

## **Conflito de Interesses entre o Administrador e a Companhia – Inexistência de Impedimento de Votar em Deliberação do Conselho de Administração da Controlada, do Qual é Membro, que Aprova Concessão de Mútuo à Controladora, da Qual é Chefe do Departamento Jurídico**

*Publicado na Revista de Direito Mercantil nº 144 / Julho de 2007*

por **Carlos Augusto da Silveira Lobo e Rafael de Moura Rangel Ney**

*1. Conceito de “conflito de interesses” 2. O art. 156 da Lei das S/A. 3. O art. 156 e o advogado interno da empresa. 4. Conflitos de interesses entre companhias integrantes de um grupo de sociedades. 5. Conclusões.*

### CONSULTA

Um ilustre Advogado consulta-nos sobre o abaixo exposto:

1. O Consultante, advogado inscrito na OAB, no exercício do cargo de Consultor-Geral Jurídico da Cia. “A”, provê diretamente aconselhamento jurídico aos órgãos da administração da companhia e chefia os demais advogados lotados no seu Departamento Jurídico e nos demais setores jurídicos das sociedades por ela controladas. O cargo de Consultor-Geral Jurídico não é cargo da administração da Cia. “A”, no sentido do Capítulo XII da Lei 6.404/1976.

2. A Cia. “A” é a sociedade dominante de um grupo de fato de sociedades, dentre as quais figurava a Cia. “B”, uma companhia aberta, na época em que se realizaram a deliberação e a operação objeto desta consulta. A Cia. “B”, por sua vez, controlava outras sociedades, formando um subgrupo de fato. Posteriormente, a Cia. “B” veio a ser incorporada à Cia. “A”, estando, portanto, hoje, extinta.

3. O Consultante, sem prejuízo de exercer o cargo de Consultor-Geral Jurídico da Cia. “A”, foi eleito pela sociedade controladora, a Cia. “A”, para integrar, como membro efetivo, o Conselho de Administração da Cia. “B”, tendo tomado posse e exercido regularmente essa função.

4. Nessa qualidade participou da reunião do Conselho de Administração da Cia. “B” realizada em 18.8.2005 e votou na deliberação, aprovada por unanimidade, que autorizou a celebração de contratos de mútuo pelo prazo de 150 dias, nos quais a Cia “C” (uma subsidiária direta da Cia. “B”) figurou como mutuante e a Cia “D” (uma subsidiária direta da Cia. “A”) figurou como mutuária. O Consultante informa que os aludidos mútuos foram contratados mediante condições compatíveis com as vigentes no mercado financeiro para operações similares, que a quantia mutuada correspondia a excesso de caixa da mutuante, cuja aplicação se impunha, e que os juros foram fixados no ponto médio entre as taxas para depósitos e para financiamentos em moeda estrangeira com prazo de 150 dias, pelos bancos de primeira linha, razões pelas quais, no caso, ganharam ambas as partes em relação ao que obteriam no mercado.

5. A Comissão de Valores Mobiliários/CVM, através de ofício, solicitou do Consulente que se manifestasse sobre as razões pelas quais participou da deliberação dos empréstimos, enquanto Conselheiro de Administração da Cia. “B”, na Reunião do Conselho de Administração de 18.8.2005, a despeito de à época exercer o cargo de Consultor-Geral Jurídico na Cia. “A”. A solicitação indica como fundamento o art. 156 da Lei 6.404/1976.

6. O Consulente atendeu ao ofício da CVM, manifestando-se formalmente no prazo de 10 dias úteis, que lhe foi concedido, afastando, assim, a incidência da multa prevista na Instrução CVM-273/1998, aludida no ofício.

7. Todavia, a Administração da Cia. “A” considera a matéria de fundamental importância para a boa gestão do grupo de sociedades sob seu controle, entre outros motivos porque, como sociedade controladora, a Cia. “A” tem o dever, perante seus acionistas, de estabelecer as políticas gerais do grupo e monitorar sua execução, sendo certo que o bom desempenho dessas funções exige a presença e a efetiva participação de administradores e altos funcionários de sua organização, especialmente o Consultor-Geral Jurídico nos órgãos administrativos das subsidiárias. Por esse motivo, além da manifestação pessoal do Consulente já apresentada entende necessário conhecer também a opinião de outros juristas sobre o assunto.

