

*ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E
NOVAES FRANÇA*

**CONFLITO DE INTERESSES
NAS ASSEMBLÉIAS DE S.A.**

 **MALHEIROS
EDITORES**

347.125.036.1
F8146

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i> — WALDIRIO BULGARELLI	5
<i>Introdução</i>	11
CAPÍTULO I — NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	
1. Interesse	13
2. Relações entre os interesses	16
3. Relações intersubjetivas. Interesse coletivo	17
4. Conflito de interesses <i>stricto sensu</i>	19
CAPÍTULO II — O INTERESSE SOCIAL	
1. Diversidade de concepções	21
2. As teorias institucionalistas	22
2.1. A obra de Rathenau	23
2.2. A teoria da empresa em si	26
2.3. A teoria da pessoa em si	28
2.4. A teoria do direito da empresa acionária	29
2.5. A teoria da instituição	33
2.6. As concepções norte-americanas	35
3. As teorias contratualistas	37
3.1. Unidade e diversidade	38
3.2. O interesse comum dos sócios	39
3.2.1. O interesse comum como interesse dos só- cios atuais e futuros à eficiência da empresa social	
3.2.2. O interesse comum como interesse dos só- cios atuais à eficiência da empresa social	
3.2.3. O interesse comum como interesse dos só- cios à eficiência da empresa e à distribuição de dividendos	39

3.2.4. O interesse comum dos sócios como conceito relativo	41
3.2.5. O interesse comum dos sócios como qual-quer relação de solidariedade entre interesses individuais	41
3.3. O papel do interesse social nas deliberações as-sembleares	43
3.3.1. O voto como instrumento de realização do interesse social	43
3.3.2. O voto como direito subjetivo	44
3.4. O controle jurisdicional das deliberações assem-bleares	45
4. Conclusão	47

CAPÍTULO III — O INTERESSE SOCIAL NA LEI DE S.A.

1. O interesse social na Lei 6.404, de 15.12.76	54
2. O interesse da companhia ou interesse social <i>stricto sensu</i>	57
3. O papel do interesse da companhia nas deliberações assembleares	63

CAPÍTULO IV — A DISCIPLINA DE TUTELA DO INTERESSE DA COMPANHIA NAS DELIBERAÇÕES ASSEMBLEARES

1. Histórico	68
2. O direito alemão e o direito italiano. A distinção entre proibição de voto e conflito de interesses	75
3. A disciplina da Lei Brasileira	81
3.1. O voto abusivo. Considerações gerais	82
3.2. A proibição de voto e o conflito de interesses	87
3.2.1. A proibição de voto	87
3.2.2. O conflito de interesses	91
3.3. As sanções	98

BIBLIOGRAFIA	103
--------------------	-----

INTRODUÇÃO

Com este pequeno ensaio, elaborado sob a orientação do Prof. Waldirio Bulgarelli, logramos obter o título de Mestre em Direito Comercial da Universidade de São Paulo, que muito nos desvanece.

O tema de que cuidamos, salvo as honrosas exceções de sempre, não tem merecido o devido destaque na doutrina co-mercialista brasileira.

A indagação sobre o conceito de interesse social, que, pela sua relevância, foi considerado por escritores eminentes como o problema fundamental das sociedades por ações, tendo, desde o início do século, despertado a atenção da doutrina europeia e norte-americana, encontrou reduzido eco em nossa terra. Por consequência, o mesmo se diga no tocante ao estudo da disciplina de tutela do interesse social, que se perfaz por meio da represen-ção ao abuso do direito de voto e ao conflito de interesses.

O trabalho que ora trazemos a público, longe de pretender trazer solução original a um tema de tal vastidão e complexida-de, digno de juristas de escol, tem o intento mais modesto de colocá-lo em discussão, em vista da nossa lei de sociedades por ações.

Assim, após discorrermos, no Capítulo I, acerca do concei-to de interesse, vital para a ciência jurídica moderna desde as contribuições de Ihering e Heck, passamos em revista, no Capí-tulo II, com base na obra fundamental de Jaeger sobre o assun-to, as diversas teorias elaboradas em torno do assim chamado interesse social. No Capítulo III, procuramos definir a posição tomada pelo legislador brasileiro diante do problema, estabele-cendo uma distinção entre o interesse social *latu sensu* e o in-teresse da companhia ou interesse social *stricto sensu*. No Ca-

política econômica que cumpria atualizar, foram alguns dos pontos salientados como indicativos da necessidade de uma ampla reforma do diploma das sociedades anônimas no Brasil¹⁰⁶.

Lamy Filho, como se sabe um dos autores do anteprojeto que veio a se converter na Lei 6.404, advertia, então, para a diversidade de interesses a disciplinar, ressaltando: "É mister, por isso, buscar a difícil linha de conciliação entre o interesse da empresa, cujo êxito deve ser assegurado, do acionista que deve ser protegido contra a fraude, do gestor que precisa de liberdade para agir, do credor que faz jus à segurança de seu crédito e do próprio Estado, fiscal do interesse público em jogo"¹⁰⁷. E, entre uma solução privatista pura — aperfeiçoamento das regras de *disclosure*, balanço-padrão, fortalecimento da minoria, regras estritas sobre definição de objeto da sociedade, exigência de *quorum* elevado para decisões assembleares, e outras mais — e uma solução publicista radical — nomeação, pelo Estado, de administradores, mediante a representação legal de ausentes, ou de fiscais que submetessem a sociedade à presença permanente do agente do poder público e que, no interesse do crédito público, e/ou da defesa dos investidores, zelassem para que a sociedade não infringisse normas prudentes de administração — o co-autor do anteprojeto optava, declaradamente, por uma posição conciliatória: "Parece-nos certo, por tudo isso, que as novas regras devem visar no campo privado ao aperfeiçoamento do instituto, e, no campo público ao seu controle mais eficaz por parte das autoridades"¹⁰⁸.

Essa linha conciliatória (e realista) propugnada por Lamy Filho, que acabou por prevalecer na Lei 6.404, permeando toda a sua estrutura, reflete-se, vivamente, na disciplina dos diversos interesses em jogo na companhia:

"O acionista", diz o art. 115, "deve exercer o direito de voto no interesse da companhia"; já o "acionista controlador", diz o parágrafo único do art. 116, deve exercer o seu "poder", "com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e

106. Lamy Filho, ob. cit., pp. 123/132.

107. Ibidem, p. 138.

108. Ibidem, p. 140. O eminente comercialista, aliás, citando Rivero, afirmava: "Nem, a rigor, as providências de cunho publicístico excluem ou são incompatíveis com as de fundo privatístico: na S.A. — e a expressão é de Rivero — se 'imbricam inextricavelmente' normas de Direito Privado e normas de Direito Público".

CAPÍTULO III

O INTERESSE SOCIAL NA LEI DE S.A.

1. O interesse social na Lei 6.404, de 15.12.76

A disciplina de proteção ao interesse social só veio a encontrar regulação mais completa e abrangente no direito positivo brasileiro com a promulgação da nova Lei das Sociedades por Ações — a Lei 6.404, de 15.12.76.

De há muito os reclamos a uma visão institucional da sociedade anônima se faziam sentir em nosso País, impondo-se uma revisão profunda da legislação então em vigor, consubstanciada no Decreto-lei 2.627, de 1940 — lei admirável para a conjuntura em que foi editada, como salientou Lamy Filho, mas que já se encontrava superada pela realidade¹⁰⁴. O predomínio da grande empresa na vida econômica moderna e a visão da sociedade anônima como instrumento jurídico ideal para sua organização¹⁰⁵; a distinção entre companhias abertas e fechadas, a separação entre propriedade e gestão e a responsabilização de social da grande empresa; a tendência para a universalização na regulação das companhias e o surgimento da empresa multinacional; o fenômeno da concentração empresarial, seja através das fusões e incorporações (concentração na unidade), seja através dos grupos societários (concentração na diversidade) — estes totalmente alheios às previsões do legislador de 1940; o aparecimento de novos contratos relativos à aquisição de ações; a eclosão das sociedades de economia mista; e a conclusão de que a lei de sociedades por ações constitui um instrumento de

104. Lamy Filho, ob. cit., p. 124.

105. Idéia que, como se sabe, teve em Paillusseau um de seus arautos, cf. *La Société Anonyme, Technique d'Organisation de l'Entreprise*, Sirey, Paris, França, 1967.

para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender"; responderá ele, outrossim, por abuso de poder, nos termos do art. 117, § 1º, alíneas "a", "b" e "c", se orientar a companhia para fim "lesivo ao interesse nacional", ou praticar atos em detrimento dos acionistas minoritários, "dos que trabalham na mesma ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia".

Dessa forma, a Lei 6.404 estabeleceu um regime dual (ocupando o direito brasileiro posição singular nessa matéria, como adverte Comparato¹⁰⁹): ao acionista em geral não compete se não perseguir o interesse da companhia, vale dizer, o interesse comum dos sócios, *uti socii*, visto aqui, portanto, numa perspectiva contratualista, de disciplina dos interesses privados dos acionistas; ao acionista controlador é que compete, com *arbitrium boni viri*, a tutela dos interesses intra ou extra-empresariais, ou seja, dos interesses dos demais acionistas e investidores, dos trabalhadores, da comunidade e da economia nacional, tutela esta, portanto, vinculada a uma perspectiva institucional da sociedade por ações^{110,111}.

Ante essa dupla perspectiva, parece lícito distinguir, com Leães, o interesse social *stricto sensu* do interesse social *lato sensu*: "por intermédio da sociedade", afirma o eminente mestre, "os sócios se reúnem para a realização de um objetivo comum. O interesse social consiste, portanto, no interesse dos sócios à realização desse escopo, pois o objetivo da sociedade é alcançado pelo exercício da atividade empresarial, especificamente prevista no estatuto, como objeto social (art. 2º, *caput*). Mas o objetivo da sociedade anônima é não apenas o interesse social *stricto sensu*, mas, igualmente, o interesse da empresa e do bem público, visto que, como adverte Ascarelli, o próprio reconhecimento da iniciativa privada por parte do legislador sig-

109. *Controle conjunto...* cit., p. 86.

110. Cf. Comparato, ob. ult. cit., pp. 85/86; Leães, *Conflito...* cit., p. 13.

Sobre a crítica a essa posição adotada pelo legislador brasileiro, de instituir o controlador como árbitro dos interesses em jogo, v. Carvalhosa, *Comentários...* cit., pp. 121/126. Sobre a crítica ao modelo econômico do anteprojeto da Lei de S.A., v., deste último autor, *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1976.

111. À semelhança do acionista controlador, o administrador da companhia, mesmo aquele eleito por grupo ou classe de acionistas, tem uma função institucional, devendo 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" (art. 154, *caput*, e 1º, da Lei 6.404).

nifica que aos particulares é atribuída a realização de um objeto social *lato sensu*, por meio da satisfação de interesses privados. Assim, por interesse social ou interesse da companhia, deve-se entender o interesse comum dos sócios, que não colida com o interesse geral da coletividade, mas com ele se harmonize. Só assim pensando é que podemos entender a alusão ao 'interesse da empresa' e do 'bem público', feita pelo art. 116, § 7º, do Decreto-lei 2.627, e o mandamento contido no art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404, que determina que o acionista controlador deve usar o seu poder, tanto no exercício do voto como fora da companhia, com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, tendo em vista "os deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender"¹¹².

De qualquer forma, porém, torna-se evidente que, na hipótese de conflito, o interesse comum dos sócios deve ceder lugar aos interesses comunitários e nacionais, como adverte Comparato¹¹³, o que empresta à lei do anonimato vigente acen-tuado caráter institucionalista¹¹⁴.

2. O interesse da companhia ou interesse social *stricto sensu*

A expressão interesse da companhia, constante do art. 115 da Lei 6.404, ou simplesmente interesse social (*stricto sensu*,

112. *Comentários...* cit., p. 248. Em sentido semelhante, identificando, porém, o interesse social com um interesse geral, "que sem dúvida desborda para a conservação e desenvolvimento da empresa", Bulgarelli, *A Teoria...* cit., pp. 278/281.

113. Diz o ilustre mestre: "Tal não significa, escusa dizê-lo, que doravante toda companhia se transforme em órgão público e tenha por objetivo primordial, senão único, o vasto interesse coletivo. Mas significa que não obstante a afirmação legal de seu escopo lucrativo (art. 2º), deve este ceder o passo aos interesses comunitários e nacionais, em qualquer hipótese de conflito. A liberdade individual de iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres de ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição" (*O Poder...* cit., p. 301). No mesmo sentido, Leães, *Conflito...* cit., p. 21, e Mauro Pentecoste, ob. cit., p. 253.

