde que elaborei a minha dissertação de Mestrado sobre o tema, em 1991,<sup>2</sup> me debruço sobre essa questão.

E, a meu ver, a interpretação *sistemática* da Lei de S/A (LSA) leva, indisputavelmente, à seguinte posição: o acionista só está impedido de votar quando pretender fazer prevalecer o seu interesse *em prejuízo* do interesse da companhia.

O conflito é, pois, de natureza *substancial* – e não, formal.

Final, se o contrato for *útil* à companhia, não há razão para proibir o voto do acionista.

5. Ora, a hipótese de realização de um contrato entre o acionista e a companhia consiste justamente na hipótese *paradigmática* de conflito *formal* de interesses, que Francesco Galgano denomina de *ipotesi di scuola*.<sup>3</sup>

O que diz a LSA a respeito de um contrato entre o acionista (o acionista controlador!) e a companhia?

Diz o seguinte:

“Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

“§ 1º. São modalidades de exercício abusivo de poder:

(...).

“(f) *contratar com a companhia*, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, *em condições de favorecimento ou não eqüitativas*.”

*A contrario sensu*, portanto, a nossa lei *permite* que o acionista contrate com a companhia, desde que o faça em condições eqüitativas, sem favorecimento pessoal – e sem prejuízo para a companhia.<sup>4</sup>

2. Publicada em 1993, sob o título *Conflito de Interesses nas Assembléias de S/A*, pela Malheiros Editores.

3. *La Società per Azioni*, vol. 7 do *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Pádua/Itália, CEDAM, 1984, p. 230.

4. Insatisfeito com a solução dessa norma – mas ao mesmo tempo reconhecendo que *legem habemus*

E mais: como se observou, permite que o próprio acionista *controlador* (que determina a vontade da companhia!) o faça.

Fosse intenção do legislador vedar a prática do ato (ou do voto) em hipóteses de conflito formal de interesses jamais admitiria tal contratação!

6. Outro dispositivo que leva a essa mesma conclusão é aquele constante do § 2º, do art. 156, da LSA, que trata do conflito de interesses do administrador (que também determina a vontade da companhia!).

Leia-se:

“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.

“§ 1º. Ainda que observado o disposto neste artigo, *o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou eqüitativas, 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.”

Como se vê, um contrato realizado entre o administrador e a companhia somente é anu-

– Fábio Konder Comparato anotou: “A nova lei de sociedades por ações não se omitiu a respeito. Considerou modalidade de abuso de poder, pelo controlador, ‘contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento, ou não eqüitativas’. Deveria, no entanto, ter exigido a prévia autorização da assembléia geral, sem o voto do controlador” (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008 p. 403 – com notas de texto de Calisto Salomão Filho) (destaques nossos).

lável se efetuado *com infração do disposto no § 1º* (e não do *caput!*), ou seja, em condições de favorecimento pessoal, não eqüitativas, com *prejuízo* para a companhia.<sup>5</sup>

É a plena confirmação de que o legislador não veda a realização de atos (ou o proferimento de votos) somente pela presença de um conflito *formal* de interesses.

7. Mas a interpretação sistemática da LSA não pára por aí.

A mesma exegese se colhe do disposto no art. 245, que cuida das operações realizadas pelos administradores nos assim chamados grupos societários “de fato”:

“Art. 245. Os administradores não podem, *em prejuízo da companhia*, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, *observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado*; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo”.

*A contrario sensu*, como se percebe, os administradores da companhia podem realizar operações *não comutativas*, favorecendo sociedade coligada, controladora ou controlada, desde que haja *pagamento compensatório adequado* – que a lei nem define o que seja, deixando tal compensação, portanto, a critério dos próprios administradores.

É mais um sinal evidente de que o legislador não teve por fim – definitivamente! – vedar a efetivação de negócios unicamente em razão de conflitos *formais* de interesse.

