

Auto 9

CTC
ANO - FLS - 12
BOM ESTUDO

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E
NOVAES FRANÇA

CONFLITO DE INTERESSES
NAS ASSEMBLÉIAS DE S.A.

Erasmus Valladão Azevedo

 MALHEIROS
EDITORES

na *Aktiengesetz* de 1937¹⁷⁶. Sob a influência do § 197, 2, deste 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 Galgano, trata-se de uma proibição acautelaratória: 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 vigorar (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. I, 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 2° 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. 252/6; 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 *divieto di voto*, em que o legislador, à vista de precisas situações formais, interdizia 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 proibindo 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 fazia, 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 explicitou a figura do abuso do direito de voto, utilizando-se, para tanto, de excelente técnica jurídica, ao estabelecer determinados padrões (*stanđards*), 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. Carvalhosa, *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 Aclonária 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 Carvalhosa, ao tachar de abusivo o voto proferido com o fim de causar dano à companhia, com o fim de causar dano à 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 Penarado, *ob.cit.*, p. 263, nota 584.

184. O § 243, 2, da Lei Alemã tem a seguinte redação: "A anulação pode também estender-se no caso 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. cit.*, p. 24).

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

186. *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 anual 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 ocorria no exercício do voto, que constituiria, assim, mais propriamente, um poder (*Kamrechts*) de influir na esfera jurídica alheia (cf. Laíns, *Conjunctio...*, cit., p. 17; Comparato, *Controle conjuntivo...*, cit., p. 85, nota 6).

187. Não é aqui a ocasião oportuna para se discurrir 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 maioria" e "détournement de pouvoir", v. Dominique Schmidt, ob. cit., pp. 159, 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. Deste 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 Pentecado, 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 da sociedade, alta quale non può nuocere il fatto di avere in casa 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, eviando, assim, no dizer de Mauro Pentecado, "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-

der para satisfazer o interesse 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'origine 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 Conjuntivo...*, 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 aemulatioem* — 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 fim de obter, "para si ou para outrem, vantagens a que (o votante) não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas"¹⁹³. A tônica é colocada na vantagem indevida visada, assumindo o votante, entretanto, o risco de produzir o prejuízo para o patrimônio social e individual dos sócios¹⁹⁴.

A 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, freqüentemente, 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. *Contrôle Conjuncto*... 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. *Contrôle Conjuncto*... 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 maioria: "la seule conscience de s'avantager est répréhensible car elle conduit à cette obligation positive d'œuvrer 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 concentra com o dano potencial para a companhia como caracterizador do abuso (*Confílio*... 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

Delimitado 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*¹⁹⁵.

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

196. A doutrina é unânime nesse sentido: cf. Comparato, *Contrôle Conjuncto*... cit., p. 91; Lelas, *Confílio*... cit., pp. 25/26 e *Comentários*... cit., p. 247; Carralhos, *Comentários*... cit., pp. 114 e 117; Teixeira e Guerreiro, *ob. cit.*, pp. 277/278; Baralha, *ob. cit.*, p. 558; Fran Martins, *ob. cit.*, pp. 80/82.

A jurisprudência, aprechiando a hipótese de mais freqüente 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 conformar 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 *conflitabilidade*, expressa em uma vantagem expre-

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. 1.353 (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 demasia- do 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 *divulgo di voto* ou do conflito de interesses à de aprovação das contas da administração por pessoas jurídicas 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 Helmo Cláudio Frazgo 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 *divulgo di 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, no 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 pensamos ter demonstrado no início deste capítulo, a ter-

cidade controlada pelo administrador somente poderá ser anulado 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 desta façam 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 tivessem sido criadas 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 administram". Entendeu-se que, "qualquer que fossem as contas sob aprovação, os administradores, por si, por procuradores, ou por sociedades por eles constituídas, jamais poderiam votar". Diversamente do que ocorreu naquele julgado anterior aplicou-se neste último, portanto, com aparente auxílio da doutrina da desconconsideração da personalidade jurídica, a disciplina do *divulgo di 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 Malpho Waldo, anulou-se deliberação aprovada por sociedade ade- 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 no intuito de prejudicar terceiros, foi evidente, fundando-se o acórdão na simulação praticada pelos acionistas majoritários.

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

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

ceira hipótese prevista no § 1.º, 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 vissem 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 Ações Alemãs²⁰⁰, 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 § 1.º 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. Carvalho, *Comentários*... cit., p. 116, salientando que, "nesse benefício resito, a lei não pressupõe a existência de um lícito 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 § 1.º 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, § 1.º, 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 o demais acionistas (*Sociedades por Ações*, vol. II, Saraiva, São Paulo, 1972, p. 362).