114. A se aceitar a distinção proposta por Jaeger, a Lei 6.404 seria nitidamente institucionalista, uma vez que não reduz o interesse social ao exclusivo interesse coletivo dos sócios, ou, ao menos, não se preocupa em disciplinar ape-

bem entendido), tem sido interpretada pela nossa mais autorizada doutrina¹¹⁵ como o interesse comum dos sócios enquadrado nos sócios (*uti socii*), para distingui-lo não somente da somatória dos interesses dos sócios *uti singuli*, mas também, como quer nos parecer, de eventual interesse comum que não diga respeito à sua condição de sócios (*lembre-se, a propósito, a distinção acenada por Jaeger, no sentido de que, numa sociedade familiar, os sócios podem ter um interesse comum enquanto membros de uma mesma família, interesse este, contudo, que não diz respeito, necessariamente, à sua qualidade de sócios*)¹¹⁶.

Não temos a mínima dúvida em aderir a essa orientação. A sociedade, como ensina Ascarelli, constitui uma *comunhão voluntária de interesses*, como tal distinta quer da *comunhão acidental* (avaria comum), quer da *comunhão necessária* (domínio forçado). Já pelo fato de ser uma *comunhão voluntária de interesses*, a sociedade constitui uma *comunhão de escopo*, sendo justamente através da constituição contratual de uma *comunhão de escopo* que se constitui a *comunhão de interesses*. Ora, a *comunhão de escopo*, lembra Ascarelli, se coordena com um *interesse comum a todos os participantes*, de maneira que nos confrontos de cada um dos participantes pode-se distinguir um interesse extra-social e um interesse que, embora pró-

nas o interesse coletivo do grupo de sócios, regulando também, como se viu, os interesses intra e extra-empresariais, classificados pelo mencionado autor como interesses coletivos de série.

A seguir-se a distinção apontada, nos termos absolutos em que foi colocada, *entretanto, nem a legislação italiana pré-reforma de 1974 poderia ser qualificada de puramente contratualista*, como sustentou Jaeger, pois já então nela se encontravam traços da concepção institucionalista, como demonstraram Ascarelli (*Interesse sociale*... cit., pp. 160/162) e, sobretudo, Galgano (ob. cit., pp. 66/69).

A propósito, Galgano faz referência ao art. 2.409 do CCI, que atribui poderes de iniciativa ao Ministério Público perante "graves irregularidades" cometidas pelos administradores, bem como ao art. 2.377, 2, que legitima os administradores e conselheiros fiscais a impugnar as deliberações assembleares, argumentando que tais normas já indicavam, respectivamente, um interesse geral de que as sociedades por ações fossem regularmente administradas e, bem assim, que o interesse na legalidade das deliberações assembleares não era mais concebido — como nos códigos do século passado — como um interesse do qual os sócios podem livremente dispor.

115. Comparato, *O Poder*... cit., p. 303; Leães, *Comentários*... cit., p. 246; Bulgarelli, *Sociedades*... cit., pp. 34/36 (citando o ensinamento de Jesus Rubio); Carvalho, *Comentários*... cit., pp. 109/110; Mauro Pentead, ob. cit., pp. 255/256.

116. Comparato salienta, outrossim, que a distinção entre interesse comum e interesse particular encontra-se na base de toda organização societária, de qualquer tipo ou natureza que seja, trazendo à colação, a respeito, a conhecida distinção preconizada por Rousseau, no *Contrato Social*, entre "volonté de tous" e "volonté générale"; esta, diz Rousseau, "ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé, et ce n'est qu'une somme de volontés particulières" (*Contrato Social*... cit., p. 89).

prio de cada um, é comum a todos¹¹⁷. É da natureza do contrato de sociedade, como contrato plurilateral, outrossim, não obstante essa *comunhão de escopo*, a possibilidade de conflito entre o interesse individual dos sócios e o interesse comum, dada a eventual concorrência entre os sócios, mesmo durante a vida da sociedade, para obter maiores vantagens econômicas ou assumir o controle societário¹¹⁸.

Ora, qual é esse interesse comum que une os sócios, da fundação da sociedade à sua dissolução, no dizer de Mignoli? Trata-se do interesse à realização do escopo social, ou, se se preferir, de qualquer interesse que se insira no esquema causal do contrato de sociedade¹¹⁹. Abrange, portanto, tanto o denominado *escopo-meio*, que é o exercício da empresa, considerada como

117. *Interesse sociale*... cit., p. 148. Sobre a distinção entre sociedade e *comunhão*, tratando do problema da *comunhão acionária* como técnica de organização do controle interno nas companhias, v. ainda Comparato, *O Poder*... cit., pp. 116/119.

Ali salienta o mestre: "A distinção deve ser procurada na natureza da causa, enquanto elemento objetivo do negócio jurídico. Na *comunhão*, é o uso e gozo em comum da mesma coisa, sem qualquer referência a uma ulterior finalidade coletiva. Em outras palavras, a *comunhão* é do objeto e não dos objetivos. Na sociedade, ao revés, essa *comunhão de escopo* é essencial" ... "De um lado, pois, há *comunhão de bens* sem exigência de uma atividade coletiva; de outro, uma atividade em comum, em função da qual os bens sociais adquirem uma característica puramente instrumental" (p. 118).

118. Ascarelli, *Problemas*... cit., pp. 277/278 e nota 9. Exatamente por essa razão Ascarelli qualifica a sociedade como contrato, e não como ato complexo.

119. A noção de causa do negócio jurídico, como função econômico-social, conforme se sabe, não foi acolhida em nosso Código Civil na categoria de elemento constitutivo do negócio jurídico, dada a posição sabidamente anticausalista de Clóvis Bevilacqua (cf. Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, Forense, Rio, 1985, 9ª Ed., pp. 343/348; Washington de Barros Monteiro, ob. cit., p. 178).

Para os autores anticausalistas, como salienta Caio Mario, a causa não constituiria senão uma desnecessária duplicação dos elementos integrantes do negócio jurídico. Nos onerosos, afirmam eles, se a causa está na contraprestação dada ou prometida ao agente, ela coincide com o objeto do ato, sendo mera sutileza argumentar que se não confunde propriamente com a prestação da outra parte, porém, prende-se à bilateralidade da obrigação; nos gratuitos, se se situa na liberalidade ou no benefício proporcionado pelo agente, confunde-se então com a sua intenção, e em última análise com a própria vontade, não passando de preciosismo sustentar que a *causa donandi* difere da vontade geradora do ato.

Como quer que seja, todavia, o conceito de causa tem sido frequentemente usado na doutrina comercialista moderna, sendo útil, a nosso ver, para a determinação da função econômico-social do negócio jurídico.

A causa, como elemento objetivo, que dá ao negócio jurídico o seu aspecto típico, distingue-se do motivo, elemento subjetivo que varia de caso a caso

objeto da sociedade (art. 2º da Lei 6.404), como o *escopo-fim*, de produção e de distribuição de lucros entre os sócios, sob a forma de dividendos¹²⁰.

Galgano decompõe ainda mais esse conceito, sendo útil trazer para cá sua lição. Segundo ele, a noção de sociedade pode ser assim configurada: a) duas ou mais pessoas conferem bens para o exercício em comum de uma atividade econômica; b) exercitam em comum uma atividade econômica para obter os lucros; c) realizam os lucros com o escopo de dividi-los entre elas. O exame dessa noção, diz Galgano, demonstra como no contrato de sociedade possa ser identificada uma pluralidade de interesses, coordenados entre eles, todos definíveis como 'interesses sociais'. Existe, antes de mais nada, um 'interesse social' preliminar: o interesse a que o patrimônio social, formado com os aportes dos sócios, seja utilizado para o exercício de uma atividade produtiva, que constitui o objeto da sociedade: existe, depois, um 'interesse social' intermediário: o interesse a que a atividade produtiva seja voltada para a realização dos lucros; existe, então, um 'interesse social' final: o interesse a que os lucros realizados sejam divididos entre os sócios. Sob o primeiro aspecto, continua Galgano, é interesse social o interesse a aumentar o volume de produção, a conquistar novos mercados, a crescer a potência econômica da sociedade. Sob o segundo aspecto, é interesse social o interesse à maximização dos lucros. Sob o terceiro, enfim, é interesse social o interesse à maximização dos dividendos¹²¹.

so. Assim, por exemplo, diz Santoro-Passarelli, "la causa del negozio di vendita è in ogni caso lo scambio della cosa que viene venduta col prezzo, quali que siano poi gli impieghi che si propongono di fare — i motivi — il venditore del danaro che ricava dalla vendita, il compratore della cosa che acquista" (ob. cit., p. 128; cf. também, pp. 172/179). No mesmo sentido, Caio Mario (ob. cit., p. 345) e Washington (ob. cit., p. 178).

120. Na definição de sociedade constante do art. 1.363 do Código Civil, assinala Comparato, está ausente o objetivo final de produção e distribuição de lucros, que constitui justamente o elemento distintivo entre sociedade e associação, porque o legislador confundiu, na mesma disciplina, ambos os fenômenos (*O Poder...* cit., p. 303).

Mas é evidente que esse escopo está previsto no direito positivo brasileiro tanto para as sociedades comerciais em geral (art. 302, inciso 4, do Código Comercial), como para as sociedades por ações, cujo objeto constitui qualquer empresa de *fim lucrativo* (art. 2º, da Lei 6.404).

Para o eminente mestre citado, a importância fundamental do objeto social, enquanto causa específica do negócio de sociedade, constitui "a chave de interpretação da problemática societária, de modo geral" (ibidem, pp. 280/281).

121. ob. cit., pp. 57/58.

Todos esses interesses, decantados por Galgano, são interesses *ex causa societatis*; todos eles, portanto, dizem respeito ao interesse comum dos sócios *uti socii*, vale dizer, ao interesse da companhia. Obviamente, os sócios podem se desviar no tocante a eles: o interesse do acionista controlador, exemplificativamente, pode consistir no interesse 'preliminar' de fortalecer a empresa; o dos acionistas minoritários no interesse 'final' de distribuição de dividendos. Mas aí, salvo abuso ou ilegalidade, como ambos esses interesses são redutíveis à esfera do interesse da companhia, decide a maioria¹²², nos termos do art. 129 da Lei 6.404 (ou, mais realisticamente, se se quiser, decide o controlador, que determinará a maioria de votos na assembleia geral - art. 116, "a", do mesmo diploma legal).

Uma última questão que se põe é a de se saber se o legislador brasileiro teria privilegiado algum desses interesses, todos eles conducentes à órbita do interesse da companhia, em detrimento dos demais. Por exemplo, se privilegiou o interesse comum à "máxima eficiência da empresa produtiva", como sustenta parte da doutrina peninsular, em face do Código Civil Italiano, em detrimento do interesse comum à distribuição de dividendos (com o que se atingiria, levada a tese às últimas consequências, como apontou Jaeger, resultados semelhantes aos da doutrina institucionalista da empresa em si).

À primeira vista, em face do caráter marcadamente institucional da Lei 6.404, é-se tentado a responder positivamente. Mas, a um exame atento desse diploma legal, deve-se aceitar a afirmação *cum grano salis*. Na verdade, como lembra Bulgarelli, aí também prevaleceu a posição conciliatória do legislador, procurando harmonizar esses interesses, ao estabelecer a exigência de dividendo mínimo obrigatório, no art. 202, bem como ao regular detalhadamente a criação de reservas, nos arts. 194 e seguintes¹²³. Se essa tentativa de harmonização de interesses foi

122. Galgano, ob. cit., pp. 59/60; Jaeger, pp. 201/204.

123. *A Teoria...* cit., pp. 279/280. Leães já sustentava, aliás, em face do Decreto-lei 2.627/40, que o direito do acionista ao dividendo constituía um autêntico direito subjetivo, inerente à sua qualidade de sócio, do qual não poderia ser "despojado pela sociedade, por desprovida de legitimação para tanto", dado que "os acionistas, durante a vida da sociedade, são os destinatários naturais da atividade social, respeitados os interesses de terceiros" (*Do Direito...* cit., pp. 305 e segs.).

Perante os termos da Lei 6.404, parece não restar mais qualquer dúvida a respeito da natureza jurídica do direito do acionista ao dividendo.

Na mesma obra retro citada, Leães trata também proficientemente da questão das reservas ocultas, no Capítulo IV (pp. 199 a 254).

eficaz, protegendo, efetivamente, o direito do acionista ao dividendo, não é ocasião oportuna de se discutir aqui¹²⁴. O que não se pode é afirmar que, em linha de princípio, o legislador tenha privilegiado de tal modo o interesse da empresa a ponto de se poder identificá-lo com o próprio interesse da companhia^{125, 126}.