Passamos, então a responder à consulta.

PARECER

### **1. Conceito de “conflito de interesses”**

“Interesses”, no sentido a ser examinado neste parecer, são os desejos, que todo ser humano tem, de obter bens da vida, entendendo-se “bem da vida” na sua mais lata significação, isto é, não somente os bens tangíveis e intangíveis definidos pelo ordenamento jurídico, como também *status* e posições diante de situações atuais ou prováveis. Os seres humanos organizam-se em coletividades para alcançarem interesses comuns, caso em que se diz que os interesses são da coletividade. Se o ente coletivo é organizado sob a forma jurídica de sociedade anônima, diz-se que os interesses são da companhia.

Os interesses povoam as relações sociais e se cruzam em uma grande variedade de relações entre variados sujeitos e objetos. Frequentemente entram em conflito uns com outros, e normas destinadas a prevenir ou resolver os efeitos da confrontação de interesses conflitantes constituem disposições importantes de praticamente todos os ramos do Direito.

Define-se o “conflito de interesses” como a relação entre dois interesses (ou dois pólos de interesses) na qual a satisfação de um importa necessariamente sacrifício do outro. De se ressaltar – como observa Galgano – que o sacrifício total ou parcial de um dos interesses, para que o outro seja satisfeito, é elemento essencial do conceito. Ausente esse elemento, não há conflito: os interesses são alcançados harmonicamente. No mesmo sentido, Jaeger salienta que entre dois interesses conflitantes há uma relação de incompatibilidade absoluta, pelo quê se pode dizer que a realização de um desses interesses exige o sacrifício do outro.<sup>1</sup>

Eis a sempre citada definição de Galgano, que se refere ao conflito de interesses entre a sociedade e o sócio, mas que se aplica, *mutatis mutandis*, ao caso em foco: “Ocorre conflito de interesses entre o sócio e a sociedade quando o sócio se encontra na condição de ser titular, diante de uma determinada deliberação, de um duplo interesse: do seu interesse de sócio e, por outro lado, de um interesse externo à sociedade; e esta duplicidade de interesses é tal que ele, o sócio, não pode realizar um sem sacrificar o outro interesse. *Todavia, a simples duplicidade de interesses em um mesmo sujeito, por si só, não implica situação de conflito no sentido técnico. As duas posições de interesse podem ser de solidariedade entre eles: o sócio pode realizar o próprio interesse sem prejudicar o interesse da sociedade*” (tradução e grifos dos signatários).<sup>2</sup>

Antes de atingir o objeto deste parecer – que é o estudo do conflito de interesses entre a companhia e seu administrador – nos deteremos no estudo dos conflitos de interesses entre partes de uma relação fiduciária em geral, pois a relação entre a companhia e seus acionistas, de um lado, e o administrador, de outro, é de natureza fiduciária.

As normas dispõem sobre conflitos de interesses entre fiduciante e fiduciário ou determinam medida preventiva (vedação de o fiduciário agir ou votar) ou repressiva (o fiduciário não é impedido de agir ou votar, mas responde se a ação ou voto em benefício próprio causar prejuízo ao fiduciante).

As disposições legais que usam a vedação como medida preventiva fazem-no mediante uma das duas seguintes técnicas legislativas: ou (i) enunciam especificamente os negócios sobre os quais incide a vedação, valendo-se de uma presunção *iuris et de jure* para determinar o conflito de interesses<sup>3</sup> (conflito de interesses formal), ou (ii) definem os negócios vedados através de uma cláusula geral, deixando ao operador do Direito a tarefa de examinar caso a caso, para verificar a existência do conflito (conflito de interesses substancial).

---

<sup>1</sup> Pier Giusto Jaeger, *L'Interesse Sociale*, Milão, Giuffrè Editore, 1972, p. 3.

<sup>2</sup> Francesco Galgano, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. 7, Pádua, CEDAM 1988, p. 251. V. também Francesco Carnelutti, *Instituições do Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Servanda, 1999, p. 75.

<sup>3</sup> Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Pareceres*, vol. I, São Paulo, Singular, p. 180.

