

Calixto Salomão Filho

O NOVO  
DIREITO  
SOCIETÁRIO

3ª edição, revista e ampliada



*Calixto Salomão Filho*

***O NOVO DIREITO  
SOCIETÁRIO***

*3ª edição,  
revista e ampliada*

 **MALHEIROS  
EDITORES**

# *O Novo Direito Societário*

© CALIXTO SALOMÃO FILHO

*1ª edição: 06.1998; 2ª edição: 06.2002.*

ISBN 85-7420-773-X

*Direitos reservados desta edição por  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940 — São Paulo — SP  
Tel.: (0xx11) 3078-7205 Fax.: (0xx11) 3168-5495  
URL: [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)  
e-mail: [malheiroseditores@terra.com.br](mailto:malheiroseditores@terra.com.br)*

*Composição*  
PC Editorial Ltda.

*Capa*  
*Criação: Vânia Lúcia Amato*  
*Arte: PC Editorial Ltda.*

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*  
10-2006

## SUMÁRIO

<i>PREFÁCIO DA 3ª EDIÇÃO</i> .....	11
------------------------------------	----

---

### PRIMEIRA PARTE – NOVA FUNÇÃO

---

#### *CAPÍTULO I – DIREITO EMPRESARIAL PÚBLICO*

<b>1. Introdução: uma crítica ao neoliberalismo</b> .....	15
<b>2. Crítica aos determinismos econômicos</b> .....	16
<b>3. A teoria jurídica do conhecimento econômico e social</b> .....	17
<b>4. Direito empresarial público</b> .....	19
4.1 <i>Direito antitruste</i> .....	20
4.2 <i>Direito societário</i> .....	22
<b>5. Conclusão</b> .....	23

#### *CAPÍTULO II – INTERESSE SOCIAL: A NOVA CONCEPÇÃO*

<b>1. Introdução</b> .....	25
<b>2. Contratualismo “versus” institucionalismo</b> .....	26
2.1 <i>O contratualismo</i> .....	26
2.1.1 <i>Contratualismo clássico</i> .....	26
2.1.2 <i>Contratualismo moderno</i> .....	29
2.2 <i>A teoria institucionalista</i>	
2.2.1 <i>Institucionalismo publicista</i> .....	30
2.2.2 <i>Intitucionalismo integracionista ou organizativo</i> ..	32
2.3 <i>A situação no Brasil: entre contratualismo e institucionalismo</i> .....	36
<b>3. As teorias modernas</b> .....	38
3.1 <i>A empresa e o interesse social na análise econômica do direito: utilidade e críticas</i> .....	40
3.2 <i>A teoria do contrato organização</i> .....	42

3.3	<i>Efeitos aplicativos</i> .....	45
3.3.1	Conflito de interesses .....	45
3.3.2	Definição de sociedade .....	45
3.3.3	A desconsideração da personalidade jurídica .....	47
3.3.4	Sociedade unipessoal e sociedade sem sócio .....	48
4.	<b>Conclusão</b> .....	49

### CAPÍTULO III – DIREITO SOCIETÁRIO E NOVO MERCADO

1.	<b>Introdução: regras societárias e mercado de capitais</b> .....	51
2.	<b>Problemas estruturais básicos do sistema societário brasileiro</b> .....	53
2.1	Conceito de sociedade – A cooperação como elemento central .....	53
2.2	Minoritário externo .....	55
3.	<b>Tentativa de solução contratual: o Novo Mercado</b> .....	57

---

## SEGUNDA PARTE – NOVA ESTRUTURA

---

### CAPÍTULO IV – DILUIÇÃO DE CONTROLE

1.	<b>Introdução: a realidade econômica</b> .....	63
2.	<b>O debate doutrinário: termos e limites</b> .....	64
3.	<b>Problemas teóricos e práticos</b> .....	68
3.1	Deveres fiduciários dos administradores .....	69
3.2	A separação de poderes no direito societário .....	71
4.	<b>Conclusão</b> .....	73

### CAPÍTULO V – ORGANIZAÇÃO INTERNA: ESTRUTURA ORGÂNICA TRÍPLICE

1.	<b>Introdução</b> .....	75
2.	<b>Função e forma das estruturas societárias</b> .....	76
2.1	O problema da função .....	77
2.2	Conseqüências sobre as estruturas .....	78
2.2.1	Controle concentrado “versus” diluído .....	79
2.2.2	Formas de participação interna .....	80
2.2.3	Estrutura orgânica .....	82
3.	<b>O problema na realidade brasileira</b> .....	
3.1	Disfunção societária .....	83
3.2	Concentração e controle externo .....	84
3.3	Participação interna .....	85
3.4	Estrutura orgânica .....	87
4.	<b>Conclusão</b> .....	88

## CAPÍTULO VI – CONFLITO DE INTERESSES: A OPORTUNIDADE PERDIDA

1. <b>Introdução: conflito de interesses como problema e como regra</b> .....	90
2. <b>A solução organizativa do problema de conflito de interesses</b>	91
2.1 <i>Fundamento econômico: a teoria da empresa de Coase</i> ..	91
2.2 <i>Fundamentação jurídica: a moderna visão organizativa da sociedade</i> .....	93
3. <b>A solução através de regra de conflito de interesses</b> .....	93
4. <b>A posição secundária atribuída à matéria na lei de 1976</b> .....	98
5. <b>A reforma da lei das sociedades por ações e o problema do conflito de interesses</b> .....	100
5.1 <i>Ausência de soluções organizativas</i> .....	101
5.2 <i>Soluções baseadas na regra de conflito</i> .....	102
6. <b>Conclusão</b> .....	104

## CAPÍTULO VII – ACORDO DE ACIONISTAS COMO INSTÂNCIA DA ESTRUTURA

<i>SOCIETÁRIA</i> .....	105
1. <b>Acordo de acionistas como pacto parassocial</b> .....	106
2. <b>Realidade e disciplina parassocietária no direito brasileiro</b> ..	109
3. <b>A disciplina parassocietária do acordo de acionistas no sistema brasileiro</b> .....	111
3.1 <i>A integração incompleta do artigo 118</i> .....	111
3.1.1 <i>Limitação do objeto do acordo</i> .....	112
3.1.2 <i>Eficácia do acordo</i> .....	115
3.2 <i>A reforma da lei das sociedades e o acordo de acionistas</i>	117
4. <b>Conclusão</b> .....	119