Pode-se concluir, assim, que o interesse da companhia (ou interesse social *stricto sensu*), na Lei 6.404, constitui um conceito típico e específico¹²⁷, consistente no interesse comum dos sócios à realização do escopo social, abrangendo, portanto, qualquer interesse que diga respeito à causa do contrato de sociedade, seja o interesse à melhor eficiência da empresa, seja à maximização dos lucros, seja à maximização dos dividendos¹²⁸. Em

124. Bulgarelli faz críticas contundentes à Lei 6.404 a propósito da questão, em *A Proteção às Minorias na Sociedade Anônima*, Ed. Pioneira, São Paulo, 1977, pp. 37/44, e nos *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 4, Saraiva, São Paulo, 1978, pp. 52/71.

Cf., outrossim, as críticas de Comparato, em *O Poder...* cit., pp. 309/313.

125. A Exposição de Motivos, aliás, no Capítulo XVI, Seção III, afirma: "A idéia da obrigatoriedade legal de dividendo mínimo tem sido objeto de amplo debate nos últimos anos, depois que se evidenciou a necessidade de se reestaurar a ação como título de renda variável através do qual o acionista participa dos lucros da companhia. Não obstante, é difícil generalizar preceitos e estendê-los a companhias com estruturas diversas de capitalização, nível de rentabilidade e estágio de desenvolvimento diferentes. Dá o Projeto fugir a posições radicais, protegendo o acionista até o limite em que, no seu próprio interesse, e de toda a comunidade, seja compatível com a necessidade de preservar a sobrevivência da empresa".

126. Revela-se imprópria, assim, a já mencionada afirmação de Bulgarelli no sentido de que a Lei 6.404 teria se filiado à corrente institucionalista da *Unternehmen an sich* (in *Comentários...* cit., p. 122). É de se recordar, inclusive, que, na sua formulação original, a teoria da empresa em si conduzia a um manifesto desprezo pelos direitos da minoria. Não é o que ocorre na lei de sociedades por ações brasileira, como pondera Comparato, ao reproduzir o elenco de direitos que cabem aos acionistas minoritários (*O Poder...* cit., pp. 44/46 e nota 25; v. também a lista dos direitos dos minoritários elaborada por Bulgarelli, em *A Proteção...* cit., pp. 108/109).

127. "Quando a lei usa da expressão 'interesse da companhia'", diz Comparato, "está referindo-se ao interesse do acionista enquanto tal, ao modelo jurídico de acionista, abstratamente considerado; e não a determinado indivíduo que figura concretamente como acionista de determinada companhia" (*Controle Conjunto...* cit., p. 88, grifou-se).

128. Sobre o interesse social como idéia geminada à de objeto social, v. Guerreiro, "Conflitos de Interesse entre Sociedades Controladora e Controlada e entre Coligadas, no Exercício do Voto em Assembléias Gerais e Reuniões Sociais", na *RDM* n. 51, pp. 29/32, formulação mais desenvolvida em "Sobre a Interpretação do Objeto Social", na *RDM* n. 54, pp. 71/72. Para essa formulação, embora descartando-a, também já havia acenado Bulgarelli, em "A Teoria 'Ultra Vires Societatis' perante a Lei das Sociedades por Ações", na *RDM* n. 39, p.

face desse conceito, portanto, qualquer outro interesse comum ou individual dos sócios pode ser classificado como extra-social¹²⁹.

3. O papel do interesse da companhia nas deliberações assembleares

Examinemos agora o papel atribuído pela Lei 6.404 ao interesse da companhia nas deliberações assembleares.

Não parece haver qualquer dúvida sobre o partido tomado pelo legislador no tocante à natureza do direito de voto. "O acionista deve", diz o art. 115, "exercer o direito de voto no interesse da companhia". Ao votar, portanto, o acionista tem o *dever legal* de perseguir o interesse social. Em fórmula feliz, assim se expressou Leães sobre o tema: "Assim sendo, ao exercer o direito de voto, o sócio não pode perseguir nenhum interesse particular, mas o seu interesse de sócio *uti socius*, que se considerará coincidente com o interesse social. Nesse sentido, pode-se dizer que, embora o voto seja livre, o acionista *está obrigado* a perseguir o interesse social"¹³⁰.

Nessa perspectiva, torna-se difícil caracterizar o direito de voto como um verdadeiro direito subjetivo, por definição livre no seu exercício, na medida em que, votando, o acionista deve antepor ao seu interesse o interesse da companhia, embora este último, como interesse comum, também em certa medida lhe pertença. Em princípio, pois, parece ajustada à hipótese a já mencionada formulação de Asquini, concebendo o voto como um

123. Ascarelli cuidou da matéria em *Fideiussione...* cit., pp. 740 e segs. Para o eminente mestre peninsular, é justamente por meio da disciplina do conflito de interesses dos sócios e do conflito de interesses e da responsabilidade dos administradores que será garantida a observância do objeto social (ibidem, p. 743).

129. Não se aplica esse princípio, todavia, às sociedades de economia mista, cujo acionista controlador poderá, por expressa disposição legal (art. 238 da Lei 6.404), "orientar as atividades da companhia de modo a atender o interesse público que justificou a sua criação".

Sobre o tema, v. Carvalhosa, *Comentários...* cit., pp. 108/109; v., outrossim, as acerbias críticas de Comparato ao estatuto legal da sociedade de economia mista em *A Reforma...* cit., pp. 12/14 e, ainda, Guerreiro, ob. ult. cit., p. 32. Na doutrina italiana, v. Gambino, ob. cit., pp. 402/404, nota 121.

130. *Comentários...* cit., p. 257. No mesmo sentido, Teixeira e Guerreiro, ob. cit., p. 277, salientando que "impõe-se ao acionista titular de direito de voto, a obrigação de exercê-lo, sempre e exclusivamente, no interesse da companhia".

diritto a doppia faccia: de um lado, direito subjetivo — ao voto — tutelando um interesse individual do acionista; de outro lado, um poder concedido ao acionista no interesse social¹³¹.

Nessa matéria, entretanto, tendo-se presente a nossa lei, deve-se fazer uma distinção essencial entre o voto do acionista controlador e o dos demais acionistas.

Em sua obra fundamental, tantas vezes citada, demonstra Comparato, com base em Claude Champaud, que o controle não é senão o direito de dispor dos bens alheios como um proprietário. Controlar uma empresa, assim, diz o eminente mestre, “significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica”¹³². Justamente em razão de possuir o acionista controlador esse poder de disposição sobre bens alheios, como se deles fosse proprietário, salienta o mestre mais adiante, essa propriedade sob a forma de empresa “não somente tem uma função social, mas é uma função social. A atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis, não no interesse próprio, mas no interesse social, isto é, de todos os sócios *uti socii*. Trata-se, portanto, de um poder-dever, a meio caminho entre o *jus* e o *munus*”¹³³. Mais ainda. Além de estar vinculado a perseguir o interesse da companhia, incumbe, outrossim, ao acionista controlador usar o poder de que é investido com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, respeitando e atendendo aos interesses dos demais acionistas, dos trabalhadores e da comunidade em que atua, sendo-lhe vedado orientar a companhia para fim lesivo ao interesse nacional, tudo sob pena de cometer abuso de poder (arts. 116, parágrafo único, e 117, “a”, “b” e “c”, da Lei 6.404). Se ao acionista controlador, portanto, é atribuído o poder de tutelar interesses alheios, exercendo atos que irão repercutir na esfera jurídica de outrem, o que, em direito, representa, precisamente, uma função¹³⁴, como anotou Comparato, é evidente que o seu voto nenhuma semelhança possui com

131. *I. Batelli...* cit., p. 631.

132. *O Poder...* cit., pp. 91/92.

133.. *Ibidem*, pp. 100/101.

134. Cf. Santoro-Passarelli, ob. cit., p. 74. Para distinguir o conteúdo desses dois poderes jurídicos (o poder de agir no interesse de outrem e o direito subjetivo), os juristas italianos, ao invés do designativo genérico “poder”, preferem o termo *potestà* (potestade).

Carnelutti salienta, a propósito, que os juristas práticos sempre tiveram uma certa intuição dessa diferença, sobretudo no direito de família, onde o po-

o direito subjetivo, entendido como prerrogativa de tutela do próprio interesse. Por essa razão, assevera o mestre em outro escrito, é que, em tema de voto, “o *status* do controlador difere, aí, sensivelmente, da posição do não-controlador. Enquanto aquele tem deveres e responsabilidades não só em relação aos demais acionistas, mas também perante os trabalhadores e a comunidade em que atua a empresa, os não-controladores devem pausar sua atuação na companhia pelos interesses estritamente societários. É que uns são autênticos empresários, ao passo que os outros não passam de sócios capitalistas. Ora, o poder reconhecido pela lei ao empresário é, tecnicamente, uma *função*, não uma prerrogativa de gozo no interesse próprio, por isso que o controle não se confunde, de forma alguma, com a propriedade. O poder de voto do acionista não-controlador, ao contrário, assemelha-se à prerrogativa dominial”¹³⁵.

Posto se assemelhe mais ao direito subjetivo, entretanto, o voto do acionista não-controlador com ele não se confunde, uma vez que o art. 115 determina, como se viu, que o acionista (qualquer acionista) deve votar no interesse da companhia. E tanto isso é verdade que, se assim não o fizer, responderá o acionista não-controlador por perdas e danos, ainda que seu voto não prevaleça, afinal, na deliberação tomada na assembleia, nos termos do § 3º, do mesmo dispositivo legal. A distinção feita, entretanto, deverá levar o juiz, a nosso ver, a um exame muito mais rigoroso do voto do acionista controlador, já que a lei o colocou na condição de verdadeiro intérprete do interesse social, genericamente falando¹³⁶.

A Lei 6.404 instituiu o interesse da companhia, portanto, como um limite funcional e genérico à liberdade de voto, ao qual devem se conformar as declarações de vontade de todos

der conferido ao pai se denomina *potestà* e não *diritto* (entre nós, pátrio-poder e não “pátrio-direito”) (cf. *Teoria...* cit., pp. 152/153).

Comparato usa o termo potestade para definir o poder soberano do acionista controlador, que qualifica, de acordo com lição de Carnelutti, como um autêntico *iustum super partes*, que se manifesta, em relação aos não-controladores, não como comando hierárquico, mas como o poder de decidir por outrem, produzindo efeitos na esfera patrimonial desses não-controladores (*O Poder...* cit., pp. 102/103).

135. *Controle Conjunto...* cit., p. 86. No mesmo sentido, Leães, salientando que, “ao adentrar ao plenário de uma Assembleia Geral, o acionista controlador não está adstrito apenas às regras de natureza privada contidas no art. 115; carregará consigo, também, os deveres e responsabilidades acima enunciados (o autor se refere àqueles constantes dos arts. 116 e 117) e é em função desse feixe de normas que deverá orientar o seu voto” (*Confli...* cit., p. 13).

136. Cf. Bulgarelli, *Societades...* cit., p. 38.

os acionistas, sob pena de ser caracterizado como abusivo o voto proferido (art. 115, *caput*)^{137, 138}. Fica claro, por tudo isso, que a norma legal não se destina, senão indiretamente, à proteção da minoria (cujos abusos são menos frequentes que os da maioria), como esclarece Fran Martins: "Assim, a regra com que se inicia o art. 115 da nova lei é uma norma de caráter geral, tanto aplicável ao acionista majoritário como ao minoritário; a este, entretanto, beneficiará principalmente porque, não sendo permitido o exercício do voto contra o interesse da companhia (que, no fundo, é a obtenção de lucros a serem distribuídos entre todos os acionistas), fica o minoritário amparado contra possíveis abusos praticados pelos acionistas majoritários resultantes de atos que tragam benefícios apenas para esses"^{139, 140}. De outra parte, como bem observado por Mengoni, a disciplina de tutela do interesse da companhia não constitui um capítulo da

137. Bernard Saintourens, em imagem sugestiva, afirma que, por sua flexibilidade, o conceito de "intérêt de la société" tem sido utilizado pela jurisprudência francesa como um "filtro", através do qual é verificada a ocorrência de abuso de voto da maioria ou da minoria em vários atos societários, como o aumento de capital, a constituição de reservas, as convenções de voto, etc. (cf. "La Flexibilité du Droit des Sociétés", na *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1987, n. 4, pp. 482/484).

138. Acerca do papel do interesse da companhia nos acordos de acionistas, assim dispõe o 2º do art. 118, da Lei 6.404: "Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista da responsabilidade no exercício do direito de voto (art. 115) ou do poder de controle (arts. 116 e 117)". Sobre o assunto, v. Carvalhosa, *Acordo de Acionistas*, Saraiva, São Paulo, 1984, pp. 194/195.

139. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, Tomo I, 2ª Ed., Forense, Rio, 1984, pp. 77/78. No mesmo sentido: Comparato, *Controle Conjunto*... cit., p. 90; e Carvalhosa, *Comentários*... cit., p. 112.

140. Justamente por constituir uma regra de caráter geral, a norma do art. 115, além de não se destinar primariamente à proteção da minoria, também não se vincula ao princípio de paridade de tratamento entre os acionistas, como postulou Mengoni, em relação ao art. 2.373 do CCI (ob. cit., p. 447).

Na realidade, como superiormente esclareceu Gambino, tal norma tem por finalidade a tutela do ordenamento social no patrimônio destinado à atividade comum: "Ocorre porém insieme un potenziale pregiudizio non solo della minoranza, ma dell'intero gruppo sociale nel patrimonio destinato allo scopo: il danno per la minoranza deve passare attraverso il danno al patrimonio sociale, mentre la maggioranza in conflitto neutralizza tale pregiudizio con il vantaggio extrasociale conseguito. La norma non pone pertanto una tutela primaria delle minoranze, ma piuttosto una tutela primaria dell'ordinamento sociale nel patrimonio destinato all'attività comune, anche se realizza insieme una parziale tutela delle minoranze per la parte del patrimonio, che queste hanno destinato all'attività sociale. La disposizione legislativa non è quindi riconducibile al principio della parità di trattamento, che vienne garantito parzialmente e di riflesso" (ob. cit., p. 421).

teoria dos direitos individuais dos sócios: os direitos individuais constituem uma *tutela do sócio contra a sociedade*, assinalando uma linha demarcatória entre a esfera social, sujeita à vontade soberana da sociedade, e a esfera individual do sócio, subtraída ao poder de disposição da coletividade; a disciplina de tutela do interesse da companhia, ao revés, *tutela a sociedade contra o sócio*, fixando um limite à persecução de interesses pessoais pelo sócio, diversos daqueles protegidos na forma de direito individual¹⁴¹.

141. Ob. cit., pp. 438/439. Sobre a teoria dos direitos individuais e sua evolução histórica, v. Leães, *Do Direito*... cit., pp. 256/289.

na *Aktiengesetz* de 1937¹⁷⁶. Sob a influência do § 197, 2, desse último diploma, para fins de anulação da deliberação exigiu-se, *somente para o caso de conflito de interesses*, um ulterior requisito: o dano potencial para a companhia. Entendeu-se de impedir a anulação da deliberação, embora tomada com o voto determinante do sócio em conflito, quando não houvesse prejuízo em concreto para a companhia¹⁷⁷. A matéria, pois, foi regulada no art. 2.373¹⁷⁸, que ficou assim redigido:

“Art. 2.373. Conflito de interesses. O direito de voto não pode ser exercido pelo sócio nas deliberações em que ele tenha, por conta própria ou de terceiro, um interesse em conflito com o da sociedade.

“Em caso de inobservância da disposição do parágrafo precedente, a deliberação, toda vez que possa causar dano à sociedade, é impugnável consoante o art. 2.377, se, sem o voto dos sócios que deveriam abster-se da votação, não se teria alcançado a necessária maioria.

“Os administradores não podem votar nas deliberações concernentes à sua responsabilidade.

“.....”

O dispositivo citado, portanto, trata de hipóteses diversas. A primeira consiste no conflito de interesses que, como se viu com Gambino, não se traduz num conflito meramente formal, em que o acionista se coloca em posição de contraparte *vis-à-vis* a sociedade, sendo muito mais amplo. Nessa primeira hipótese também há uma proibição de voto, mas, como ressalta Gambino, trata-se de uma proibição acautelatória: não se sabendo *a priori* qual dos dois interesses o sócio irá satisfazer, se o seu particular ou o da sociedade, a lei impõe, cautelarmente, que ele se abstenha de votar. Se, porém, ele vota, e se o seu voto é determinante para a formação da maioria, não é somente por

176. Muito embora o art. 227 do Projeto Asquini de 1940, como ressalta Gambino, tivesse estabelecido o *divieto di voto* também para o caso de conflito de interesses, o que acabou por não vingar (ob.cit., pp. 381/382).

177. Na impossibilidade de transcrevê-la por inteiro aqui, remete-se o leitor para a magistral pesquisa histórica efetuada por Gambino, referente à elaboração das regras do CCI sobre a matéria (ob.cit., pp. 376/383).

178. Há outra norma, no CCI, que trata do interesse da companhia nas deliberações assembleares, mas é considerada absolutamente excepcional pela doutrina: o art. 2.441, 5 (anteriormente, art. 2.441, 3).

Sobre o assunto, cf. Ascarelli, “L'Interesse Sociale dell'art. 2.441 Cod.Civile. La Teoria dei Diritti Individuali e il Sistema dei Vizi delle Deliberazioni Assembleari”, na *Rivista delle Società*, 1956, vol 1, pp. 93/118.

isso que o voto é nulo; assume relevância, então, o *modo* pelo qual o sócio votou: se o sócio sacrificou um dos dois interesses, ou se realizou um “contemperamento dell'uno e dell'altro, tale da non nuocere la società”. “Il comma 2º dell'art. 2373”, esclarece Galgano, “stabilisce che la deliberazione può essere impugnata, a norma dell'art. 2373, ‘qualora possa recare danno alla società: il che val quanto dire che la deliberazione è annullabile solo se, *considerato il contenuto di essa*, risulti evidente che il socio ha sacrificato l'interesse sociale a quello personale”¹⁷⁹. A segunda hipótese prevista no art. 2.373, do Código Civil Italiano cuida, esta sim, do que se denomina propriamente de *divieto di voto*: a proibição dos administradores votarem nas deliberações concernentes à sua responsabilidade. Diversamente da primeira hipótese, aqui não há indagar sobre eventual prejuízo potencial ou atual da deliberação: “qui”, diz Galgano, “la situazione di conflitto di interessi è *in re ipsa*, come è *in re ipsa*, e non richiede alcuna prova nel caso in cui gli amministratori abbiano votato, il pericolo di danno per la società”¹⁸⁰.

Verifica-se, pois, que a lei italiana, à semelhança da alemã, adotou um regime dicotômico, distinguindo os casos de *divieto di voto* e conflito de interesses. No primeiro caso, o legislador, baseado em precisas circunstâncias formais, interdita o exercício do voto, determinando, em consequência da violação da proibição, a anulabilidade da deliberação tomada com o seu curso, independentemente do exame de seu conteúdo; no último, a anulabilidade só ocorrerá se, verificado o mérito da deliberação, esta for suscetível de causar dano, potencial ou efetivo, à sociedade.¹⁸¹

3. A disciplina da Lei Brasileira

Pelo retrospecto histórico do direito brasileiro feito no início deste capítulo, em confronto com o dos direitos alemão e

179. ob. cit., pp. 230/231; grifou-se.

180. ibidem, p. 231.

181. A bem da verdade, deve-se esclarecer que a terminologia “proibição de voto-conflito de interesses” é utilizada na doutrina italiana. Na alemã, ao revés, para designar fenômeno análogo utiliza-se “conflito de interesses-abuso do direito de voto”.

Gambino aponta justamente nessa diversidade de terminologia a razão de ser de uma série de equívocos da doutrina italiana ao fazer referência ao § 252 do HGB; ali onde os alemães se reportavam a conflito de interesses, na Itália tratava-se da figura do *divieto di voto* (ob. cit., p. 383, nota 59).

Para manter uma coerência no texto, preferimos usar, mesmo quando analisamos o direito alemão, a terminologia italiana, ainda porque há precedentes nesse sentido na doutrina nacional (cf. Leães, *Conflito...* cit., pp. 25/26; *Ação de Anulação...* cit., pp. 10 e segs.).

italiano, pode-se verificar que a evolução de nosso direito se deu em sentido substancialmente semelhante ao daqueles, sobretudo com relação ao italiano. Tal como no Código de Comércio da Itália, o nosso Decreto 434, de 1891, não continha uma norma genérica de proteção ao interesse da companhia nas deliberações assembleares, mas apenas um dispositivo vedando aos acionistas o exercício do direito de voto nas hipóteses de aprovação das próprias contas como administrador, de avaliação de seus quinhões e de atribuição de vantagens estipuladas nos estatutos. Tratava-se, assim, de hipóteses típicas de *viato di voto*, em que o legislador, à vista de precisas situações formais, interditava o exercício do direito de voto, com base no pressuposto de que a ninguém é permitido julgar em causa própria. Também à semelhança do Código Comercial Italiano, o Decreto 434 continha uma norma genérica profligando o conflito de interesses no seio da administração da companhia (estabelecendo, porém, ao contrário daquele, a nulidade da deliberação tomada com o voto do administrador interessado). O Decreto-lei 2.627, de 1940, a seu turno, além de manter as hipóteses de proibição de voto consagradas no Decreto 434, introduziu uma norma genérica responsabilizando o acionista que votasse em sentido contrário ao interesse da companhia, tal como o faria, posteriormente, o Código Civil Italiano de 1942 (este, contudo, estabelecendo a nulidade da deliberação se tomada com o concurso decisivo do voto conflitante). Resta examinar que rumo tomou a Lei 6.404, de 15.12.76.

3.1. O voto abusivo. Considerações gerais

Já se disse, alhures, que a Lei 6.404, ampliou e generalizou a matéria de conflito formal e substancial de interesses e explicou a figura do abuso do direito de voto, utilizando-se, para tanto, de excelente técnica jurídica, ao estabelecer determinados padrões (*standards*), que facilitam sobremaneira a construção administrativa e jurisdicional sobre a questão¹⁸².

Essas observações são importantes. Na verdade, ao se analisar o art. 115 da Lei 6.404, que constitui a norma básica de proteção ao interesse da companhia nas deliberações assemble-

182. Carvalho, *Comentários...* cit., p. 102. Na Exposição de Motivos, aliás, já se avançara, no Capítulo X, Seção III, que "o art. 115 cuida dos problemas do abuso do direito de voto e do conflito de interesses entre o acionista e a companhia. Trata-se de matéria delicada em que a lei deverá deter-se em alguns padrões necessariamente genéricos, deixando à prática e à jurisprudência margem para a defesa do minoritário sem inibir o legítimo exercício do poder da maioria, no interesse da companhia e da empresa".

res, verifica-se que a apontada ampliação e generalização da matéria teve por objetivo nítido estreitar, por todas as formas, o voto abusivo ou conflitante, de maneira a fazer prevalecer, sempre, o interesse comum dos sócios naquelas deliberações. Antes de mais nada, segundo já se salientou no capítulo anterior, o legislador tomou partido quanto à natureza do direito de voto, estabelecendo para o acionista o dever de exercê-lo no interesse da companhia. Depois, mesclando elementos do direito brasileiro anterior com os do direito alemão e italiano (e até, em um tópico específico, do direito norte-americano, como será assinalado oportunamente), procurou fechar o cerco, estabelecendo regra genérica e flexível, que possibilita aplicação abrangente pelo intérprete.

Tal regra acha-se estampada no art. 115, *caput*, que assim soa: "O acionista deve exercer o direito de 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".

Parece inegável que tal regra filia-se diretamente ao § 243, 2, da Lei Acionária Alemã de 1965¹⁸³. Mas ela vai mais longe, pois além de inibir o voto proferido com o intuito de obter vantagens indevidas ("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"), pune também o voto proferido *ad aemulationem* ("com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas")¹⁸⁴. Conforme observa ainda Carvalho, ao tachar de abusivo o voto proferido com o fim de causar dano à companhia, com o fim de causar dano a outros acionistas ou com o fim de obter vantagem sem justa causa, "a lei leva em conta a *finalidade*, ou seja, a intenção do acionista no exercício do direito de voto"¹⁸⁵. Em todos os casos,

183. Nesse sentido: Leães, *Conflito...* cit., pp. 25/26; Mauro Pentead, ob.cit., p. 263, nota 584.

O § 243, 2, da Lei Alemã tem a seguinte redação: "A anulação pode também esticar-se no fato de um acionista tentar obter, pelo exercício do seu direito de voto, para si ou para terceiros, vantagens particulares em detrimento da sociedade ou de outros acionistas, e a decisão é idônea a servir a esse escopo" (a tradução é de Leães, ob. ult. cit., p. 24).

184. cf. Wilson de Souza Campos Batalha, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. II, Forense, Rio, 1a. Ed., 1977, p. 557.