8. Até aqui vimos que a LSA, de maneira *geral*, mediante regras *gerais* – e não *tópicas* ou *específicas* – não proíbe as operações

realizadas em situação de conflitos formais de interesse.

O que a lei veda é o conflito *substancial*: operações não eqüitativas, realizadas em desacordo com os valores de mercado, em condições não comutativas, etc.

9. Mas há um outro dispositivo – altamente significativo – que trata de hipótese *tópica*, e do qual se haure a mesma interpretação decorrente das normas gerais.

Ei-lo:

“Art. 264. *Na incorporação, pela controladora, de companhia controlada*, a justificação, apresentada à assembléia geral da controlada, deverá conter, além das informações previstas nos arts. 224 e 225, o cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas não controladores da controlada com base no valor do patrimônio líquido das ações da controladora e da controlada, avaliados os dois patrimônios segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, no caso de companhias abertas.

(...).

“§ 3º. Se as relações de substituição das ações dos acionistas não controladores, previstas no protocolo da incorporação, forem menos vantajosas que as resultantes da comparação prevista neste artigo, *os acionistas dissidentes da deliberação da assembléia geral da controlada que aprovar a operação, observado o disposto nos arts. 137, II, e 230, poderão optar entre o valor de reembolso fixado nos termos do art. 45 e o valor do patrimônio líquido a preços de mercado.*”

Eu disse que essa hipótese é altamente significativa pelo seguinte: na incorporação de companhia controlada *não há duas maiorias*, como em uma incorporação normal, em que a incorporação é deliberada pela maioria dos acionistas da incorporadora (art. 227, § 1º, da LSA) e pela maioria dos acionistas da incorporada (art. 227, § 2º).

5. Nesse sentido, o parecer de minha autoria, publicado em *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa* (São Paulo, Malheiros Editores, 2009), intitulado “Conflito de interesses de administrador na incorporação de controlada” (pp. 334 e ss.), em que explorei longamente a questão.

Na incorporação de companhia controlada, a maioria da controladora é que decide a operação por ambas as companhias.<sup>6</sup>

E, no entanto, mesmo assim, nessa situação de evidente *conflito formal* de interesses, a lei permite que a acionista controladora exerça o direito de voto.

Se não pudesse exercê-lo, aliás, não se atingiria o quórum qualificado previsto para a incorporação (“metade, no mínimo, das ações com direito a voto”, cf. art. 136, *caput*, da LSA) e não se justificaria, minimamente, o direito de recesso concedido aos acionistas minoritários no § 3º, do art. 264, supracitado.

10. E se tudo isso não bastasse, deve-se lembrar ainda que, por ocasião da parcial reforma da LSA, mediante a Lei 10.303/2001, pretendeu-se acrescentar ao art. 115, de início transcrito, os seguintes dispositivos:

“§ 5º. Poderá ser convocada assembleia geral para deliberar quanto à existência de conflito de interesses e à respectiva solução, por acionistas que representem 10% (dez por cento), no mínimo, do capital social, observado o disposto no parágrafo único, alínea c, parte final, do art. 123.

“§ 6º. A assembleia a que se refere o § 5º também poderá ser convocada por titulares de ações com direito a voto que representem, no mínimo, 5% (cinco por cento) do capital votante.

“§ 7º. No curso da assembleia geral ordinária ou extraordinária, os acionistas a que se refere o § 6º poderão requerer que se delibere sobre a existência de conflito de

interesses, não obstante a matéria não constar da ordem do dia.

“§ 8º. Decaia o direito de convocar a assembleia de que trata o § 5º os acionistas que não o fizerem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que tiverem ciência inequívoca do potencial conflito de interesses.

“§ 9º. Caso a assembleia geral, por maioria de votos, delibere haver conflito de interesses, deverá especificar as matérias nas quais o acionista em situação de conflito ficará impedido de votar.

“§ 10. A assembleia especificada no § 9º poderá delegar, com a concordância das partes, à arbitragem a solução do conflito.”