## CAPÍTULO VIII – “GOLDEN SHARE”: UTILIDADE E LIMITES

1. <b>Propriedade e controle</b> .....	120
2. <b>Separação entre propriedade e controle na lei brasileira: contornos e limites</b> .....	122
3. <b>As duas espécies de “golden share”</b> .....	124
4. <b>Conclusão</b> .....	127

## CAPÍTULO IX – ALIENAÇÃO DE CONTROLE: O VAIVÉM DA DISCIPLINA E SEUS PROBLEMAS

1. <b>Introdução</b> .....	128
2. <b>Liberdade de disposição dos acionistas</b> .....	130
3. <b>Alienação de controle e interesse dos minoritários</b> .....	131
4. <b>Alienação de controle e interesse social</b>	
4.1 <i>Considerações gerais</i> .....	137
4.2 <i>O papel dos administradores</i> .....	140
4.2.1 <i>A solução norte-americana</i> .....	141

4.2.2	A solução alemã .....	143
4.2.3	Conflito de interesses formal? .....	145
4.2.4	Técnicas de defesa: legitimidade .....	148
<b>5.</b>	<b>Conclusão</b> .....	<b>151</b>
<b>CAPÍTULO X – INFORMAÇÃO COMPLETA, DIREITO SOCIETÁRIO E</b>		
	<b>MERCADO DE CAPITAIS</b> .....	<b>153</b>
<b>1.</b>	<b>O princípio da informação completa: importância para o mercado de capitais</b> .....	<b>154</b>
1.1	A informação plena .....	155
1.2	A informação acessível a todos .....	158
<b>2.</b>	<b>A questão estrutural: poder de controle e assimetria de informação</b> .....	<b>159</b>
<b>3.</b>	<b>Conclusões</b> .....	<b>162</b>

### TERCEIRA PARTE – NOVA RESPONSABILIDADE

#### CAPÍTULO XI – DEVERES FIDUCIÁRIOS DO CONTROLADOR

<b>1.</b>	<b>Introdução</b> .....	<b>167</b>
<b>2.</b>	<b>Deveres fiduciários no direito societário</b>	
2.1	A realidade societária brasileira .....	169
2.2	Os deveres fiduciários do acionista controlador .....	169
2.3	Deveres fiduciários e conflito de interesses do controlador .....	171
2.4	Deveres fiduciários do controlador enquanto administrador direto e indireto da sociedade .....	173
<b>3.</b>	<b>Limites e deficiências</b> .....	<b>175</b>

#### CAPÍTULO XII – FORMAS SOCIETÁRIAS E NÃO-SOCIETÁRIAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE INDIVIDUAL

<b>1.</b>	<b>O problema da limitação de responsabilidade do comerciante individual: origem da discussão atual</b> .....	<b>178</b>
1.1	A teoria ficcionista .....	179
1.2	As teorias do patrimônio de afetação .....	180
1.3	A concepção de Gierke .....	182
1.4	Relatividade histórica e valor atual da discussão .....	185
<b>2.</b>	<b>A separação patrimonial do comerciante individual no direito moderno</b>	
2.1	Colocação do problema .....	188
2.2	Formas de limitação de responsabilidade do comerciante individual .....	191
2.2.1	As críticas à fórmula societária .....	192

2.2.2	As tentativas de construção em forma não-societária .....	194
2.2.3	Conclusão: sociedade unipessoal <i>versus</i> empresa individual .....	197
2.3	<i>A limitação de responsabilidade do comerciante individual no Brasil</i> .....	203
2.3.1	Patrimônio separado .....	203
2.3.2	Sociedade unipessoal .....	206
2.4	Conclusão .....	206

### CAPÍTULO XIII – A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1.	<i>Antecedentes</i> .....	208
2.	<i>A teoria unitarista</i> .....	210
3.	<i>Resultados aplicativos: desconconsideração e falência</i> .....	213
4.	<i>A teoria dos centros de imputação</i> .....	217
5.	<i>Resultados aplicativos: a casuística</i>	
5.1	<i>Desconconsideração atributiva</i> .....	219
5.2	<i>Desconconsideração para fins de responsabilidade</i> .....	220
5.3	<i>Desconconsideração em sentido inverso</i> .....	222
5.4	<i>Desconconsideração em benefício do sócio</i> .....	224
6.	<i>Interpretação e aplicação da teoria da desconconsideração no Brasil</i> .....	226
7.	<i>A desconconsideração da personalidade jurídica como problema e como método</i> .....	233
8.	<i>Os custos da desconconsideração</i> .....	238
8.1	<i>Responsabilidade limitada e livre mercado</i> .....	239
8.2	<i>Responsabilidade limitada em situação de concorrência imperfeita</i> .....	240
8.3	<i>Desconconsideração como forma de redistribuição de riscos</i> .....	243
8.4	<i>Recepção legislativa das teorias no Brasil</i> .....	244
8.5	<i>Os limites econômicos da desconconsideração</i> .....	245

### CAPÍTULO XIV – RESPONSABILIDADE PENAL E CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA

1.	<i>As teorias sobre a pessoa jurídica e sobre a formação da vontade no seu interior</i> .....	248
1.1	<i>A teoria da ficção e o contratualismo</i> .....	249
1.2	<i>A teoria realista e o institucionalismo</i> .....	252
2.	<i>A influência dessas teorias na polêmica sobre o crime da pessoa jurídica</i> .....	253
2.1	<i>O direito comparado</i> .....	254
2.2	<i>A posição do direito brasileiro</i>	
2.2.1	<i>No direito societário: entre contratualismo e institucionalismo</i> .....	258