185. *Comentários...* cit., p. 110, acrescentando, porém, mais adiante, que a intenção do votante não deve ser subjetivamente perquirida, bastando que a deliberação vise a alcançar fins que repugnam ao sentimento jurídico (p. 111).

pois, em que houver *desvio de finalidade* do voto, ou seja, quando o acionista votar de modo contrário ao interesse da companhia, que não é senão, como se viu, o interesse comum dos sócios *uti socii*, aliado ao prejuízo atual ou potencial para aquela ou para outros acionistas, dá-se o abuso do direito (ou, se se preferir, do poder) de voto^{186,187}.

O dispositivo em exame alude a “prejuízo para a companhia ou para outros acionistas”, alternativa que Comparato

186. Consoante se ressaltou no capítulo anterior, na medida em que o art. 115 estabelece o dever de o acionista votar no interesse da companhia, torna-se difícil caracterizar o direito de voto como um verdadeiro direito subjetivo, vale dizer, como prerrogativa de tutelar o próprio interesse.

Ademais, a doutrina ressalta ainda que direito subjetivo, no sentido próprio e específico do termo, só existe quando à pretensão (*Anspruch*) do agente se une a exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem, o que não ocorreria no exercício do voto, que constituiria, assim, mais propriamente, um poder (*Kannrecht*) de influir na esfera jurídica alheia (cf. Leães, *Conflito...* cit., p. 17; Comparato, *Controle conjunto...* cit., p. 85, nota 6).

187. Não é aqui a ocasião oportuna para se discorrer sobre a teoria do abuso do direito, mas basicamente, conforme disserta, com sua habitual clareza, Silvio Rodrigues, dividem-se os doutrinadores da aludida teoria em duas correntes: para os partidários da primeira, dita subjetiva, ocorre abuso quando o ato é praticado com mera intenção de prejudicar a terceiro ou sem qualquer interesse para o agente; para os partidários da segunda, dita objetiva, o abuso se configura quando o titular do direito o utiliza em desacordo com a finalidade social para a qual o direito foi concedido.

Para o eminente mestre, o direito brasileiro, que acolheu, timidamente, essa figura, no Código Civil (art. 160, I, *a contrario sensu*), teria propendido para a segunda corrente, ao determinar, no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (ob.cit., vol. IV, *Responsabilidade Civil*, 11ª Ed., 1987, pp. 45/59, especialmente pp. 52/55).

Sobre a distinção entre os conceitos assemelhados de “abuso do direito”, “abuso de majoridade” e “détournement de pouvoir”, v. Dominique Schmidt, ob. cit., pp. 139, 176/177 e 180/182.

Para o lúcido mestre francês, “L’abus de majorité, en premier lieu, doit être soigneusement distingué de l’abus du droit. La similitude dans la désignation des deux notions fait illusion et dissimule une différence fondamentale: alors que le droit est conféré en vue de la satisfaction d’intérêts particuliers, le pouvoir est donné à la majorité en vue de la satisfaction de l’intérêt collectif des actionnaires. Dans l’un et l’autre cas, certes, le titulaire du droit ou du pouvoir ne peut nuire aux tiers; mais alors qu’on fait défense au titulaire du droit de nuire à autrui, on fait obligation à la majorité de gérer dans l’intérêt de la collectivité. L’abus du droit et l’abus de majorité sont deux notions distinctes, si bien que l’on ne saurait s’inspirer des résultats de l’analyse de l’une pour rechercher le fondement de la seconde.

C’est sans doute pour marquer cette distinction que de nombreux auteurs ont rapproché ou même confondu l’abus de majorité et le détournement de pouvoir. Les deux notions expriment en effet que le titulaire du pouvoir ne peut l’exercer dans son intérêt propre, ou plus généralement dans un but autre que celui en vue duquel le pouvoir lui est conféré. Ainsi, la majorité ne peut user de son pouvoir pour s’avantager personnellement, alors que ce pouvoir lui ap-

entende ser falsa. Para ele, o único interesse dos acionistas, protegido pela norma legal, é o interesse comum, que está ligado, por sua vez, à participação de cada acionista no patrimônio social. Desse modo, por meio do voto abusivo é lesado, em primeiro lugar, o patrimônio social “e somente por via de consequência o patrimônio individual dos acionistas impugnantes da deliberação”¹⁸⁸. De qualquer forma, como bem observa Mauro Pentead, a solução acolhida pela Lei 6.404 tende a pôr cobro às discussões doutrinárias acerca da suposta “neutralidade” do aumento de capital: “ainda que se pretenda sustentar, entre nós, que determinada operação de aumento de capital não causa ‘dano’ no per la società, alla quale non può nuocere il fatto di avere in cassa del danaro in più”, mesmo assim o fato de causar ela dano ao acionista impugnante, associado à falta de justificativa de sua necessidade para o interesse da companhia, caracterizará os votos que a aprovaram como abusivos, ao teor do art. 115”¹⁸⁹.

No tocante aos beneficiários do voto abusivo, a norma legal também indica pessoas alternativas: o próprio votante ou terceiros, evitando, assim, no dizer de Mauro Pentead, “as objeções que soem ser levantadas nos casos frequentes em que a opressão aos minoritários é realizada através de interpostas pessoas, físicas ou jurídicas”¹⁹⁰. As vantagens indevidas que tendem a derivar do voto abusivo consistem, para Comparato, em “vantagens que não são normalmente atribuídas a todos quantos se encontram na mesma situação jurídica perante a companhia; ou seja, uma violação do princípio de igualdade relativa que consubstancia a justiça distributiva, como assinalamos”. “Assim é que”, exemplifica o mestre, “o acionista controlador pode auferir, como resultado da deliberação impugnada, benefícios econômicos diversos da simples distribuição de dividendos ou bonificações em dinheiro. Ora, embora seja controlador, ele não deixa de ser acionista, não podendo portanto preten-

partir pour satisfaire l’intérêt de la collectivité. Le rapprochement est donc fécond, en ce qu’il éclaire avec netteté le mécanisme de l’abus de majorité; mais il n’a pas d’autre portée, faute de rendre compte de l’originalité du pouvoir majoritaire: alors que l’autorité administrative dispose d’un pouvoir en vue de satisfaire l’intérêt d’autrui, la majorité dispose de son pouvoir pour satisfaire non seulement les intérêts des autres associés, mais aussi les siens propres. Le groupe dirigeant est le premier et principal intéressé des résultats de sa gestion, ce qui, à l’évidence, ne peut être dit de l’autorité publique. Le rapprochement des deux notions n’a d’autre valeur que celle d’un ‘simple argument d’analogie’ (pp. 176/177).

188. *Controle Conjunto...* cit., p. 90, encampando, assim, a lição de Gambino, por nós já referida.

189. ob. cit., p. 263.

190. ob. cit., p. 264.

der, nessa qualidade, vantagens diversas das que competem, por lei, aos demais acionistas"¹⁹¹.

No que diz respeito ao elemento subjetivo do voto abusivo, há uma diferença no regime legal, como já se salientou: no caso de o voto ter sido exercido "com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas" — voto *ad aemulationem* — verifica-se, segundo Comparato, "uma situação em tudo análoga ao abuso no exercício do direito de propriedade, em que prevalece, sobre o desejo de auferir vantagens pessoais, o intento de prejudicar terceiros"¹⁹²; na hipótese de o voto ter sido exercido com o fito de obter, "para si ou para outrem, vantagem a que (o votante) não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas", a tónica é colocada na vantagem indevida visada, assumindo o votante, entretanto, o risco de produzir o prejuízo para o patrimônio social e individual dos sócios¹⁹³.

À regra geral constante do *caput* do art. 115 devem ser acrescentadas, ainda, aquelas referentes ao poder de controle e ao abuso desse poder (*rectius*, função), constantes dos arts. 116, 117 e 246, visto que, frequentemente, é por intermédio do exercício do voto em assembleia que tal abuso se manifesta (cf. art. 117, parágrafo único, letras "b", "c", "d", "e" e "g")¹⁹⁴.

191. *Controle Conjunto*... cit., p. 90. Anteriormente à passagem transcrita, o mestre já havia esclarecido o que entende por justiça distributiva: "É, aliás, pela submissão de todos os sócios, sem exceção, ao escopo social comum que se realiza a verdadeira igualdade entre eles, igualdade evidentemente proporcional à participação de cada um no capital. A deliberação de assembleia, quando não contrária ao interesse social, produz uma distribuição exatamente proporcional de vantagens ou desvantagens entre os acionistas, segundo o princípio da justiça distributiva" (ibidem, p. 89).

Em sentido substancialmente idêntico, a posição de Dominique Schmidt, que relaciona tanto o "abus de majorité" quanto o "abus de minorité" à ocorrência de uma "rupture de l'égalité entre actionnaires" (ob.cit., pp. 151/156), devida à "recherche d'un avantage personnel" (ibidem, p. 173).

192. *Controle Conjunto*... cit., p. 91.

193. Segundo Dominique Schmidt, "il est bien évident que la conscience de s'avantager personnellement emporte nécessairement celle de préjudicier à la minorité" (ob.cit., p. 173).

Um pouco adiante, porém, Dominique Schmidt afirma que o mesmo critério serve igualmente à caracterização do abuso da minoria: "la seule conscience de s'avantager est répréhensible car elle contrevient à cette obligation positive d'oeuvrer pour le profit de tous. Enfin, elle permet de lier en une notion unique l'abus de majorité et l'abus de minorité" (ibidem, p. 174).

194. Mas a disciplina do art. 115, como bem salientado por Guerreiro, é autônoma em relação àquela dos arts. 116 e 117, aplicando-se, portanto, a todos os acionistas, inclusive ao controlador, sendo, outrossim, mais ampla, na medida em que se contenta com o dano potencial para a companhia como caracterizador do abuso (*Conflição*... cit., p. 31). Sobre o abuso de poder do acionista controlador, dentro e fora das assembleias, v., por todos, Comparato, *O Poder*... cit., pp. 309/331.

3.2. A proibição de voto e o conflito de interesses

Delineado o voto abusivo no *caput* do art. 115, a Lei 6.404 passa a cuidar da proibição de voto e do conflito de interesses no § 1º do mesmo dispositivo, assim determinando: "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".

Na exegese desse parágrafo, surgem questões de magna importância para o intérprete.

3.2.1. *A proibição de voto.* Antes de mais nada, soa perfeitamente claro que as duas primeiras hipóteses nele reguladas, são hipóteses de *divieto di voto*. Nas deliberações relativas ao laudo de avaliação dos bens que conferiu ao capital social e à aprovação das suas contas como administrador, o acionista está proibido de votar, ressalvada, para a primeira hipótese, o disposto no § 2º do art. 115 e, para a segunda, nas companhias fechadas, o disposto no § 6º do art. 134. A essas regras se reportam, outrossim, os arts. 8º, § 5º, e 134, § 1º, da Lei 6.404.¹⁹⁵ Nos casos enfocados, pois, a violação do *divieto* acarreta, *ipso facto*, a nulidade do voto e a consequente anulabilidade da deliberação, se o voto for determinante para a formação da maioria. Aqui, pois, o legislador estabeleceu, com base em precisas circunstâncias formais, à semelhança do que ocorre no direito alemão e no italiano, um controle *ex ante* de legitimidade do voto, sendo de todo dispensável perquirir acerca da ocorrência de prejuízo para a companhia ou para outros acionistas, de vez que o perigo de dano, como acentua Galgano, acha-se *in re ipsa*^{196,197}.

195. Na fusão de sociedades, art. 228, § 2º.

196. A doutrina é unânime nesse sentido: cf. Comparato, *Controle Conjunto*... cit., p. 91; Leães, *Conflição*... cit., pp. 25/26 e *Comentários*... cit., p. 247; Carvalhosa, *Comentários*... cit., pp. 114 e 117; Teixeira e Guerreiro, ob. cit., pp. 277/278; Batalha, ob. cit., p. 558; Fran Martins, ob. cit., pp. 80/82.

A jurisprudência, apreciando a hipótese de mais frequente ocorrência, qual seja, a de aprovação das contas pelo acionista-administrador, tem sido rigorosa na aplicação da proibição legal.

Em julgado publicado na *Revista dos Tribunais* vol. 598, p. 53, da 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo Desembargador Márcio Bonilha, anulou-se deliberação em que o acionista, visando contornar a norma legal, simulou a venda de suas ações para um terceiro, que aprovou as contas e, após a assembleia, transferiu as ações de volta para o acionista

Dúvidas existem quanto à terceira hipótese regulada no § 1º, do art. 115: deliberações que puderem beneficiar o acionista de modo particular. Segundo Leães, nas duas primeiras hipóteses haveria *vedação de voto*; ocorreria o *conflito de interesses*; por sua vez, 'em todas as demais hipóteses em que for apurada efetiva conflituosidade, expressa em uma vantagem expectiva'.

que lhas havia vendido (o julgado foi comentado por Bulgarelli na *RDM* n. 59, pp. 96/97).