A primeira técnica só pode ser adotada em um número limitado de hipóteses, pois é impossível especificar todos os atos da vida real em que podem estar presentes interesses conflitantes. Tem, todavia, a virtude de afastar o fiduciante de operações em que se apresenta *prima facie* como suspeito, mediante um preceito simples e direto. O art. 497, I, do CC constitui exemplo sugestivo da adoção dessa técnica, ao fulminar com nulidade absoluta a compra, ainda que em hasta pública, pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda e administração. Outro exemplo é a disposição constante da primeira parte do § 1º do art. 115 da Lei das S/A (Lei 6.404/1976): “O acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador (...)”. Nota-se que essa técnica só é adotada em hipóteses evidentes e gritantes de conflito de interesses, em que seja admissível basear a vedação em uma presunção absoluta.

A segunda técnica, por se utilizar de uma cláusula geral, tem a virtude da abrangência extensiva, compreendendo todo o vasto território do conceito; mas apresenta a desvantagem de requerer o exame de cada caso concreto para concluir se um conflito de interesses está configurado. Exemplo de disposição que adota essa segunda técnica é o *caput* do art. 156 da Lei das S/A, que constitui o alvo deste estudo: “E vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia (...)”.

Essa segunda técnica é também empregada pela parte final do § 1º do art. 115 da Lei das S/A, que veda o voto do acionista: “(...) em quaisquer outras [*deliberações*] que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia”.

Cumprido reiterar que a vedação da lei incide enquanto o efeito do conflito de interesses se encontra em potência. A disposição legal é preventiva, e a vedação se deflagra enquanto o dano se encontra em estado potencial.<sup>4</sup> Vedação a *posteriori*, referida em alguns respeitáveis pronunciamentos, nos parece ser uma contradição em termos, pois é impossível vedar o que já foi feito. Após a produção do efeito, com a consumação do sacrifício do interesse prejudicado, a lei atua mediante uma terceira técnica: a responsabilidade civil do titular do interesse favorecido, que agiu ou votou abusivamente.

Por fim, seria de se indagar se efetivamente houve, ou não, conflito de interesses no caso. A resposta a esta indagação exigiria o exame dos fatos para confirmar o que se expõe no item 4 da Consulta. Com efeito, a se confirmar o que se afirma no item 4, o negócio resultou em vantagem, e não sacrifício, do interesse da Cia. “B”. Então, a vedação só teria lugar se fosse adotada no caso

---

<sup>4</sup> Giovanni Locascio (coord.), *La Riforma Del Diritto Societario*, vol. 4, Milão, Giuffrè Editore, 2003, p. 349. Nem por isso se está a admitir a existência de “conflito formal”, entendido como a proibição de votar com base na condição única de o administrador ter um interesse externo à sociedade.

a técnica do conflito de interesses formal, do que resultaria o impedimento do voto do Consultante e dos administradores da Cia. “A” com assento no Conselho de Administração da Cia. “B” sempre que se tratasse de negócio em que figurassem como parte a Cia. “B”, de um lado, e, de outro lado a Cia A ou qualquer de suas subsidiárias. Essa despropositada conclusão tornaria inviável o instituto do grupo de sociedades, como será demonstrado adiante.

O exame dos fatos não se inclui no escopo deste parecer, pelo quê prosseguiremos sem concluir se houve, ou não, vantagem ou sacrifício para o interesse da Cia. “B” em decorrência da deliberação em exame.

## **2. O art. 156 da Lei das S/A**

O art. 156 veda o voto quando o interesse pessoal do administrador é conflitante com o da companhia. Não é possível estender a vedação quando o interesse conflitante não é do administrador, mas do acionista que o elegeu. Nessa hipótese a solução jurídica da questão é outra, e não passa pelo art. 156, como adiante será demonstrado.<sup>5</sup>

Essa conclusão se impõe pela interpretação literal<sup>6</sup> e se confirma pela interpretação sistemática do preceito. Se não, vejamos.

O art. 156 localiza-se na Seção III do Capítulo XII da Lei das S/A, intitulada “Deveres e Responsabilidades dos Administradores”. O Capítulo XII é o estatuto legal da administração da companhia. Somente pessoas físicas podem ser eleitas para exercer cargos no Conselho de Administração ou na Diretoria. Portanto, quando o art. 156 menciona “interesse conflitante” do administrador, está se referindo a interesse da pessoa física do administrador, sujeito às disposições do Capítulo XII, e não a interesse do acionista que elegeu o administrador.