Alvitrava-se, portanto, que a própria assembleia deliberasse sobre a existência de conflito de interesses.

Os parágrafos referidos, entretanto, por ocasião do sancionamento da Lei 10.303/2001, foram vetados pelo Presidente da República, por meio da Mensagem n. 1.213, de 31.10.2001, com base nas seguintes -- e judiciosas -- considerações:

“A necessidade de se vetar os parágrafos acima transcritos *decorre de manifesto conflito com o interesse público*, em razão da constatação de que a assembleia para deliberação acerca da existência de conflito de interesses de que tratam os citados dispositivos se afigura inócua em termos de proteção ao acionista minoritário. *Com efeito, não há como afastar o voto do acionista controlador no conclave pretendido* -- sob pena de se atribuir aos minoritários o inédito poder de, indiretamente, vetar qualquer deliberação a partir da alegação de existência de conflito do controlador, e de se desconsiderar o próprio conflito de interesses do minoritário na assembleia especial, o que demonstra a inexistência de efetividade na proposta apresentada.

“Em realidade, as regras acima enfocadas trariam, na prática, apenas confusão, podendo, inclusive, servir para supostamente confirmar a inexistência de um conflito cuja

6. “A incorporação de companhia controlada requer normas especiais para a proteção de acionistas minoritários, por isso que não existem, na hipótese, duas maiores acionárias distintas, que deliberem separadamente sobre a operação, defendendo os interesses de cada companhia” (Exposição de Motivos da LSA; confira-se o trecho citado na obra dos autores do anteprojeto, Bulhões Pedreira e Lamy Filho, *A Lei das S/A*, 3ª ed., 1º vol., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 257).

presença caberia ao Poder Judiciário avaliar, ou mesmo para motivar um aumento de ações judiciais envolvendo o controvertido tema de que se cuida.”

II. Não pode haver qualquer dúvida, portanto, de que a situação de conflito de interesses é de natureza *substancial* e não formal – e só pode ser verificada *ex post*, ou seja, após o voto ser proferido, e não *ex ante*.

A deliberação somente é anulável se o acionista (controlador ou não!), *ao votar*, sacrificar o interesse da companhia ao seu próprio interesse, trazendo prejuízo, ainda que potencial, a esta última.

12. Essa orientação do legislador brasileiro, no sentido de vedar apenas os conflitos substanciais de interesse, com exceção das três primeiras hipóteses do § 1º, do art. 115, da LSA, que são de conflito formal, deve-se, como salientado por Luiz Gastão Paes de Barros Leães e outros, à realidade insuprimível que constituem hoje os grupos societários.

Conforme bem argumenta o Mestre, trazendo à colação a lição de Luigi Mengoni, a proibição de conflitos meramente formais (*divieto di voto*, no direito italiano), como sistema de tutela do interesse da companhia,

“(…) vem sendo restringida gradativamente a hipóteses excepcionais, em face das necessidades do mundo econômico moderno, caracterizado pela concentração empresarial. Nas relações entre sociedades controladoras e controladas, estas perdem grande parte de sua autonomia empresarial. É a sociedade controladora que toma, soberanamente, as decisões mais importantes. Essa perda de autonomia de gestão empresarial traduz-se, freqüentemente, senão sempre, pelo sacrifício dos interesses de cada sociedade ao interesse do grupo. A lei sanciona essa realidade e estabelece regras para a convivência entre ambas, já que, formalmente, elas se encontram sempre em posição de potencial conflito de interesses. Daí a tendência a adotar um sistema de controle *ex post* do exercício de voto, fulminando-o quando, do conflito de interesse, resulte ele objetivamente idôneo a

acarretar dano à sociedade ou a outros acionistas, ou perseguir vantagens indevidas, para si ou para outrem”.<sup>7</sup>

13. Os que entendem diversamente parecem não se dar conta das nefastas conseqüências que sua posição acarreta.

Tais funestas conseqüências foram brilhantemente demonstradas por Luiz Antonio de Sampaio Campos, ex-diretor da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), em eruditíssimo voto proferido no Inquérito Administrativo CVM TARJ 2002/1.153.<sup>8</sup>