2.2.2	Crime da pessoa jurídica: reconhecimento positivo	259
2.2.3	Crime de pessoa física através da pessoa jurídica: a Lei 8.137/90 .....	261
3.	<b>Conclusão</b> .....	263
	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	264

## Capítulo VI

### **CONFLITO DE INTERESSES: A OPORTUNIDADE PERDIDA**

*1. Introdução: conflito de interesses como problema e como regra. 2. A solução organizativa do problema de conflito de interesses: 2.1 Fundamento económico: a teoria da empresa de Coase; 2.2 Fundamentação jurídica: a moderna visão organizativa da sociedade. 3. A solução através de regra de conflito de interesses. 4. A posição secundária atribuída à matéria na lei de 1976. 5. A reforma da lei das sociedades por ações e o problema do conflito de interesses: 5.1 Ausência de soluções organizativas; 5.2 Soluções baseadas na regra de conflito. 6. Conclusão.*

#### ***1. Introdução: conflito de interesses como problema e como regra***

O tratamento do tema conflito de interesses padece de uma importante ambigüidade de fundo. É importante entender que existe um problema de conflito de interesses que não se confunde com a regra de conflito. O problema de conflito entre os vários interesses envolvidos pela sociedade (sócios, credores, trabalhadores, comunidade etc.) é algo co-natural a ela mesma. Como se verá em breve é, em verdade, para muitos teóricos a própria função da pessoa jurídica.

Ocorre que o problema de conflito de interesses nem sempre é resolvido através de uma regra de conflito. Aliás, como a experiência comparada sugere, esta não é a mais eficaz das fórmulas, só sendo utilizada quando a forma alternativa é considerada jurídica ou politicamente inviável. A forma alternativa e mais coerente é a solução orgânica ou estrutural.

Por solução orgânica ou estrutural quer-se significar a tentativa de resolver nos órgãos societários o problema de conflito, seja através da incorporação no órgão de todos os agentes que têm interesse ou sofram as conseqüências, ou através da criação de órgãos independentes, não passíveis de ser influenciados pelos interesses conflitantes. Como se verá, obviamente isso não significa eliminar totalmente a aplicação da regra de conflito, mas reduzir bastante sua abrangência.

A solução através da regra de conflito tem um objetivo/função completamente diverso. Torna-se verdadeira regra organizadora da sociedade naqueles sistemas de realidade econômica/societária mais concentrada em que é jurídica e politicamente inviável introduzir soluções organizativas ou naqueles sistemas fortemente contratuais que reduzem o interesse da sociedade ao interesse do grupo de sócios.

Como se verá, o sistema brasileiro, apesar de declarar a intenção de utilizar o primeiro método de solução do problema, nunca passou de uma forma imperfeita de aplicação do segundo. A lei societária, tal qual alterada pela Lei 10.303, de 31.10.2001, mais uma vez, foi bastante realista e nada idealista. Trouxe importantes inovações para a regra de conflito, perdendo totalmente a oportunidade de oferecer soluções organizativas para o problema.

## **2. A solução organizativa do problema de conflito de interesses**

A solução organizativa do problema de conflito de interesses parece sem dúvida ser aquela que mais tem auxiliado a boa governança corporativa. Os sistemas onde é adotada são certamente os mais aptos a resolver o problema de conflito.

Para entender seu significado e extensão é preciso, em primeiro lugar, indagar suas justificativas, tanto econômicas quanto jurídicas.

### *2.1 Fundamento econômico: a teoria da empresa, de Coase<sup>1</sup>*

No campo econômico a justificativa mais básica para a solução organizativa encontra-se na própria concepção de empresa ou sociedade.

1. O recurso ao fundamento econômico justifica-se: o raciocínio econômico é sem dúvida parte importante de qualquer teoria organizativa da empresa, sobretudo por sua capacidade de lançar luz sobre os efeitos das mudanças sobre as relações econômicas (no caso de Coase o principal interesse da teoria é sem dúvida a identificação dos resultados produzidos sobre os custos de transação). A sua utilidade como elemento de análise (e não como determinante de objetivos) é nesse ponto indiscutível (para uma análise crítica da utilidade e objetivos da chamada análise

de. A concepção dominante de empresa no campo econômico é dada no clássico estudo de Coase sobre a natureza da empresa (*The nature of the firm*).<sup>2</sup> Para o autor, a principal função da empresa é eliminar as incertezas e conflitos que provêm das relações de mercado.

A empresa aparece então como forma de dar solução organizativa aos conflitos entre os agentes econômicos no mercado. Reduz custos de transação na medida em que reduz tais conflitos. Coase para aí. Evidentemente que sua teoria, até por sua forte inspiração neoclássica, pouco se preocupa com a convergência para a sociedade de todos os interesses por ela afetados.<sup>3</sup> Mas ao ver como sentido verdadeiro do instituto da empresa a resolução de conflitos e ao impor que esses se-

econômica do direito v. a 1ª edição deste *O novo direito societário*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, pp. 28-30).

2. O estudo de R. Coase, *The Nature of the Firm* é reconhecido como clássico pois revolucionou a visão predominante à época sobre a organização econômica. O postulado de que o sistema econômico é coordenado pelo mecanismo de preços revela-se apenas uma descrição parcial dos fundamentos da organização econômica, “An economist thinks of the economic system as being co-ordinated by the price mechanism and society becomes not an organization but an organism. The economic system ‘works itself’. This does not mean that there is no planning by individuals (...) But this theory assumes that the direction of resources is dependent directly on the price mechanism”. Para Coase, a organização do sistema econômico é também influenciada por uma instituição de primordial importância, a empresa. Nesse sentido, a explicação que reduz a dinâmica da organização econômica ao mecanismo de preços “gives a very incomplete picture of our economic system. Within a firm, the description does not fit at all”. Por outro lado, o determinismo tecnológico aliado à teoria de preços também não é suficiente para dimensionar por completo o fenômeno moderno das grandes corporações, na medida em que explica apenas pequena parte das relações, das quais é parte a empresa, no desenvolvimento de sua atividade. Em sua obra, Coase parte de um postulado a ser negado – o mecanismo de preços como elemento primordial na organização econômica – e identifica a grande empresa como peça chave na organização da economia. Entretanto, o foco de seu estudo não parece ser a elaboração de uma nova teoria econômica da empresa, mas a mudança de paradigma no estudo do fundamento da organização econômica. (cf. O. Williamson e S. G. Winter, *The Nature of the Firm – Origins Evolution and Development*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1993).