No mesmo sentido o julgado publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vol. 74, p. 186, também da 5ª Câmara Civil, relatado pelo Desembargador Nogueira Garcez.

Em outro julgado, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 99, p. 1.333 (e na *Revista dos Tribunais*, vol. 546, p. 263), o Supremo Tribunal Federal, pela voz do Ministro Moreira Alves, manteve (mas com base na antijurídica Súmula 400) acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que anulava deliberação embasada em voto de administrador que havia aprovado as contas não nessa condição, mas sim na de representante legal de sociedade acionista. O acórdão do tribunal fluminense, em exegese que pareceu demasiadamente simplista a Maria Lúcia de Araújo Cintra, que o comentou (na *RDM* n. 43, pp. 89/94), entendeu que a expressão "procuradores", constante do 1º do art. 134 da Lei 6.404, abrangia também o representante legal de acionista.

197. Questão interessante é a de saber se se aplica a disciplina do *divieto de voto* ou do conflito de interesses ao voto de aprovação das contas da administração por pessoa jurídica controlada por administrador.

O ato de se obter aprovação de contas por interposta pessoa, como se sabe, constitui crime (Código Penal, art. 177, § 1º, inciso VII), mas, como observa Comparato, a doutrina entende que essa interposição deve ter sido criada especialmente para aquele efeito (cf. *O Poder...* cit., p. 320; além disso, como observa Celso Delmanto, citando as lições convergentes de Heleno Cláudio Fraga e Nelson Hungria, é necessário "que as contas ou pareceres estejam em desacordo com a realidade, pois o crime é de fraude", cf. *Código Penal Comentado*, 1ª Ed., 4ª Tiragem, Livraria Editora Renovar Ltda., Rio, 1986, p. 321). Se a sociedade não foi criada com a finalidade de aprovar as contas, está excluída a conduta criminosa. Não obstante, entende Comparato que, no caso, a deliberação da assembleia pode ser considerada ineficaz, pela ocorrência de fraude à lei, uma vez que o art. 115 da Lei 6.404 considera abusivo o voto exercido com o fim 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. "Ainda que se considere que a sociedade controlada pelo administrador não é o seu *alter ego*", diz Comparato. "É bem de ver que, ao votar abusivamente pela aprovação das contas desse administrador, ela o fez com o fim de obter para este uma vantagem a que ele não fazia jus, daí resultando, obviamente, um prejuízo ou possibilidade de prejuízo para a companhia" (ibidem, p. 321).

Ao que parece, o preclaro mestre entende não ser aplicável à hipótese, portanto, a disciplina do *divieto de voto*, mas sim a do conflito de interesses, ao falar em voto *abusivo* da sociedade controlada pelo administrador, o que pressupõe um conflito substancial, efetivo, que traga ou tenha a possibilidade de trazer prejuízos à companhia. Leães também propende, decididamente, para a aplicação, ao caso, da disciplina do conflito de interesses, entendendo, em parecer já referido (*Ação de Anulação...* cit., pp. 18 e segs.) que o voto da so-

rimentada pelo acionista 'de modo particular' (a lei brasileira, como se vê, repete a locução da lei alemã)¹⁹⁸. Para Comparato, haveria proibição de voto nas "situações de conflito aberto de interesses, relacionadas no § 1º do art. 115: deliberações relativas ao laudo de avaliação dos bens com que o votante concorrer para a formação do capital social, aprovação de contas do votante como administrador ou concessão de vantagens pessoais. Trata-se, afinal, de mera aplicação do princípio *nemo iudex in causa propria*"¹⁹⁹.

A razão, neste ponto, parece estar com Comparato. Segundo os pensamos ter demonstrado no início deste capítulo, a tercidade controlada pelo administrador somente poderá ser anulada se, abusivamente, aprovar contas irregulares deste último.

A jurisprudência tem oscilado no tocante à matéria.

Em julgado constante da *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, vol. 82, p. 219, da 3ª Câmara Civil, relatado pelo Desembargador Jurandyr Nilsson, decidiu-se que a proibição do § 1º do art. 134 da Lei de S.A., só se aplica ao acionista pessoa física, não se aplicando à sociedade controladora, ainda que esta faça parte todos os administradores da sociedade controlada. O que importa, disse o julgado, "é a regularidade das contas aprovadas, ainda que todos os diretores da empresa controlada façam parte da controladora, respondendo esta por perdas e danos, se forem aprovadas *contas irregulares*" (Rev. cit., p. 220). Aplicou-se à hipótese, portanto, a disciplina do conflito de interesses.

Posteriormente, a mesma 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação n. 129.414-1/4, relatada pelo Desembargador Toledo César, decidiu que uma sociedade constituída exclusivamente por administradores não poderia votar as contas desses mesmos administradores, ainda que não tivesse sido criada com esse intuito, "pois que, trocando em miúdos, seriam as mesmas pessoas físicas integrantes que opinariam sobre as contas das mesmas pessoas físicas que a administraram". Entendeu-se que, "quaisquer que fossem as contas sob aprovação, os administradores, por si, por procuradores, ou por sociedades por eles constituídas, jamais poderiam votar". Di-versamente do que ocorreria naquele julgado anterior aplicou-se neste último, portanto, com aparente auxílio da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, a disciplina do *divieto de voto*, prescindindo-se da verificação da efetiva incompatibilidade de interesses, que somente resultaria da aprovação de contas irregulares.

Em julgado constante da *Revista dos Tribunais*, vol. 624, p. 76, da 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatado pelo Desembargador Ralfo Waldo, anulou-se deliberação aprovada por sociedade aderida de constituída, às vésperas de uma assembleia, para a aprovação das contas de seus acionistas como administradores e para se tornar a maior acionista entre os minoritários, de maneira a obstar o direito dos verdadeiros minoritários de elegerem um membro do conselho fiscal, mas aí a fraude à lei, aliada ao intuito de prejudicar terceiros, foi evidente, fundando-se o acórdão na simulação praticada pelos acionistas majoritários.

198. *Conflito...* cit., p. 26.

199. *Controle Conjunto...* cit., p. 91.

ceira hipótese prevista no § 1º, do art. 115, não se origina, como sugerido por Leães, da *Aktiengesetz*, mas deita suas raízes na tradição do direito societário brasileiro, desde a Lei 3.150, de 1882, onde se afirmava, no art. 15, § 10, que o acionista interessado não poderia votar nas deliberações acerca de "quaisquer vantagens estipuladas nos estatutos ou contrato social". Tal preceito foi repetido em idêntico dispositivo do Decreto 164, de 1890, e no art. 142 do Decreto 434, de 1891. Ao ser editado o Decreto-lei 2.627, de 1940, o legislador lhe deu nova redação, determinando, no art. 82, que o acionista não poderia votar nas deliberações que viessem a "beneficiá-lo de modo particular" (redação esta que a Lei 6.404 reproduziu). O próprio Valverde, redator do anteprojeto, porém, deu como fonte do dispositivo o art. 142 do Decreto 434, ressaltando, em seus comentários, que os referidos benefícios representavam, quase sempre, uma recompensa pelos trabalhos ou serviços prestados pelo acionista à companhia. Neste passo, portanto, o legislador não teve em mente os benefícios ou vantagens indevidos, de caráter extra-social, de que cuida o § 243, inciso 2, da Lei Acionária Alemã²⁰⁰, mas benefícios perfeitamente lícitos, que a lei permite sejam atribuídos aos acionistas²⁰¹. Onde se vê a influência nítida do mencionado dispositivo da lei alemã é, como se salientou, no *caput* do art. 115, que se refere ao voto proferido pelo acionista com a finalidade de obter, para si ou para outrem, "vantagem a que não faz jus" (aqui sim, a vantagem indevida, decorrente do voto abusivo)²⁰². Ora, a vantagem indevida, capaz de acarretar prejuízos à companhia ou aos outros acionistas, conforme acentua o próprio Leães, somente pode ser verificada mediante um juízo de mérito e não um juízo puramente formal²⁰³. Não é o caso, porém, da hipótese questionada, como se viu, em que, por meio de um critério formalístico, permite-se apurar o conflito no exercício do voto. Pode-se concluir, assim, que, na hipótese de deliberação que beneficie o acionista de modo particular, está-se também, tal como nas duas primeiras hipóteses previstas no § 1º do art. 115, diante de um caso de *divieto di voto*, sendo nulo o voto proferido em des-

200. Herzfelder, ob.cit., pp. 286/287.

201. Cf. Carvalhosa, *Comentários...* cit., p. 116, salientando que, "nesse benefício restrito, a lei não pressupõe a existência de um ilícito ou de qualquer intenção do beneficiado no sentido de lesar a companhia ou os demais acionistas."

202. A interpretação preconizada no texto, inclusive, concilia perfeitamente o disposto no caput do art. 115 com o § 1º do mesmo artigo, como se verá mais claramente a seguir.

203. *Conflito...* cit., p. 25; *Ação de Anulação...* cit., p. 18.

respeito à proibição, independentemente de qualquer indagação acerca do conteúdo da deliberação ou de eventual prejuízo, potencial ou atual, à companhia²⁰⁴.

3.2.2. *O conflito de interesses.* Passemos, agora, à análise da última hipótese regulada no dispositivo legal em estudo, ou seja, das deliberações em que o acionista tiver "interesse conflitante com o da companhia"²⁰⁵. É certo que, interpretada literalmente, a lei, também nesse caso, estabelece uma proibição do exercício do voto pelo acionista. O que se indaga, porém,

204. Problema que tem sido objeto de controvérsia, desde o Decreto-lei 2.627, de 1940, e o de se saber se constitui benefício particular a fixação da participação dos administradores nos lucros (art. 152, § 1º, c/c art. 190, da Lei 6.404).

Na vigência daquele primeiro diploma legal, Valverde sustentava que a percentagem sobre os lucros líquidos que, segundo os estatutos, a assembleia deveria atribuir aos administradores, consistiria em "honorários, ordenados ou salários remunerativos de trabalho normal, pelo que, nada de mais justo, que também sobre o seu montante se manifeste o interessado" (ob. cit., vol. II, p. 68). Contra essa opinião voltou-se Cunha Peixoto, entendendo que essa contribuição representava um ônus para a companhia, afetando os demais acionistas (*Sociedades por Ações*, vol. II, Saraiva, São Paulo, 1972, p. 362).

Na vigência da lei atual, Carvalhosa (*Comentários...* cit., p. 116) e Fran Martins (ob.cit., pp. 83/84) manifestam-se em consonância com a posição de Cunha Peixoto.

No julgado já citado, inserto na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, vol. 82, p. 219, da 3ª Câmara Civil, relatado pelo Desembargador Jurandyr Nilsson, entendeu-se que a remuneração dos diretores, quer sob a forma de honorários, quer sob a forma de participação nos lucros, por consistir em "contraprestação de serviços prestados à sociedade", não constitui "benefício particular"; não se enquadrando a hipótese, pois, à proibição de voto constante do § 1º do art. 115 da Lei 6.404 (se bem que, no caso em julgamento, impõe-se recordar, não foram propriamente os administradores que votaram, mas uma sociedade *holding* por eles controlada).

Não se considera benefício particular, entretanto, a eleição do acionista para administrador, pois, nesse caso, segundo Carvalhosa, "a eleição e o desempenho das respectivas funções fazem-se a favor da sociedade e não do acionista investido" (ob. e loc. cit.).

205. No âmbito da administração, a regra se encontra no art. 156 da Lei 6.404, que determina o seguinte: "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 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".

é se aqui se está em presença de um *divieto di voto* propriamente dito, cuja violação acarreta, automaticamente, a nulidade do voto — para o que será necessário configurar o conflito de interesses de um ponto de vista meramente *formal* — ou se, tal como no art. 2.373, do Código Civil Italiano, o que a lei estabelece é uma proibição acautelatória, cuja violação somente ocasionará a nulidade do voto após o exame de seu conteúdo — vale dizer, na ocorrência de um conflito *substantial* de interesses.

No império do Decreto-lei 2.627, de 1940, como se salientou, a doutrina dominante, com apoio em Valverde e Carvalho de Mendonça (este, comentando o Decreto 434, de 1891), repugnava um critério puramente formal, como a mera posição de partes contrastantes, de resto existente em todo negócio jurídico bilateral ou plurilateral, entendendo que a questão deveria ser apreciada caso a caso.