“81. E o que é pior – e parece-me que não se tem atentado para isso com a devida reflexão – é que, se o voto proferido pelos acionistas a quem seria permitido votar contrariasse o interesse social, o máximo que se obteria seria a *desconsideração do voto*, mas *jamais a aprovação da deliberação*, já que, nessa hipótese não haveria a possibilidade de uma decisão judicial que suprisse a manifestação – ou a não manifestação – de vontade dos acionistas.<sup>9</sup> Não se atingiria jamais o conteúdo positivo de uma deliberação, mas apenas a desconstituição dos votos viciados. Ou o que talvez fosse pior, *esses acionistas poderiam apenas e comodamente optar por não comparecer a assembléia ou nela comparecendo se absterem de votar*. Nessas hipóteses, *não haveria nem mesmo voto a ser anulado* e permaneceria a mesma questão da impossibilidade de se dar um conteúdo positivo à deliberação”.<sup>10</sup>

7. Em Parecer intitulado “Ação de anulação de deliberação assemblear decorrente de voto de acionista com interesse conflitante”, na apelação cível n. 129.414-1/4, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, p. 22, destaques nossos (desse Parecer se extraiu o estudo intitulado “Conflito de interesses e vedação de voto nas assembleias de sociedades anônimas”, in RDM 92/107).

8. A íntegra do voto acha-se na *Revista de Direito Mercantil* – RDM 128/228-244.

9. *Nota nossa*: a única hipótese – exceção à regra geral – em que a lei permite ao Poder Judiciário dizer qual é o interesse da companhia é a de *empate* nas deliberações assembleares, cf. art. 129, § 2º, da LSA.

10. Ob. cit., p. 241, destaques nossos.

Se se adotasse a tese do conflito formal, portanto, a deliberação ficaria nas mãos da minoria e jamais seria possível – mesmo quando se pudesse anular os votos dessa minoria, o que não ocorreria, entretanto, em caso de *abstenção* ou *não comparecimento* – obter uma deliberação positiva.

Como bem lembra o voto em questão, tal solução não guarda simetria com a adoção da tese oposta, do conflito substancial, que melhor protege os interesses da minoria, da maioria e da própria sociedade:

“82. A assimetria me parece evidente, na primeira hipótese (*i.e.* da operação ter sido celebrada em decorrência do voto viciado), *ao menos em tese, é possível se atingir a justiça, qual seja, desconstituir os votos viciados e a deliberação, caso tenham sido tais votos determinantes para a sua adoção, desfazendo-se o negócio sem prejuízo das eventuais perdas e danos;* nas segunda e terceira hipóteses, desconstitui-se o voto, mas não se atinge o conteúdo positivo da operação, podendo-se eventualmente obter perdas e danos na segunda hipótese, mas dificilmente na terceira.

“83. O sistema que a meu ver melhor compõe os interesses envolvidos e melhor resolve a questão é aquele que exige que a operação seja eqüitativa, que o pagamento seja adequado, em condições de mercado, como aliás já exige o art. 245 da Lei n. 6.404/1976. Isso deveria ser atingido através de opiniões de especialistas independentes, que atestariam, em benefício da companhia e de seus acionistas como um todo, a justiça e a correção da operação com a parte interessada, respondendo perante estas pessoas. Nessa mesma linha, não pode ser olvidado o fato de que, na maioria dos casos, há também manifestação da administração da companhia envolvida sobre a conveniência e a oportunidade do negócio proposto, o que, ao menos a princípio, milita em favor da boa-fé, inclusive em razão do dever de lealdade à companhia a que os administradores são sujeitos.