3. Na verdade, a teoria de Coase preocupa-se em eliminar o conflito apenas entre os agentes produtivos (basicamente produtores, fornecedores e distribuidores e demais agentes que se relacionam na linha vertical). Mas exatamente por ser integrativa oferece sustentação para a teoria jurídica que procura ver na pessoa jurídica um feixe de interesses integrados por uma organização. É, portanto, a justificativa da integração de interesses (eliminação dos conflitos) e não sua forma (criação de uma organização) que aproximam a teoria econômica de Coase da visão jurídica moderna da empresa.

jam resolvidos internamente, sem dúvida fundamenta concepções jurídicas mais sedimentadas sobre soluções organizativas para o conflito.

A idéia da sociedade como forma de redução de conflito e solução organizativa para redução de custos de transação é muito rica e, isoladamente considerada, uma fonte importante de sustentação para a idéia organizativa.

## 2.2 *Fundamentação jurídica: a moderna visão organizativa da sociedade*

Por outras vias e sob inspiração político-ideológica totalmente diversa, a teoria societária institucional também vislumbra na sociedade forma de solução de conflitos.

Para entender como e porquê, é preciso lembrar como nasceu e evoluiu a idéia institucional, em particular a chamada passagem do institucionalismo *publicista* para o *integracionista* e como, daí, é possível chegar à concepção jurídico-organizativa. Essa passagem foi realizada no Capítulo II. Aqui cumpre apenas ressaltar sua conclusão.

Segundo a moderna teoria da empresa, esta deixa de ser uma forma de organização de poder do controlador, transformando-se em uma forma de integração e solução de conflitos entre fatores que podem cooperar (v. *supra* Capítulo II).

A eliminação de custos de transação entre capital e trabalho, custos que são crescentemente mal solucionados pelo mercado, é função relevante da empresa. Demonstração disso é o ganho em eficiência, produtividade e profissionalismo advindo da solução paritária (ou quase paritária) alemã.

O mesmo se pode dizer sobre outras relações, como, por exemplo, aquelas com os consumidores ou mesmo com os acionistas minoritários.

Particularmente em relação a esses últimos, em panoramas econômicos que, como o brasileiro, demonstram uma clara incapacidade do mercado em defender-lhes os interesses, com crises de confiança que fazem lentamente migrar (e migrar para o exterior) nosso mercado bolsístico, uma intervenção organizativa seria mais que bem-vinda.

## 3. *A solução através de regra de conflito de interesses*

A segunda forma possível de solução de problema de conflito de interesses é a aplicação da regra de conflito. Trata-se de solução em teoria menos traumática, pois envolve menos mudanças estruturais.

Exatamente por isso, no entanto, é extremamente difícil ser bem implementada. A sua aplicação coerente requer uma clara e corajosa definição das hipóteses de conflito.

Duas observações iniciais devem ser feitas sobre a aplicação da regra de conflito. Em primeiro lugar, representa ela indubitavelmente, solução menos realista que a solução estrutural. Parte do princípio que o conflito pode ser eliminado e bem fiscalizado, hipótese um tanto irreal.

A segunda observação é consequência da primeira. Assim definida, a função da regra de conflito torna-se o centro da disciplina societária. É de sua aplicação que dependerá a coesão dos sócios em torno do objetivo social. Não é de se estranhar, portanto, que os sistemas que adotam a concepção contratual de sociedade coloquem a regra de conflito no centro da disciplina societária.<sup>4</sup>

Para bem definir uma regra de conflito assim elevada a primeira tarefa é identificar e definir as hipóteses que podem gerar riscos para a sociedade e qual o grau de risco gerado. Isso não requer um retorno à espinhosa discussão do interesse social. A regra de conflito liga-se nessa hipótese muito mais ao cumprimento de um dever geral fiduciário em relação à gerência ou intervenção sobre qualquer forma de gestão do patrimônio de terceiros<sup>5</sup> do que o agir conforme o interesse social. Demonstração da inutilidade de uma discussão centrada no interesse social são as sempre fracassadas tentativas de identificação entre a disciplina do conflito de interesses e do ato *ultra-vires*.<sup>6</sup>

4. Para a teoria contratualista, o interesse social é traduzido como o interesse comum dos sócios (v. F. Galgano, *Diritto commerciale, Le società*, cit., p. 155). No sistema italiano, embora a realização do interesse social possa ser identificada com o exercício de uma atividade econômica (interesse social preliminar), ou como a maximização da eficiência da empresa com vistas à maximização dos lucros (interesse social intermediário), estes não passam de interesses secundários à causa do contrato de sociedade. O fim maior que norteia a disciplina do interesse nesse sistema é a satisfação do interesse dos sócios através da distribuição de dividendos (interesse social final). Nesse sentido, v. F. Galgano, *Diritto commerciale, Le società*, cit., p. 19.

5. V. L. Enriques, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 187.

6. Na jurisprudência italiana, casos de conflito de interesses envolvendo administradores são freqüentemente decididos com base na disciplina dos atos *ultra vires*. O perigo da equiparação das duas *fattispecies* é o de se chegar ao resultado paradoxal de considerar um ato alheio ao objeto social tão-somente pelo fato de configurar um conflito de interesses, ou mesmo de considerar um ato inerente ao

Apesar de tudo isso, a análise empírica demonstra que paradoxalmente a regra de conflito tem papel muitíssimo pouco relevante no regulamento interno das sociedades. E a razão para essa incompatibilidade entre função e aplicação é simples. Consta-se que a aplicação de uma regra de conflito de interesses em linha com o princípio geral de conflito nos casos de gestão de patrimônio alheio não pode ser feita indistintamente para quem efetivamente gere o patrimônio de terceiro (controlador e administrador)<sup>7</sup> e aquele que não tem esse poder (exemplo: acionista minoritário). Conseqüência disso é em geral o deslocamento da reflexão para os chamados deveres fiduciários de administradores e controladores. Se gestores e não gestores têm posições jurídicas distintas é preciso impor obrigações especiais ao controlador e administrador (gestores) – os chamados deveres fiduciários –, exatamente por administrarem patrimônio alheio. Esses deveres não podem ou devem ser impostos aos demais sócios exatamente por não gerirem patrimônio alheio. Aqui não se está falando então propriamente de regra de conflito, mas de dever fiduciário.