Comentando a hipótese à luz da Lei 6.404, Carvalhosa rejete expressamente a lição de Valverde, sustentando ser “impossível encarar a questão casuisticamente”. Para ele, “O conflito de interesses das partes, que existe em todo o contrato bilateral ou unilateral, é a razão formal para a suspensão do exercício do voto pelo acionista pré-contratante ou contratante com a sociedade. Daí, não poder o sócio — que é ou será parte contratual — formar a vontade da outra parte, que é ou será a companhia”²⁰⁶.

Já Leães entende que o interesse conflitante deverá ser apurado em cada caso concreto, conforme as circunstâncias, afirmando um critério puramente formal²⁰⁷, ou apriorístico.

Para Comparato, igualmente, a existência de uma contradição de interesses é *quæstio facti*, a ser apreciada em concreto²⁰⁸, segundo ele, porém, ocorrerá também impedimento de voto, na medida em que “o conflito de interesses transpareça *a priori* da própria estrutura da relação ou negócio sobre que se vai deliberar, como, por exemplo, um contrato bilateral entre a companhia e o acionista”²⁰⁹.

Neste ponto estamos com Leães (e, em parte, com Comparato). Em primeiro lugar, parece evidente que o legislador brasileiro, ao disciplinar a matéria, não teve em vista um conceito

206. *Comentários...* cit., pp. 114/115.

207. *Conflito...* cit., pp. 25/26; *Ação de Anulação...* cit., pp. 16/18.

208. *O Poder...* cit., p. 307.

209. *Controle Conjunto...* cit., p. 91.

meramente formal de conflito de interesses, restrito à hipótese em que o acionista se acha em situação contraposta à companhia, como ocorre num contrato bilateral. O conceito adotado em nossa lei de sociedades por ações deve ser extraído, a nosso ver, do *caput* do art. 115, onde se define o voto abusivo. Com efeito, se o interesse da companhia consiste no interesse comum dos sócios à realização do escopo social, como se demonstrou, o acionista que vota com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou vota com o intuito de obter vantagem a que não faz jus, assumindo o risco de prejudicar a companhia ou outros acionistas, está, em qualquer desses casos, *votando contrariamente àquele interesse comum*²¹⁰. Ora, os casos de voto abusivo previstos no dispositivo sob exame não se restringem, a toda evidência, à hipótese de um conflito de interesses formal, a significar uma posição contrastante entre as partes, como em um contrato. É suficiente lembrar, a propósito, que a lei coíbe, na mencionada norma, o mero ato emulativo (que, obviamente, nada tem a ver com um contrato). É certo, por outro lado, que os conceitos de abuso do direito de voto e de conflito de interesses são distintos, mas, da maneira como o legislador os dispôs, na Lei 6.404, eles se interligam²¹¹. É o próprio Carvalhosa quem o diz: “Se a manifestação do voto não traduzir o interesse coletivo, instaura-se o conflito de interesses e o abuso do direito de voto”²¹². Tem-se, assim, preliminarmente,

210. Cf., a propósito, o julgado citado na nota 225.

211. Existe conflito de interesses entre o sócio e a sociedade, diz Galgano, quando o sócio se acha na condição de ser portador, diante de uma determinada deliberação, de um duplice interesse: do seu interesse como sócio e, além disso, de um interesse externo à sociedade, sendo essa duplicidade tal que o sócio não pode satisfazer um deles sem sacrificar o outro. Mais adiante, porém, Galgano corrige essa definição, pois admite que o sócio pode realizar um “contemperamento” entre ambos os interesses (ob. cit., p. 230).

A situação de conflito de interesses, portanto, é *precedente* à deliberação. Agora, se o sócio, ao votar, sacrificar o interesse social ao seu interesse pessoal, diverso do da sociedade, estará, nos termos da nossa lei de sociedades por ações, agindo conflitantemente e, portanto, abusando do seu direito de voto, ao desviar-se da finalidade em vista da qual a lei lhe concedeu tal direito, qual seja, a de exercê-lo no interesse da companhia.

212. *Comentários...* cit., p. 110. No texto da Lei 6.404, aliás, não se encontra a expressão “conflito de interesses” constante da epígrafe que encabeça o art. 115, mas apenas “interesse conflitante”.

Carvalhosa procura fazer uma distinção entre essas duas expressões, entendendo que a primeira refere-se ao conflito formal de interesses e a segunda ao conflito substancial, que adentra o campo do ilícito (ob. cit., pp. 115/116).

Se assim é, a última hipótese regulada no § 1º do art. 115 trata, como sustentado no texto, de conflito substancial, pois ali se fala justamente em “interesse conflitante”.

que a noção de conflito de interesses constante da nossa lei de sociedades por ações vincula-se a um conceito muito mais amplo do que o de um simples conflito formal²¹³.

Em segundo lugar, como muito bem argumenta Leães, citando Mengoni, o *divieto di voto*, como sistema de tutela do interesse da companhia, "vem sendo restringido 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.

213. Conforme demonstra Gambino, em seu esplêndido estudo sobre a questão no direito peninsular, os autores italianos que entendiam só se aplicar a disciplina do art. 2.373 do CCI na hipótese de preexistente situação objetiva de conflito entre o acionista e a companhia, como ocorre em um contrato, tiveram em mira colocar uma barreira preliminar ao exame do mérito das deliberações assembleares pelo juiz. Vinculados a uma concepção puramente contratuista da sociedade anônima, tais autores, diante da possibilidade de aferição do interesse da companhia pelo Judiciário, aberta pela aludida norma — e que, de certo modo, põe em crise o princípio da autonomia societária — circunscreveram o interesse pessoal do sócio àquela hipótese exclusiva.

Dessa forma se compreende, diz Gambino, a diversidade de concepções que esses mesmos autores apresentam acerca do interesse da companhia — ora tendo-o por abstrato, ora por concreto, ora por típico e específico, etc. É que, circunscrito o interesse pessoal do sócio à hipótese exclusiva de preexistente situação de conflito, ele se coloca em contraposição ao interesse da companhia, como quer que este seja entendido. Em suma, conclui Gambino, ofereceu-se uma interpretação do interesse pessoal do sócio para a qual não é necessário individualizar, com valoração autônoma, o *contraposto interesse da companhia* (ob.cit., pp. 376/377).

Mais adiante, Gambino demonstra percutientemente, todavia, que, mesmo na hipótese de um contrato entre o sócio e a sociedade, o que está em conflito com o interesse comum dos sócios não é o interesse ao bem que o sócio irá comprar ou vender, mas sim o interesse a uma vantagem particular a realizar com a compra ou com a venda. Se é verdade, diz Gambino, que, no caso de um contrato sinalagmático, o interesse do sócio parece contrapor-se em si mesmo ao interesse da sociedade, com relação ao bem, a exata perspectiva surge quando não está em consideração a conclusão de um contrato entre ambos, como no exemplo, formulado por Oertmann, da abertura de uma estrada adjacente a um edifício do sócio. Nesse exemplo, se o sócio votar pela construção da estrada, apesar de desnecessária, surge, nítido, onde se encontra o interesse em conflito: na *vantagem particular e indevida que o sócio experimentará*, em detrimento do interesse comum, tal como na hipótese do contrato (pp. 384/385).

Não é preciso muito esforço para se concluir que, da mesma maneira que no § 243, 2, da *Aktiengesetz*, tal conceito foi acolhido no *caput* do art. 115 da Lei 6.404 para caracterizar o abuso do direito de voto. Aliás, o próprio Gambino também chama a atenção, em seu estudo, para a analogia existente entre a disciplina adotada no CCI para o conflito de interesses e a disciplina francesa e alemã do abuso do direito (ou do poder) (p. 422).

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 outrem²¹⁴. Uma das grandes inovações da Lei 6.404, como é sabido, consiste na disciplina das relações entre as sociedades controladas, controladoras e controladas, bem como dos grupos societários, realizada, respectivamente, nos Capítulos XX e XXI. Seria inconcebível que o legislador, ciente da realidade constituída pela concentração empresarial do mundo hodierno, a ponto de regulá-la na lei, tivesse pretendido estabelecer um sistema formal de proibição de voto, o que praticamente eliminaria a possibilidade da sociedade controladora votar nas assembleias da controlada, dado o potencial conflito de interesses em que se acham. Daí observar Leães: "A lei brasileira, ademais, em seu art. 245, regula as relações entre sociedades controladoras e controladas, permitindo que, nesse caso, as operações entre as sociedades possam submeter o interesse de uma ao interesse de outra, desde que haja 'pagamento compensatório adequado', obedecendo idêntica regra do direito alemão, que fala também em 'compensação adequada' (*angemessener Ausgleich*); sendo ainda de se registrar que, em seu art. 276, admite a possibilidade de da subordinação das sociedades filiadas ao interesse grupal,

214. *Ação de Anulação*... cit., p. 22. As agudíssimas observações de Mengoni, nas quais se baseou Leães, são as seguintes: "D'altra parte, il sistema del divieto di voto è ormai completamente superato rispetto ai bisogni del mondo economico moderno, caratterizzato dalla concentrazione industriale. Nelle società controllate, i rapporti con la società controllante costituiscono una insopprimibile ragione di vita: qualora la disciplina del conflitto di interessi fosse tecnicamente impostata sulla regola del divieto di voto, le società controllate verrebbero a trovarsi in una situazione assurda, perchè in sostanza rimarrebbe arbitra esclusiva della società la minoranza (Salandra). Il fenomeno delle partecipazioni azionarie di controllo esige certamente delle cautele giuridiche più penetranti di quelle attualmente predisposte dagli artt. 2359 e sgg. cod. civ. Ma, perfino a quando no lo si voglia considerare illecito, il che è impensabile, non si può precludere alla società controllante il diritto di voto nelle deliberazioni concernenti i rapporti con essa della società controllata, sol perchè in tali rapporti la controllante si trova formalmente in una posizione di potenziale conflitto di interessi con la controllata" (ob.cit., pp. 451/452).

o que exige uma outra leitura das regras relativas aos conflitos de interesses no seio das assembleias"^{215,216}.

Por último, deve-se salientar que outro indício de que o legislador não teve em mira instituir uma proibição de voto no caso de interesses formalmente conflitantes encontra-se no art. 117, § 1º, letra "f", da Lei 6.404. Tal dispositivo assim soa:

"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 equitativas".

Lida a *contrário sensu*, essa norma significa, evidentemente, que o acionista controlador está autorizado a contratar com a companhia, desde que em condições equitativas²¹⁷. Ora, a hipótese de um contrato entre o acionista e a companhia é considerada a hipótese paradigmática de conflito formal de interesses, *ipotesi di scuola*, como diz Galgano²¹⁸. Fosse intenção da lei estabelecer um controle *ex ante* desse tipo de conflito, não teria jamais admitido a possibilidade de realização de um contrato entre o acionista controlador e a companhia, no qual aquele determina a vontade desta. Sucede que, como ressaltado por Leães, o legislador brasileiro, consciente da realidade que hoje

215. *Ação de Anulação...* cit., p. 18. A subordinação dos interesses das sociedades filiadas aos da sociedade controladora ou de comando só pode ocorrer na hipótese de "grupos de direito", isto é, constituídos mediante convenção de grupo, nos termos do art. 265, não nos chamados "grupos de fato" (cf. art. 276, citado no texto). Mas o art. 245 parece excepcionar tal proibição, no caso de haver compensações adequadas, como lembrado por Leães.

216. Sobre a existência de um "interesse comum do grupo", em oposição ao da sociedade de comando, v. Guerreiro, *Conflitos de Interesse...* cit., pp. 30/32.

Sobre os grupos societários na Lei 6.404, v. Comparato, "Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações", na *RDM* n. 23, pp. 91/107, e Edmur de Andrade Nunes Pereira Neto, "Anotações sobre os Grupos de Sociedades", na *RDM* n. 82, pp. 30/38.

217. O art. 61 do Decreto-lei n. 1.598, de 26.12.77, com a redação que lhe deu o art. 20, inciso VI, do Decreto-lei n. 2.064, de 19.10.83, presume ocorrer distribuição disfarçada de lucros quando o acionista controlador contratar com a companhia, pessoalmente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha, direta ou indiretamente, interesse.

Essa presunção, naturalmente, é *juris tantum*.

218. ob.cit., p. 230.

constituem os grupos societários, seguiu a tendência de adotar um controle *ex post* do exercício do voto em caso de conflito de interesses.