A situação do administrador que vota em matéria de interesse do acionista que o elegeu é orientada por outra disposição da Lei das S/A, constante da mesma Seção III do Capítulo XII, ou seja, o § 1º do art. 154, que abriga o seguinte princípio: “O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa dos interesses do que o elegeram, faltar a esses deveres”.

---

<sup>5</sup> O administrador que vota em deliberações relativas a matérias nas quais o acionista que o elegeu tem interesse conflitante com o da companhia responde pelos prejuízos causados à companhia se o voto violou a lei ou o estatuto social.

<sup>6</sup> Observe-se que a expressão “interesse conflitante com o da companhia” é usada *ipsis litteris* no art. 115 e no art. 156. Isso dificulta muito – se não impede totalmente – o entendimento de que o art. 115 trata de conflito substancial, enquanto o art. 156 dispõe sobre conflito formal.

Por seu turno, o disposto no citado § 1º do art. 154 conjuga-se com os arts. 158 e 159, também localizados na mesma Seção III do Capítulo XII, para obter força coercitiva, o que se atinge mediante a responsabilidade civil dos administradores, e não com vedação do voto.

Conjuga-se também, já no campo do estatuto dos grupos de fato (o caso se refere a um grupo de fato), com o art. 245 da Lei das S/A, que adiante será objeto de exame.

Vê-se, por tudo isso, que a Lei das S/A – possivelmente a mais bem sistematizada de nossas leis – estabelece:

- Quando se têm presentes interesses conflitantes da companhia e do administrador, incide a vedação do art. 156.<sup>7</sup>
- Quando se têm presentes interesses conflitantes da companhia e do acionista que elegeu o administrador, não é vedado o voto do administrador, mas o preceito do § 1º do art. 154 tem de ser observado, sob pena de o administrador responder pelos prejuízos que causar à companhia, consoante no art. 158.
- Quando se têm presentes interesses conflitantes da companhia e da sociedade dominante do grupo de fato a que pertence a companhia, não é vedado o voto do administrador, mas o preceito do art. 245 deve ser observado, sob pena de o administrador responder pelos prejuízos incorridos pela companhia.

Há ainda a examinar o chamado “conflito de interesses indireto”, quando se interpõe terceira pessoa entre o administrador e a companhia. Sublinhe-se que, nessa hipótese o interesse é do administrador, que, em ato simulado, interpõe o terceiro como titular aparente do interesse. Trata-se de negócio indireto com o objetivo de burlar a vedação legal, qualificando-se como ato simulado, conforme a clássica lição de Ferrara, segundo a qual “a simulação não é um meio de iludir a lei, mas sim de ocultar a sua violação”.<sup>8</sup>

Dentre as inúmeras formas de simulação visando ao contorno da vedação do art. 156 encontra-se a interposição de uma sociedade administrada pelo administrador, que a controla de fato ou de direito. Todavia, é de flagrante impropriedade a generalização para concluir que a vedação deve incidir sempre que se tratar de interesse conflitante de uma sociedade administrada ou controlada pelo administrador. Certamente, quando alude a conflitos de interesses indiretos com a interposição de uma sociedade controlada pelo administrador, a doutrina está a se referir a

---

<sup>7</sup> No Processo Administrativo Sancionador CVM-12/2001 o Colegiado da CVM entendeu que o conflito de interesses de administradores é formal, não obstante ser substancial o conflito de acionistas. Posto que, respeitosamente, os signatários diverjam desse entendimento, cumpre esclarecer que no referido processo se tratava de interesse direto do próprio administrador, pessoa física, diferentemente do caso em tela, no qual se examina interesse supostamente conflitante da sociedade controladora, da qual o administrador é Consultor-Geral Jurídico.

<sup>8</sup> Francesco Ferrara, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, São Paulo, Saraiva, 1939, p. 96.

sociedades familiares de pequeno porte, que são verdadeiras longas-mãos de seus controladores ou administradores; não a sociedades abertas, macroempresas organizadas hierarquicamente, com variada distribuição de competências, como é o caso da Cia. “A”.