“(…)”

“85. A pergunta que se faz é relativamente óbvia: se há uma fórmula que permite o voto e se permite a desconstituição deste voto se viciado, se violador do interesse social, por que razão não adotá-la, *vez que esta tese conciliaria todos os interesses daqueles que pretendessem votar e da sociedade que não pode se ver espoliada de seus interesses?* Só encontro a resposta no capricho ou no preconceito, argumentos que jamais me convenceram.”<sup>11</sup>

14. Passo, agora, ao conceito do *benefício particular*, que já enfrentei anteriormente em comentário a julgado da CVM.<sup>12</sup>

No início deste artigo, lembrei a regra exegética segundo a qual a lei não pode conter palavras ou expressões inúteis.

Dessa forma, o § 1º do art. 115, que cuida do *benefício particular* e do *interesse conflitante*, deve comportar exegese que distinga as duas hipóteses:

“§ 1º. O acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia 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”.

O que significa *benefício particular*? E o que o distingue do *conflito de interesses*?

A nossa LSA, diretamente influenciada pela lei alemã, no particular, dá mostras significativas da distinção entre essas duas situações.

15. *Benefício particular* é a vantagem *lícita*, que a lei permite seja concedida ao acionista (*enquanto acionista*, ou mesmo a terceiro), embora tal vantagem rompa o *princípio de igualdade* entre eles.

Leia-se a lição (citada por quase todos os doutrinadores) de Miranda Valverde (o autor do anteprojeto da antiga LSA):

11. Ob. cit., pp. 241-242, destaques nossos.

12. “Ainda o conceito de benefício particular”, in RDM 149-150/311-322.

“Se – para exemplificar – a assembléa geral resolve atribuir (art. 87, parágrafo único, g<sup>13</sup>) uma bonificação a determinados acionistas, por este ou aquele motivo não poderão eles, como diretamente interessados, tomar parte nessa deliberação. *Esta, com efeito, virá beneficiá-los de modo particular; quebrando, ainda que justo seja o tratamento, e a lei o permita, a regra de igualdade de tratamento para todos os acionistas da mesma classe ou categoria* (art. 78<sup>14</sup>). A vantagem conferida a um ou mais acionistas, comumente, consiste em uma participação nos lucros líquidos da sociedade, durante certo tempo, ou no direito, algumas vezes extensivo aos herdeiros, de receber determinada soma, por mês, ou anualmente, a título de pensão ou aposentadoria. Representa quase sempre, a recompensa pelos trabalhos ou serviços prestados pelo acionista à companhia”.<sup>15</sup>

Benefício particular, portanto – repita-se – é a *vantagem lícita*, que pode ser concedida a um ou mais acionistas.

13. *Nota nossa*: Trata-se de artigo da nossa anterior Lei de Sociedades Anônimas (Decreto-lei 2.627/1940), que dizia o seguinte: “Art. 87. A assembléa geral tem poderes para resolver todos os negócios relativos ao objeto de exploração da sociedade e para tomar as decisões que julgar convenientes à defesa desta e ao desenvolvimento de suas operações. Parágrafo único. É da competência privativa da assembléa geral: (...) g) votar *quaisquer vantagens* em benefício de fundadores, acionistas ou terceiros e autorizar a emissão de ‘Partes Beneficiárias’”.

14. *Nota nossa*: o art. 78 do Decreto-lei 2.627/1940 foi praticamente repetido pelo art. 109 da atual Lei de S/A, e era do seguinte teor: “Nem os estatutos sociais, nem a assembléa geral poderão privar qualquer acionista: a) do direito de participar dos lucros sociais, observada a regra da igualdade de tratamento para todos os acionistas da mesma classe ou categoria; b) do direito de participar, nas mesmas condições da letra ‘a’, do acervo social, no caso de liquidação da sociedade; c) do direito de fiscalizar, pela forma estabelecida nesta Lei, a gestão dos negócios sociais; d) do direito de preferência para a subscrição de ações, no caso de aumento do capital; e) do direito de retirar-se da sociedade, nos casos previstos no art. 107. Parágrafo único. Os meios, processos ou ações, que a lei dá ao acionista para assegurar os seus direitos, não podem ser elididos pelos estatutos”.