O problema é que tal solução, ainda que correta, representa verdadeira *capitis diminutio* da regra de conflito, que acaba se transformando em uma regra fraca, exatamente por entender-se que o problema será resolvido via imposição de deveres fiduciários.<sup>8</sup> E a realidade exige exatamente o contrário. A discrepância entre posição jurídica e fática dos vários integrantes da pessoa jurídica (controladores e administradores de um lado e acionistas minoritários de outro) impõe que a regra de conflito não adote um critério *de minimis* de incidência. O que se diz é nada mais que o óbvio.

A regra deve ser elaborada visando a impedir a conduta conflitiva daquele que mais pode lesar a sociedade e não daquele que não pode

objeto social tão-somente por não responder ao interesse do administrador ou de terceiro, mesmo se tratando do desenvolvimento de atividades incompatíveis com a persecução do objeto social. Nesse sentido, v. L. Enriques, cit., pp. 453 e ss.

7. É admissível para esses fins a identificação entre controlador e administrador, dada a estrutura societária brasileira, que submete internamente o segundo ao primeiro. Cabe ainda ressaltar que a identificação da função de gestão do patrimônio social nos dois casos levou a lei acionária brasileira, em seu artigo 117, § 3º, a impor os mesmos deveres e responsabilidades a controlador e administradores: “o acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo”.

8. Nesse sentido, a lei acionária brasileira, ao estabelecer regras orientadoras das relações entre administradores e companhia e administradores e acionistas, impõe aos gestores do patrimônio social deveres de diligência, lealdade e informação.

fazê-lo. O direito societário deve então ser regido por um princípio geral de proibição a comportamentos conflitivos e não por uma série desconectada e aprincipiológica de deveres fiduciários. Esses últimos, muito mais que princípios em si, são critérios para aplicação da regra de conflito.

Dessa conclusão óbvia, a que, como se verá, não chegou o legislador brasileiro, decorrem conseqüências aplicativas importantes. A principal delas pode ser assim formulada: se a regra de conflito tem valor em si é então a partir dela que deve ser controlado o comportamento de administradores e acionistas. Evitam-se assim as infundáveis e com frequência infrutíferas discussões sobre o interesse social.<sup>9</sup>

A tradicional classificação entre hipóteses de conflito de interesse formal e material deve então ser revisitada.<sup>10</sup> Não para ser negada, mas sim para ser transformada em diferença entre situações em que se verifica forte perigo de comportamento incorreto e situações em que isso não ocorre. A diferença não é apenas semântica. Implica deslocar a questão da análise e comparação do ato e sua relação com o interesse social para a verificação da situação e dos deveres mínimos de cuidado de administradores e controladores. Retorna-se, como dito acima, portanto, aos deveres de cuidado e fiduciários não como disciplina substitutiva do conflito de interesse, mas como critério para sua apuração.

Na primeira hipótese de conflito, que de ora em diante denominar-se-á potencial ou formal, não é, portanto, necessário sequer indagar de lesão ao interesse social ou à sociedade. Exatamente como nos casos da gestão ou administração de negócios de terceiros em geral haverá conflito formal toda vez que *a priori* o agente tiver interesse direto no negócio ou ato. Como interesse direto deve-se entender toda

9. É cediço afirmar que o valor principal da discussão do interesse social está na conformação estrutural de órgãos societários (daí a sua importância dentro da solução estrutural) e no direcionamento geral da atividade social, e não na possibilidade de controle de cada ato societário individualmente considerado.

10. Essa nomenclatura é utilizada por A. Gambino no clássico artigo “La disciplina del conflitto di interesse del sócio”, in *Rivista di diritto commerciale*, 1969, I, pp. 371 e ss. Na doutrina brasileira tem se preferido, para interpretar o artigo 115 da lei societária adotar a nomenclatura proibição de voto e conflito de interesses, sendo portanto o termo conflito de interesses identificado apenas às hipóteses de conflito de interesses material (v. a respeito L. G. Leães, “Conflito de interesses”, in *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*, São Paulo, Ed. RT, 1989, p. 25, no mesmo sentido e com boa resenha das opiniões doutrinárias, E. Valladolid França, *Conflito de interesses nas assembléias de S.A.*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 91).

aquela hipótese em que o gestor for direta contraparte ou de qualquer forma tiver interesse maior na contraparte da sociedade. Outra característica necessária do conflito de interesse como princípio geral é que se aplica apenas aos gestores (administradores e controladores) e não àqueles que não têm esse mesmo poder.<sup>11</sup> Essa é, como se verá, uma das principais contradições da legislação societária brasileira (em especial de seu artigo 115) e também um dos principais motivos da incoerência de sua aplicação.

O conflito de interesses substancial ou atual deve ao inverso ser aplicado de maneira uniforme para todos os sócios e administradores. É a regra geral de conflito que na verdade se reduz a um critério de culpa. É interessante notar que o critério não é mais o de culpa *in concreto* do antigo administrador de negócios romano. O critério é agora de uma culpa *in abstracto* parametrada por uma razoabilidade de mercado. Entende-se que as transações de mercado (desde que esse mercado seja competitivo e não monopolizado) fornecem critério muito mais seguro para apuração da razoabilidade da transação (até porque não é freqüente a hipótese em que há comportamentos anteriores do administrador obrando em seu próprio negócio).<sup>12</sup> Assim, como critérios de

11. É interessante notar que esses dois requisitos estão presentes na doutrina americana em uma obra que, em linha com o pragmatismo anglo-saxão (muitas vezes criticável), propõe uma visão eminentemente prática do problema do conflito (v. nesse sentido R. Clark, *Corporate Law*, New York, Aspen Law and Business, 1986, p. 147).