A simples cogitação de que a incidência da vedação poderia ter fundamento em suposto interesse do administrador de preservar seu posto na hierarquia da sociedade dominante retiraria o exame da matéria do campo jurídico para ingressar nas plagas nada nobres da difamação; se fosse feita, sequer mereceria atenção.<sup>9</sup> Tanto mais no caso do Consulente, que, ao exercer a profissão de advogado, funcionando como Consultor-Geral Jurídico da Cia. “A”, tem as prerrogativas de independência e inviolabilidade garantidas por lei e pela Constituição Federal. Voltaremos a esse tema no item seguinte.

Finalmente, é de se repudiar o entendimento de que o voto do administrador é vedado automaticamente sempre que houver interesse conflitante da sociedade que o elegeu e da qual é também administrador, O art. 156 da Lei das S/A, por ser norma restritiva do exercício de direito, não comporta interpretação extensiva.<sup>10</sup>

### **3. O art. 156 e o advogado interno da empresa**

Ao invocar o art. 156 da Lei das S/A, o ofício da CVM a que se aludiu no preâmbulo deste estudo pressupõe uma perfeita identidade entre os interesses do Consulente e da Cia. “A”, empresa que o elegeu para o cargo de administrador da Cia. “B” e que o. emprega, na condição de Consultor-Geral Jurídico.

Ocorre, porém, que o advogado, ainda que submetido à relação de emprego, não se confunde com seu constituinte, sendo certo que o inciso II do art. 1º do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) qualifica como “privativas de Advocacia” “as atividades de consultoria, a assessoria e direção jurídicas”, que somente serão exercidas plenamente se ao advogado forem asseguradas a independência e a inviolabilidade por suas opiniões.

Com efeito, a independência e a inviolabilidade do advogado, consagradas no art. 133 da CF e no art. 2º do Estatuto da OAB como prerrogativas indispensáveis ao exercício da Advocacia, sob qualquer de suas modalidades, estendem-se ao advogado empregado, por expressa disposição legal (art. 18 do Estatuto da OAB), conforme reconheceram à unanimidade os Ministros do STF, em sessão plenária, quando do julgamento, em 6.11.2002, do MS 24.073-3-DF, relator o Min. Carlos Velloso (DJU 31.10.2003).

---

<sup>9</sup> A esse propósito vale citar o comentário de Jaeger: “Crediamo, poi, che all’espressione ‘conflitto d’interessi’ si debba attribuire un preciso significato tecnico, e che tale espressione indichi una relazione di incompatibilità assoluta, non comprendendosi in essa, invece, altri tipi di interferenze fra interessi. Le quali diano luogo soltanto a rapporti di incompatibilità relativa o potenziale” (*L’interesse Sociale*, p. 209 – grifos nossos).

<sup>10</sup> Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 237.

Naquela ocasião o STF decidiu que “a relação de emprego não retira do advogado a isenção técnica, nem reduz a sua independência funcional”, reconhecendo, ademais, forte na mais abalizada doutrina,<sup>11</sup> que o ato de emissão de parecer por advogado “não expressa uma vontade”, mas, em verdade, uma opinião.

No seu voto condutor, analisando a questão sob a ótica do direito administrativo – já que a discussão versava sobre a responsabilização de advogado interno de sociedade de economia mista por ato praticado no exercício da profissão –, o Min. Carlos Velloso chegou a conclusões de todo aplicáveis ao caso vertente: “O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da Administração Pública não é ato administrativo. Nada mais é que a *opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão*” (grifos aditados).

É digna de menção, igualmente, a promoção da Procuradoria-Geral da República naqueles autos no sentido de que, se atos administrativos fossem, os pareceres jurídicos “se caracterizam como ato administrativo de opinião, destituído de qualquer elemento volitivo, sendo inapto nessa linha a produzir efeitos jurídicos”.

O advogado interno, quando opina sobre determinada questão jurídica que lhe é posta, não participa de ato decisório algum da sociedade que o emprega, até mesmo em virtude da óbvia constatação de que atos decisórios somente poderão ser validamente emitidos pelo órgão competente da empregadora, à luz do respectivo estatuto social. Não manifesta nem participa do ato de manifestação da vontade da companhia. Simplesmente opina sobre aspectos jurídicos, cabendo aos administradores decidir e se responsabilizar a respeito da adoção, ou não, do parecer do Conselho Jurídico.