Entendemos, dessa forma, que, ao fazer referência a "interesse conflitante com o da companhia", no § 1º, do art. 115, a lei não está se reportando a um conflito meramente formal, mas sim a um conflito *substantial*, que só pode ser verificado mediante o exame do conteúdo da deliberação²¹⁹. Tal como na Itália, pois, a lei, nessa hipótese, proíbe, cautelarmente, o acionista de votar. Se o acionista vota, deve-se verificar então, o modo como votou: se, efetivamente, sacrificou o interesse da companhia ao seu interesse pessoal, com prejuízo, potencial ou atual, à companhia ou aos outros acionistas, seu voto será nulo, bem como anulável a deliberação tomada, se o voto foi decisivo para a formação da maioria. Em suma, a lei não estabeleceu, para tal situação, um *divieto di voto*, como o fez para as demais hipóteses do § 1º, do art. 115^{220,221}.

219. Esse exame, como já salientado durante o curso deste trabalho, não se dirige a verificar a conveniência ou oportunidade da deliberação, mas trata-se de um exame de mérito limitado, com o escopo específico de descobrir um vício de legitimidade do voto. Quanto a esse ponto, a doutrina é unânime.

Lamy Filho e Bulhões Pedreira assim sintetizam a questão: "para verificar, em cada caso, a ocorrência de abuso no exercício do direito de voto, é indispensável que o juiz perquiria os fins com que o acionista exerceu o voto, uma vez que a ilegalidade que vicia a deliberação da assembleia geral consiste em votar com outro fim que não o interesse da companhia. A prova da intenção do acionista somente pode bascar-se, evidentemente, em elementos circunstanciais, já que o acionista que exerce o voto com violação da lei não revela sua intenção mas, ao contrário, procura disfarçá-la com a alegação do interesse da companhia. Essa sindicância da intenção do acionista não se confunde com a apreciação do mérito ou da conveniência da deliberação da assembleia: ainda que a decisão tomada pelo acionista ao exercer o direito de voto seja — segundo qualquer critério — errada ou inconveniente para a companhia, seu voto é válido se agiu de boa fé no interesse da companhia" (cf. parecer intitulado "Abuso do Direito de Voto e do Poder de Controle", *apud* Mauro Pentecado, ob. cit., p. 261, grifos nossos).

No mesmo sentido: Leães, *Ação de Anulação...* cit., pp. 25/26; Comparato, *O Poder...* cit., pp. 306/307; Mário Slerca Junior, "O Controle Judicial dos Atos Empresariais", na *Revista dos Tribunais*, vol. 640, pp. 57/61 (fazendo referência ao longo e substancioso julgado publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 127, p. 1.105).

A única hipótese em que a lei comete ao Poder Judiciário a tarefa de apreciar, em concreto, o interesse da companhia, é a de empate nas deliberações assembleares, prevista no art. 129, § 2º, da Lei 6.404. Sobre as perplexidades que esta norma levanta, v. Carvalhosa, *Comentários...* cit., pp. 242/244.

220. No julgado proferido na apelação cível n. 99.461, de Pernambuco, o então Tribunal Federal de Recursos, pela voz do Ministro Geraldo Fontes,

3.3. As sanções

Resta examinar, por derradeiro, quais as sanções que a lei impõe para tutelar o interesse da companhia.

Se aqui se coloca essa questão é porque já houve quem afirmasse que há sanções diversas, conforme o caso: "Contemplasse, no caput do preceito, a definição do *exercício abusivo do direito de voto*, a que corresponde a responsabilidade do acionista pelos danos que seu abuso causar, ainda que seu voto não haja prevalecido (art. 115, § 3º). No § 1º, tem-se em vista a vedação do direito de voto nos casos de *conflito de interesses entre o acionista e a companhia*. Para figura diferente, consequências distintas: a deliberação tomada com infringência do

manifestou-se no sentido da posição adotada no texto, que foi sustentada em parecer exarado por Leães (*Conflito...* cit.).

O caso, resumidamente, foi o seguinte: a Caixa Econômica Federal (CEF) e o Banco do Brasil (BB) detinham, em conjunto, a maioria das ações votantes da Alumínio S/A — Extrusão e Laminação (ASA), além de serem seus credores; na AGE de 10.3.81, CEF e BB autorizaram ASA a subscrever ações de uma nova sociedade, a Alcoa Alumínio do Nordeste S/A (ALCANOR), mediante a conferência de seu ativo; entre outras coisas alegou-se que essa deliberação fora tomada em flagrante conflito com o interesse comum dos sócios da ASA, de participar do justo valor do acervo cedido à ALCANOR, em face da preocupação dos controladores CEF e BB em liquidar os seus créditos, além de configurar abuso do poder de controle. Na medida em que CEF e BB eram, além de controladores, credores da controlada, caracterizava-se um conflito formal de interesses, pelo que se requereu a anulação da deliberação. O julgador descolheu o pedido fundado em que "as regras em comento (obs. nossa: os arts. 115 a 117 da Lei de S.A.) são, como se pode inferir, conceituais, não cogentes, restritivas de aplicação puramente subjetiva, vale dizer, sem o cotejo das provas materiais, as suas cominações caem no vazio" (p. 19, grifou-se). Os ministros examinaram o conteúdo da deliberação para concluir: "... como já assinalado, observa-se que a deliberação da AGE não repercutiu negativamente para a empresa, arruinando-a, mas salvando-a da falência, que é uma forma especial de execução, na lição de Jônathas Milhomens" (p. 18).

Muito embora — reconheça-se — na fundamentação do julgado não se tenha aprofundado a questão, no essencial foi rejeitado um critério puramente formal como caracterizador do conflito de interesses.

221. Em coerência com a posição assumida no texto, entendemos que, por não cuidar a hipótese enfocada de um *direito di voto*, a mesa diretora dos trabalhos da assembleia não dispõe, nesse caso, do poder de obstar o voto do acionista, ainda que o conflito transpareça *a priori* da própria estrutura da relação ou negócio sobre que se vai deliberar, com o que nos afastamos da opinião, sempre abalizada, de Comparato (em *Controle Conjunto...* cit., p. 91).

Gambino entende, com elaborada e convincente argumentação, que, no direito positivo italiano o presidente da assembleia geral também não tem o poder de impedir o voto do acionista em conflito (ob.cit., pp. 413/418).

mandamento é anulável, o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido (art. 115, § 4º)"²²².

Se não estamos equivocados, sustenta-se aí, em suma, que o voto abusivo não acarretaria a anulabilidade da deliberação, mas só a responsabilização do acionista por perdas e danos. Com a devida vênua dos eminentes mestres que subscrevem esse texto, discordamos veementemente dessa orientação²²³.

É fato que o § 4º do art. 115 não se refere diretamente ao voto abusivo: "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". Mas nem precisava fazê-lo. Na medida em que o *caput* do art. 115 determina que o acionista vote no interesse da companhia, considerando abusivo o voto proferido com outra finalidade, a lei está afirmando — não há como negá-lo — que o voto abusivo *pressupõe um interesse conflitante com o da companhia*; desde que se entenda esse último interesse como o interesse comum dos sócios *uti socii* à realização do escopo social, como se procurou demonstrar, qualquer voto proferido com a finalidade de causar dano à companhia ou a terceiros, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte ou possa resultar dano para a companhia, é *conflitante com aquele interesse comum*. E, a confirmar o entrelaçamento do voto abusivo e do voto conflitante na nossa lei, a expressão "vantagens", constante do § 4º do art. 115 (onde se fala do *interesse conflitante*), encontra exata correspondência na "vantagem a que não faz jus" a que se refere o *caput* do mesmo artigo (onde se cuida do *voto abusivo*).

A sanção estabelecida pela lei, portanto, é a anulação da deliberação tomada em decorrência do voto abusivo ou conflitante, além da reparação dos prejuízos causados e da transferência das vantagens auferidas para a companhia²²⁴. Se o voto não

222. Teixeira e Guerreiro, ob. cit., p. 277, grifou-se.

223. Em escrito anterior, intitulado "Direito das Minorias na Sociedade Anônima", publicado na *RDM* n. 63, pp. 106/111, Guerreiro já havia sustentado, com mais clareza ainda, essa posição (p. 108).

224. Na transferência das vantagens auferidas pelo votante à companhia, Comparato aponta a influência do sistema norte-americano na Lei 6.404 (v. nota seguinte).

Cf., outrossim, os julgados citados por Lowel Wadmond no artigo "Conflicts of Business Interests", publicado em *The Business Lawyer*, 17, 42, pp. 643/659 (1961). Segundo Wadmond (embora referindo-se, no particular, ao

prevalecer na deliberação, então sim, até por uma questão de lógica, a sanção consistirá apenas na reparação dos prejuízos causados^{225,226}.

conflito de interesses entre o administrador, cujos deveres são semelhantes aos de um *trustee*, e a companhia), tal sistema constitui uma aplicação do tradicional princípio do *trust*, segundo o qual "an agent must never be permitted to profit from a breach of his duty" (ob. cit., p. 652).

225. Muito embora sem estar se referindo diretamente à questão suscitada no texto, a lição retro citada de Lamy Filho e Bulhões Pedreira parece autorizar a conclusão a que chegamos: "para verificar, em cada caso, a ocorrência de *abuso* no exercício do direito de voto, é indispensável que o juiz perquiria os fins com que o acionista exerceu o voto, uma vez que a ilegalidade que *vicia a deliberação da assembleia geral* consiste em votar com outro fim que não o interesse da companhia" (cf. nota 219, grifou-se).

Igualmente, Comparato: "Seja como for, embora expresso o *voto abusivo* e computado na deliberação, *sua nulidade* é irrecusável. Se determinante houver sido esse voto para formação da deliberação social, *esta é anulável* (art. 115, § 4º), independentemente da pretensão condenatória em perdas e danos. Como objeto dessa indenização, a lei brasileira adotou o sistema norte-americano de transferência à companhia das vantagens eventualmente auferidas pelo votante. Em se tratando de voto minoritário, a única sanção, obviamente, é a de perdas e danos (§ 3º)" (*Controle Conjunto...* cit., pp. 91/92).

V., ainda, Priscila Corrêa da Fonseca, *Suspensão de Deliberações Sociais*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 153.

Em julgado publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 615, p. 162, relatado pela Desembargadora Áurea Pimentel Pereira, o 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, reformou, em grau de embargos infringentes, acórdão da 6ª Câmara Cível do mesmo tribunal que entendera que a anulação da deliberação não tem lugar na hipótese de voto contrário ao interesse da companhia. Sustentara o acórdão embargado, no mesmo sentido da lição de Teixeira e Guerreiro, citada no texto, que o voto proferido contra o interesse da sociedade, sem a prévia configuração de um conflito, não acarreta a anulação da deliberação, mas somente a responsabilização do votante por perdas e danos. O 4º Grupo de Câmaras Cíveis, por maioria de votos, reformou essa decisão para anular a deliberação, com fundamento no art. 115, § 4º, da Lei 6.404. O caso versava sobre decisão de assembleia geral que ratificara alienação de imóvel da sociedade feita por preço vil. O julgado proferido nos embargos infringentes assim concluiu: "É indiscutível, contudo, que se está diante de voto através do qual ratificou-se transação feita em conflito com os reais interesses da referida sociedade, não se podendo deixar de reconhecer que o sócio que se declara favorável à aprovação de transação ruinosa aos interesses da sociedade, indiscutivelmente, está-se pondo em conflito com os interesses da mesma sociedade" (rev. cit., p. 163).

226. A deliberação tomada em decorrência de voto abusivo ou conflitante seria anulável, simplesmente, como diz o § 4º, do art. 115, da Lei de S.A., ou nula? Para Priscila Corrêa da Fonseca, muito embora tal deliberação viole a lei, "estariamos diante de um daqueles casos em que a lei deliberadamente decidiu outorgar efeitos a um ato que na verdade seria nulo, e não simplesmente anulável. Daí por que declarou, expressamente, ser anulável a deliberação

assim viciada. É o que textualmente dispõe o art. 115, § 4º, da Lei de Sociedades Anônimas" (ob. cit., pp. 153/154).

Legitimados a requerer a anulação, seriam, em princípio, os acionistas que não emprestaram seu apoio à deliberação, quer porque dela dissidentes, quer porque ausentes ao conclave. Mas a questão, pelo menos ao nível da legitimação, *in genere*, para a anulação das deliberações assembleares, não é inteiramente pacífica (cf. autora e ob. cit., pp. 85/104).

Noutra linha poder-se-ia sustentar, com Ascarelli ("Interesse Sociale..." cit., p. 163), em lição encampada por Comparato (*O Poder...* cit., pp. 302/303), que, justamente por não consistir o interesse da companhia em um interesse institucional, distinto e superior ao interesse dos próprios sócios, é que não se poderia outorgar legitimação para a ação de anulação ao acionista que aprovou a deliberação. Do contrário, ter-se-ia que aceitar a possibilidade de se considerarem inválidas, na hipótese de conflito com o interesse da companhia, as deliberações tomadas pela totalidade dos acionistas, o que parece inadmissível.