12. A evolução do conceito na doutrina privilegia a análise da culpa sob o ponto de vista abstrato. Enquanto no direito romano contrapunham-se os conceitos de culpa *in abstracto* e culpa *in concreto* (a culpa como fato dependente de uma situação individual e variável, em que se confronta a atuação do agente não a um modelo abstrato, mas às suas atitudes anteriores relativas às suas coisas ou interesses), a doutrina elevou o conceito de culpa a um princípio jurídico abstrato (v. R. von Jhering, *Études Complémentaires de L'Esprit du Droit Romain – De la faute en droit privé*, Paris, Editor A. Marescq, Ainé, 1880, pp. 54 e 55). Nesse sentido, o conceito de culpa (*Verschuldung*) contrapõe-se ao de diligência, representativo da conduta esperada do *bonus pater familias* (v. B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, v. II, Torino, UTET, 1925, pp. 65 a 69). A mudança de paradigma representada pela adoção de modelos justifica-se pela necessária concretização da norma abstrata de conduta. A adaptação do modelo abstrato de conduta ao tempo e à natureza da atividade permite a correta correlação entre modelo e conduta do agente para fins de aplicação da norma específica (v. A. Azara e E. Eula, *Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed., Torino, UTET, 1958, p. 598). Tal concepção foi claramente adotada pela lei acionária brasileira no seu artigo 153 em relação ao dever de diligência dos administradores: “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”.

apuração são geralmente mencionadas operações anteriores da própria sociedade ou operações semelhantes no mercado<sup>13</sup> (critérios evidentes de apuração de culpa *in abstracto* segundo padrões de mercado – são estes de resto os critérios previstos no artigo 156, § 1ª da lei societária brasileira).

#### 4. *A posição secundária atribuída à matéria na lei de 1976*

Para compreender o significado e extensão da regra de conflito na lei societária brasileira é preciso entender seus fundamentos econômicos.

Como já se afirmou no item 2.3 do Capítulo 2, para onde remetemos o leitor, a lei acionária tinha objetivos muito específicos, tendo o legislador buscado incentivar a grande empresa<sup>14</sup> de duas maneiras diversas: com o auxílio à concentração empresarial e, em segundo lugar, facilitando a capitalização das empresas através do mercado acionário. Em conseqüência, tornou-se necessário criar regras que permitissem proteger os investidores contra o arbítrio dos sócios controladores, procurando-se criar um sistema de proteção das minorias acionárias, baseado, entre outras coisas, na institucionalização dos poderes e deveres do sócio controlador e dos administradores. Manifestação dessa tendência é o art. 116, parágrafo único, que estabelece deveres genéricos para o acionista controlador com relação aos demais acionistas da empresa, aos trabalhadores e à comunidade em que atua. Sobre a utilidade desse tipo de declaração genérica, que não encontra tradução em regras organizativas, existem muitas dúvidas. Pode-se questionar se não acaba servindo, como ocorreu na Alemanha, para justificar atuações dos acionistas majoritários e seus representantes no interesse próprio, em nome de um mal-definido interesse social.<sup>15</sup>

Sob essa inspiração não é de se estranhar a posição que a regra de conflito assume na lei. De um lado não há qualquer solução organizativa ou estrutural que permita dar vazão ao feixe de interesses envolvidos pela sociedade. O artigo 116 parágrafo único da lei permanece uma mera declaração de princípios.

13. Cf. R. Clark, *Corporate Law*, cit., p. 147.

14. Cf. *Exposição de motivos*, n. 196, de 24.6.1976, do Ministro da Fazenda, em particular ns. 4 e 5, “b”, in *Diário do Congresso Nacional*, Seção 1, Suplemento ao n. 85, de 7.8.1976.

15. Para uma crítica da lei com respeito aos interesses dos acionistas minoritários v. M. Carvalhosa, *A nova lei*, cit., pp. 113 e ss.

De outro, a regra de conflito deixa de estabelecer critério claro sobre qual das formas de conflito a ser aplicada. Isso tem gerado inúmeras controvérsias doutrinárias a respeito da aplicação do artigo 115, § 1º da lei. Dúvidas não há sobre as primeiras duas hipóteses do dispositivo.

Sobre a última hipótese, no entanto, paira forte discussão doutrinária a respeito de sua caracterização como conflito de interesse formal ou material.<sup>16</sup> E note-se que essa é a hipótese mais importante, pois é nela exatamente que se formula o princípio geral de conflito repetido, de resto, corretamente no artigo 156 da lei (conflito de interesses dos administradores).<sup>17</sup>

O grande problema é, ainda aqui, o recurso à expressão “interesse conflitante com o da companhia”. Mal definido e mal estabelecido estruturalmente como é o interesse social, uma tal menção só reforça posições jurisprudenciais tendencialmente avessas a intervir nos negócios sociais.<sup>18</sup>

16. Parte da doutrina classifica a hipótese do artigo 115, § 1º, como conflito formal, no sentido de que não poderia o acionista concorrer para a formação da vontade expressa em deliberação assemblear relativa “ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador”. A participação do acionista em duas posições jurídicas contrapostas é razão suficiente para a suspensão do exercício de voto. Nesse sentido, v. M. Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 410 e 411. Por outro lado, há a indagação se existiria, no dispositivo legal, uma efetiva violação a acarretar a nulidade do voto *per se* ou se a sanção legal de anulação somente seria aplicada na presença de conflito material de interesses, v. Valladão França, *Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 92. Este questionamento serve à parte da doutrina que considera necessária a avaliação de conflito de interesses *in concreto*, não bastando sua mera previsão formal: “cabe indagação relativamente ao mérito da incompatibilidade entre o exercício ao voto com a matéria submetida à deliberação da assembléia geral, de onde deva ser encarado casuisticamente, para efeito de sua anulação”, v. L. G. Leães, “Conflito de Interesses”, in *Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônima*, São Paulo, Ed. RT, 1989, p. 25. Por fim, há terceira posição no sentido de que embora o conflito de interesses deva ser apurado caso a caso, permanece a proibição do voto “quando se trata de uma das situações de conflito aberto de interesses, relacionadas no § 1º do art. 115”, pois “trata-se, afinal, de mera aplicação do princípio *nemo iudex in causa propria*”, v. F. K. Comparato, “Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação direta de controle empresarial”, in *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 91.