15. Ob. cit., p. 67 (grifos nossos).

Está aí para confirmá-lo o disposto no art. 84, inciso VI, da LSA que, ao cuidar do prospecto (no caso de constituição de companhia), diz:

“Art. 84. O prospecto deverá mencionar, com precisão e clareza, as bases da companhia e os motivos que justifiquem a expectativa de bom êxito do empreendimento, e em especial:

“(…)”

“VI – as vantagens particulares [veja-se que a lei usa, como sinônimo de benefício particular, tal como a lei anterior o fazia, a palavra *vantagem*] a que terão direito os fundadores ou terceiros, e o dispositivo do projeto do estatuto que as regula.”

O acionista não pode votar porque está-se-lhe concedendo um *favor*, que muitas vezes, inclusive, é difícil de avaliar, representando algo aleatório.

Relembre-se o exemplo da aposentadoria, dado por Valverde: concede-se a vantagem de aposentadoria para o acionista fundador, extensiva aos herdeiros. Como se vai aferir se isto é comutativo ou não? O acionista estaria se outorgando um prêmio. Da mesma forma, emitem-se em favor dos acionistas fundadores partes beneficiárias (art. 46 da LSA), que concedem direito aos lucros, pelo prazo de dez anos, por exemplo. A quanto montarão esses lucros?

Para caracterização do benefício particular, há de haver, assim, um *favor* ao beneficiário, *na sua condição de acionista, que recebe mais do que dá*<sup>16</sup> – Valverde e diversos outros autores acentuam o caráter *contratual* desse ato, em favor do interessado, *rompendo o princípio da igualdade entre os sócios*.

16. Cf. Dominique Schmidt, *Conflits d'Interêt dans la Société Anonyme*, Nova versão, Paris, Joly Editions, 2004, n. 92, pp. 99-100. No mesmo sentido: Paul Le Camu (*Droit des Sociétés*, 2ª ed., Monchrestien, 2003, n. 607, p. 367); Maurice Cozian, Alain Viandier e Florence Deboissy (*Droit des Sociétés*, 18ª ed., Litec, 2005, n. 463, p. 218); e Philippe Merle (*Droit Commercial – Sociétés Commerciales*, 11ª ed., Dalloz, 2007, n. 262, p. 290).

Ou, de qualquer forma, uma situação em que não seja possível aferir, de antemão, o caráter *comutativo* do ato, como na hipótese do direito aos lucros futuros – que poderão até não existir.<sup>17</sup> Como quer que seja, a lei permite tais vantagens, tratando-se, pois, de negócios lícitos.

16. E quando ocorre o conflito de interesses? Ocorre quando o acionista busca uma vantagem *ilícita*.

A mesma distinção que se faz no direito alemão.

É o que diz o *caput* do art. 115 (que teve evidente inspiração no § 243, 2, da Lei Acionária alemã – *Aktiengesetz*<sup>18</sup>):

17. Segundo o grande e saudoso Mestre Caio Mário da Silva Pereira, “são *comutativos* os contratos em que as prestações de ambas as partes *são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores*. Não se exige a igualdade rigorosa destas, porque os bens que são objeto dos contratos não têm valoração precisa. Podendo ser, portanto, estimadas desde a origem, os contratantes estipulam a avença, e fixam prestações que aproximadamente se correspondem” (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, *Contratos*, 11ª ed., Forense, 2004, revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 por Régis Fichtner, p. 68; itálico do original, negritos nossos). No mesmo sentido, Orlando Gomes: “Nos *contratos comutativos*, a relação entre *vantagem e sacrifício* é *equivalente, havendo certeza quanto às prestações*” (*Contratos*, 26ª ed., revista e atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Marino Crescenzo, Forense, 2007, p. 88; itálicos do original, negritos nossos). Na hipótese de contrato comutativo, portanto – em que as prestações são de antemão certas e conhecidas –, se houver *vantagem* em favor do acionista, *em prejuízo da companhia*, está-se no campo do *conflito de interesses* e não no do *benefício particular*.