Na vigência da lei atual, Carvalho (*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 3.ª 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 § 1.º 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 Carvalho, "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. § 1.º 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 contratara com terceiros. § 2.º O negócio contratado com infração do disposto no § 1.º 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* própria-mente 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 acatelaatória, cuja violação somente ocasionará a nulidade do voto após o exame de seu conteúdo — vale dizer, na ocorrência de um conflito *substancial* 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), reputava 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 rejeita expressamente a lição de Valverde, sustentando ser "impossível encerrar 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 *questio 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. *Contrôle 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, à 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 àquela 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 "contemporamento" entre ambos os interesses (ob. cit., p. 230).

A situação de conflito de interesses, portanto, é *prevedente* 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 confiantemente e, portanto, abusando do seu direito de voto, ao desvirtuar-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 assembléares pelo juiz. Vinculados a uma concepção puramente contratuálistica da sociedade anônima, tais autores, diante da possibilidade de aferição do interesse da companhia pelo judicializado, 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 apresentavam 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, oferece-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 percurcivamente, 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 sinalgmático, o interesse do sócio parece contrapor-se em si mesmo ao interesse da sociedade, com relação ao bem, a carta preestipetra surge quando não está em consideração a conclusão de um contrato entre ambos, como no exemplo, formulado por Oertmann, de 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 individual 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 *Aktionsgesetz*, 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, resulta ele objetivamente idôneo a acarretar dano à sociedade ou a outros acionistas, ou perseguir vantagens indevidas, para si ou para outros²¹⁴. 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 moderno, 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 assembléias 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 insuperabile ragione di vita: qualora la disciplina del conflitto di interessi fosse tecnicamente imposta sulla regola del divieto di voto, il fenomeno delle partecipazioni azionarie di controllo esige certamente delle cautele giuridiche più penetranti di quelle attualmente predisposte dagli artt. 2359 e segg. cod. civ. Ma, fino a quando non 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 perché 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. Guerrero, *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 Edmund 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 *substancial*, 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, a 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 pesquise os fins com que o acionista exerceu o voto, uma vez que a ilegitimidade 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 basear-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 sinceridade da intenção do acionista não se conjuga 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 inintilhado "Abuso do Direito de Voto e do Poder de Controle", *apud* Mauro Pentecost, 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 Sterca Junior, "O Controle Judicial dos Altos Empresários", na *Revista dos Tribunais*, vol. 640, pp. 57/61 (fazendo referência ao longo e substancioso julgamento 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 peculiaridades que esta norma levanta, v. Carvalho, *Comentários*... cit., pp. 242/244.

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

3.3. As sanções

Restar 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, consilências 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) desenharam, 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 precupação 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 desacolheu o pedido fundado em que "as regras em comento (obras: os arts. 115 a 117 da Lei de S.A.) são, como se pode inferir, concebidas, 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 Jonathan Millhommens" (p. 18).

Muito embora — reconheça-se — na fundamentação do julgado não se tenha aprofundado a questão, no essencial foi reafirmado 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 *abstêmio de voto*, a mesa diretora dos trabalhos da assembleia não dispôs, 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 atastamos da opinião, sempre abalizada, de Comparato (em *Controle Companhia...* 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 vênia dos eminentes mestres que subscreverem esse texto, discordamos veementemente dessa orientação.²²³

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 companhia.²²⁴ 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 suscitado, com mais clareza ainda, essa posição (p. 108).

²²⁴ Na transcendência 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 Lowell 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

prevaler 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 Larry 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 irreversível*. Se determinante houver sido esse voto para formação da deliberação social, *esta é anulável* (art. 115, § 4º), independentemente da pretenção 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)" (*Controlo Conjuncto*.. 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 Civis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, reformou, em grau de embargos infringentes, acórdão da 6ª Câmara Cível do mesmo tribunal que entendeu 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 ratificava 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 ruínoza 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 não? Para Priscila Corrêa da Fonseca, muito embora tal deliberação viole a lei, "estariam 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. Dá por que declarou, expressamente, ser anulável a deliberação

assim viciada. É o que textualmente dispõe o art. 115, § 4º, da Lei de Sociedade 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 legitimidade, *in genere*, para a anulação das deliberações assembleares, não é intrinsecamente 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 legitimidade 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.