17. Como já visto anteriormente, o princípio geral de conflito de interesses é aplicável a todos os gestores de patrimônio alheio.

18. Tais posições baseiam-se exatamente na impossibilidade de definição judicial do interesse da companhia. As decisões proferidas por nossos Tribunais Su-

Basta centrar as atenções sobre o termo benefício particular contido na mesma terceira hipótese e conseqüentemente sobre o princípio geral de conflito (e não sobre a definição de interesse social) para entender que se trata de hipótese de conflito formal e não material. Os dois critérios acima especificados (maior interesse particular que social e poder efetivo de gestão) estão presentes.

O mesmo raciocínio pode-se fazer em relação ao conflito material. Como hipótese geral de conflito deve estar sujeito à culpa *in abstracto* sob padrões de mercado supra definido (v. item 3) o que é, diga-se de passagem, fato com previsão pelo artigo 156, § 1º da lei.

Conclui-se, portanto, que falta à lei, de um lado, concretização estrutural do conceito institucional de interesse social para obter uma boa solução organizativa para o problema de conflito de interesses e, de outro, formulação clara do princípio de conflito para ter uma boa solução via regra de conflito. Como se verá, a contribuição da Lei 10.303 para ambas as soluções deixou a desejar.

### **5. *A reforma da lei das sociedades por ações e o problema do conflito de interesses***

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que a última reforma da lei societária trouxe uma série de melhorias indiretas para o conflito de interesses, deixando, porém, de abordar diretamente a questão.

A razão está na gênese da própria Lei 10.303 e de seu projeto. A idéia foi evidentemente dar impulso ao combalido mercado de capitais brasileiro. A tramitação do projeto demonstrou, no entanto, que essa determinação não era forte o suficiente para alterar as estruturas internas da sociedade e tampouco as regras básicas de desenvolvimento de suas atividades.

O conceito de cooperação, tão ínsito à idéia de associação e de sociedade, claramente ainda não penetrou no espírito societário brasileiro. Forças de pressão e grupos de interesses impediram mais uma vez qualquer concessão a esse princípio.

periores manifestam alinhamento à interpretação dada pela doutrina à matéria, que considera o interesse da companhia como o interesse comum dos acionistas abstratamente considerados (*uti socii*) e não como a somatória de interesses individuais de cada acionista (*uti singuli*), ou mesmo como interesses estranhos à relação jurídica societária (v. RT 615/162, e TJSP, 18.11.1996, in N. Eizirik, *Sociedades Anônimas – Jurisprudência*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 175).

### 5.1 Ausência de soluções organizativas

A maior demonstração disso é a forma tímida através da qual os interesses conflitantes foram internalizados nas companhias.

De um lado, a participação dos trabalhadores nos órgãos de administração das companhias, estimulados pela Constituição (artigo 7<sup>o</sup>, inciso XI) e de tão bons resultados em outras jurisdições,<sup>19</sup> foi introduzi-

19. A incorporação, no direito alemão, do instituto da *Mitbestimmung* (co-gestão) foi precedida de largo debate nas cortes alemãs nos anos 70. Entretanto, sua atual aceitação revelaria apenas que as empresas e trabalhadores teriam aprendido como viver sob sua disciplina. Dentre os aspectos negativos do instituto, o problema do conflito de interesses é considerado dos mais sérios, pois, se em teoria representantes de acionistas e de trabalhadores possuem os mesmos direitos e obrigações, na prática os conflitos de interesses suscitados, particularmente os que envolveriam representantes dos trabalhadores, permaneceriam sem solução. Dos efeitos positivos da *Mitbestimmung* para a empresa, a redução de greves e sua utilização como sistema de alarme prévio de eclosão de conflitos sociais contribuiriam no gerenciamento de crises coletivas (v. K. J. Hopt, "Labor representation on corporate boards: impacts and problems for corporate governance and economic integration in Europe", in *International Review of Law and Economics*, n. 14, 1994, pp. 203-214). É importante notar que no plano das conseqüências econômico-jurídicas, a co-participação germânica tem sido criticada por literatura de forte viés neoclássico. Estudos de *corporate governance* norte-americanos enumeram quatro características negativas dos órgãos de representação: grande tamanho (enquanto seriam desejáveis órgãos compostos de número reduzido de representantes, com subcomitês especializados); encontros pouco freqüentes; pequeno fluxo de informações e altos índices de conflitos de interesses. As principais conseqüências desse conjunto de fatores seriam a vagarosidade e burocratização das decisões e aumento de custos para a empresa. Aliada à tradição concentracionista das empresas alemãs, o sistema de co-gestão administrativa seria também causa da fragilidade do mercado acionário alemão (para maior detalhamento, v. M. J. Roe, "German co-determination and german securities markets", in *Columbia Journal of European Law*, n. 5, 1999, pp. 199-202 e 209-211). Esse tipo de crítica, de forte viés neoclássico, claramente subestima o valor da cooperação capital-trabalho na eficiência empresarial, e na criação de uma estrutura administrativa profissional em uma realidade econômica concentrada (onde o controlador tem poder incontestável), como é o caso da realidade alemã e brasileira. Nesse sentido é interessante observar a avaliação fortemente positiva feita por Comissão de Professores que realizam a avaliação dos efeitos da *Mitbestimmung* para o governo alemão. Entre as principais vantagens mencionadas destacam-se: os efeitos positivos para a eficiência das empresas decorrentes da cooperação capital-trabalho (*Produktivität der Kooperation*) e a introdução de formas de gestão não hierárquicas e baseadas em constante fluxos de informação. A conclusão é que "Die zukünftige Entwicklung der Mitbestimmung muss dem *Leitbild einer kooperativen, dezentralisierten, beteiligungsorientierten und informationsintensiven Unternehmenskultur verpflichtet sein*" (v. Bericht der Kommission Mitbestimmung, Bonn, entregue em 19 de maio de 1998, realizada por um grupo de professores coordenado por W. Streeck, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung).

do de forma apenas propositiva no artigo 140, parágrafo único, da Lei 10.303 em relação ao Conselho de Administração (“o estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos por voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa em conjunto com as entidades sindicais que os representam”).