18. E que é do seguinte teor (tradução livre): “A anulação [*da deliberação*] pode também fundar-se no fato de um acionista, mediante o exercício do voto, ter tentado obter, para si ou para terceiros, *vantagens particulares* em detrimento da sociedade ou de outros acionistas e a deliberação for idônea a servir a essa finalidade”. No original: “Die Anfechtung kann auch darauf gestützt werden, dass ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts für sich oder einen Dritten *Sondervorteile* zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre zu erlangen suchte und der Beschluss geeignet ist, diesem Zweck zu dienen”. De outra parte, o § 26 da *Aktiengesetz*, que trata das *vantagens particulares* e das despesas por ocasião da fundação da sociedade,

“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 [*voto ad emulatio-nem*], 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”.

Esta é, pois, a distinção, em nosso entender. O benefício particular é a vantagem *lícita*, que pode ser outorgada estatutariamente, mas que impede o acionista beneficiário de votar, porque representa um *favor* ou algo *aleatório*. Tem, geralmente, um caráter de liberalidade, mesmo quando se trata de compensar serviços prestados.

Quando o acionista, porém, busca uma vantagem *ilícita*, abusiva, com o exercício do voto, em detrimento, atual, ou mesmo potencial, da companhia ou outros acionistas, caracteriza-se o conflito de interesses.

Relembre-se que, quando se trata de negócio jurídico *em condições equitativas, razoáveis, de mercado, comutativas*, a lei *permite expressamente* que o mesmo seja realizado *com o concurso da declaração de vontade do acionista ou administrador* com quem será realizado (arts. 117, § 1º, “1º”, 156, §§ 1º e 2º, e 245 da Lei de S/A, mais acima analisados).

17. Essa é a minha contribuição para dirimir a questão objeto deste artigo.

### *Bibliografia*

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz; e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/A*. 1ª vol., 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. “Voto proferido no Inquérito Administrativo CVM TARI

diz, no seu inciso 1, que toda *vantagem particular (Sondervorteil)* concedida a um determinado acionista ou terceiro deve ser fixada no estatuto com a indicação do beneficiado – aqui, portanto, cuida-se da vantagem lícita, expressamente permitida pela lei, exatamente como prevê o art. 84, VI, da nossa LSA.



- 2002/1.153". In: *RDM* 128/228-244. São Paulo: Malheiros Editores, out.-dez./2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, com notas de texto de Calixto Salomão Filho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain; e DEBOISSY, Florence. *Droit des Sociétés*. 18ª ed. Paris: Litec, 2005.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de Interesses nas Assembleias de S/A*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- \_\_\_\_\_. "Ainda o conceito de benefício particular" (comentário a julgado da CVM). In: *RDM* 149-150/311-322. São Paulo: Malheiros Editores, jan.-dez./2008.
- GALGANO, Francesco. *La Società per Azioni*. vol. 7, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. Pádua: CEDAM, 1984.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., revista e atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Marino Crescenzo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. "Ação de anulação de deliberação assemblear decorrente de voto de acionista com interesse conflitante". Parecer na Apelação Cível n. 129.414-1/4, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
- \_\_\_\_\_. "Conflito de interesses e vedação de voto nas assembleias de sociedades anônimas". In: *RDM* 92/107. São Paulo: Malheiros Editores.
- LE CANNU, Paul. *Droit des Sociétés*. 2ª ed. Paris: Monchrestien, 2003.
- MERLE, Philippe. *Droit Commerciale – Sociétés Commerciales*. 11ª ed. Paris: Dalloz, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. III, *Contratos*. 11ª ed. revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, por Régis Fichtner. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- SCHMIDT, Dominique. *Conflits d'Intérêt dans la Société Anonyme*. Nova versão. Joly Editions, Paris: 2004.