De outro, a proteção dos minoritários, bandeira eterna das legislações societárias brasileiras, continua a ser tratada como uma forma de proteção de um interesse externo à sociedade. Os benefícios criados em matéria de extensão do preço pago pelo controle (o artigo 254-A, *caput*, prevê “a alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle”) e mesmo a possibilidade de participação no conselho de administração só fazem confirmar essa tendência.

A primeira, por deixar claro que a única alternativa para o minoritário no momento da aquisição do controle é deixar a sociedade. A possibilidade de controle de seus rumos e dos objetivos do novo controlador fica então completamente afastada.

De outro, é indiscutível que as regras sobre participação no conselho permitem no máximo uma maior oportunidade de informação e não de efetiva co-participação nas decisões sociais mais importantes (v. artigo 141, §§ 4º a 8º). Aliás, como se verá adiante, criam, isso sim, novas hipóteses de conflito de interesses por parte dos minoritários, que devem ser agora abordados. É o que se fará abaixo no subtópico relativo à afirmação da regra de conflito.

## 5.2 *Soluções baseadas na regra de conflito*

As regras acima mencionadas, que permitem a participação dos minoritários no Conselho de Administração da companhia, criaram um problema a mais de conflito.

É impossível através da regra societária proibir o concorrente de adquirir participação na companhia. É viável, no entanto, nessa hipótese como em outras, proteger o Conselho de Administração do conflito de interesses. Para tanto, o § 3º do artigo 147 da lei societária, em seu inciso I, impede a participação no Conselho de Administração de administradores de empresa concorrente. O referido dispositivo faz só

referência a cargos ocupados sem concorrentes. Evidentemente a posição de acionista controlador do concorrente deve em tudo e por tudo ser assemelhada à do concorrente, até por força do inciso II do mesmo parágrafo.

Esta última regra (inciso II), que prevê a impossibilidade de eleição do conselheiro que “tiver interesse conflitante com o da companhia”, aliás, é a mais criticável da Lei 10.303 em matéria de conflito de interesse. Reaviva para o Conselho de Administração as incertezas implícitas no artigo 115, *caput*, da lei societária.

A situação de conflito (no caso, material) de interesse só pode ser apurada com uma competente, e corajosa, investigação da situação e, como visto acima, tratando-se de direito material, do comportamento culposo ou não do administrador.

Na verdade, essa regra cria uma grave incongruência na lei. A referida regra não é capaz de garantir qualquer poder para o minoritário, já que consagrado o critério material e afastado o formal será praticamente impossível afastar o representante do controlador de qualquer decisão importante, incluindo as hipóteses em que o conflito formal é evidente.

Sua situação permanece, portanto, a de um acionista completamente alheio aos negócios e à formação da vontade social, um acionista minoritário externo.

Finalmente, ainda entre as modificações que podem indiretamente influenciar a regra de conflito, procura o artigo 163, IV, criar nova competência para o Conselho Fiscal. Além de auditor interno das contas, passa a ser encarregado do cumprimento do interesse social. Passa a ser, portanto, um Conselho Fiscal híbrido, capaz de influir sobre as contas e méritos das decisões. Ocorre que naquele há poder de definir o mérito e, portanto, o interesse social. No Conselho Fiscal brasileiro a utilização do termo interesse social é dúbia. Não há, como visto (*supra*, item 3), forma conveniente de defini-lo, e, ainda que fosse possível, esta não poderia ou deveria dar-se no Conselho Fiscal.

A interpretação construtiva que pode ser dada à referida norma é no sentido de consentir em uma contribuição do Conselho Fiscal e para a interpretação do interesse social. Tal interpretação deverá fornecer subsídios a uma definição arbitral ou judicial do interesse social, solução que ora se impõe. Esse tipo de solução, ainda que imperiosa no caso, é sensivelmente inferior à organizativa. Acaba-se confiando a decisão sobre os rumos da empresa a ente não habituado e vocacionado a tal e que, sobretudo após o veto presidencial à Lei 10.303 (que impe-

diu as modificações ao artigo 161 da lei societária), continua a ser dominado pelo controlador. A superioridade da solução organizativa, sobretudo aquela voltada a incluir todos os interesses envolvidos pela sociedade em sua representação interna, resulta evidente.

## 6. Conclusão

A conclusão só pode ser de frustração em relação às mudanças introduzidas pela Lei 10.303, de 31.10.2001, no tema em análise. O problema do conflito permanece irresolvido. Em ausência de solução organizativa profunda, compatível com nossa realidade social e econômica, permanecerá sempre irresolvido.

Os aportes trazidos pela Lei 10.303 em matéria de regra de conflito colaboram para o aumento da informação do minoritário e do mercado sobre a situação interna da sociedade e o comportamento de acionistas e administradores, que, no entanto, continuam a não ter o mínimo poder para utilizá-la em benefício da própria companhia. O interesse da companhia continuará, portanto, identificado ao interesse de seu controlador, a não ser que juízes e/ou árbitros reconheçam a existência da hipótese de conflito formal na parte final do artigo 115, § 1º da Lei de 1976 (não modificado na reforma de 2001).

De outro lado, como foi visto, a solução organizativa para o problema de conflito em maior grau e a solução através da regra de conflito em menor grau constituem importantes elementos para a redução das crises de excesso de concentração de poder e (falta de) confiança, que têm sido tão destrutivas para o mercado de capitais brasileiro. A sensação geral é, portanto, de – mais uma – oportunidade perdida.