Se, conforme a dicção do art. 18 do Estatuto da OAB, “a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica, nem reduz a independência profissional inerentes à Advocacia”, força é concluir que o advogado empregado, no desempenho do seu mister, quando emite uma opinião pautada exclusivamente por sua consciência profissional e seu juízo ético, não manifesta vontade.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2005, pp. 184 e 187; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 377; e Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 185.

<sup>12</sup> Saliente-se, a propósito, que o art. 23 do Código de Ética e Disciplina da OAB estabelece ser “defeso ao advogado funcionar, no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente”. Logo, presumir que o advogado sob relação de emprego e o empregador têm os mesmos interesses importa, a rigor, a consagração de uma infração ética.



Positivamente, ao prestar consultoria ao empregador, o advogado não pratica ato volitivo próprio, identificável como manifestação de sua vontade, como exteriorização do desejo de obter um bem da vida para si, capaz de se contrapor a interesse alheio, seja este de quem for, inclusive de companhia da qual seja administrador.

É materialmente impossível, portanto, a existência de conflito de interesses na espécie, vez que, juridicamente, inexistiria interesse do Consulente, enquanto advogado interno da Cia. “A”, a relacionar-se com os interesses da Cia. “B”.

Anote-se, por fim, em reforço ao exposto acima, que recentemente, no âmbito do mercado de capitais, a necessidade da independência no exercício da Advocacia ganhou contornos ainda mais nítidos com a edição, pelo Congresso Norte-Americano, da *Lei Sarbanes-Oxley*, cuja *Section 307* atribuiu ao advogado (notadamente o pertencente ao corpo jurídico das companhias) a condição de *gatekeeper*, sobre quem pesa o dever de reportar ao *audit committee of the board of directors* da companhia qualquer prática adotada pela empresa que possa vir a contrariar a legislação societária, causando prejuízo a investidores, sob pena de responsabilização pessoal do profissional, tanto patrimonial quanto administrativa.

Segundo a sistemática imposta pela *Lei Sarbanes-Oxley*, cabe aos advogados que atuam em companhias sujeitas à fiscalização da *Securities and Exchange Commission/SEC* uma função de custos *legis*, a qual pressupõe absoluta independência relativamente à administração de sua empregadora. Note-se que a Cia. “A” é registrada na SEC, porquanto ADRs representando suas ações circulam no mercado norte-americano.

#### **4. Conflitos de interesses entre companhias integrantes de um grupo de sociedades**

Até aqui examinamos a questão à luz do art. 156 da Lei das S/A, porque esse dispositivo foi citado no ofício da CVM como único fundamento da questão sobre a qual se solicitavam esclarecimentos ao Consulente. Por isso, nos itens precedentes procuramos demonstrar que, na hipótese em exame, não há como aplicar o art. 156 da Lei das S/A.

Passamos, agora, a demonstrar que, a rigor, o art. 156 nem deveria ser objeto de cogitação, pois estamos tratando de suposto conflito no âmbito de um grupo de sociedades,<sup>13</sup> em que, de um lado, se situa um interesse da sociedade controladora, presumidamente partilhado pelo seu Consultor-Geral Jurídico, que também é administrador da sociedade controlada, e, de outro lado, um interesse desta controlada.

---

<sup>13</sup> Neste parecer, quando se menciona “grupo de sociedades” ou “grupo societário”, ou simplesmente “grupo”, se está fazendo referência a “grupo de subordinação”, ou, mais especificamente, aos “grupos de fato” (sociedades coligadas, controladoras e controladas, a que se refere o Capítulo XX da Lei das S/A).

O sistema de normas que a Lei das S/A abrigou nos seus 19 primeiros capítulos foi formulado pelas leis corporativas dos meados do século XIX, contemplando apenas companhias isoladas, com pessoas físicas como acionistas. A partir do século XX, em resultado da admissão pelos tribunais de que as companhias tivessem outras companhias como acionistas, surgiram e se desenvolveram os *grupos societários*, que encontraram um regime legal já estabilizado, com base no modelo das companhias isoladas.

Entretanto, algumas normas do regime legal das companhias isoladas são incompatíveis com a natureza dos grupos societários, e outras devem ser interpretadas em função da realidade dos grupos societários. A incompatibilidade aparece com maior força nas normas referentes a conflitos de interesses, porque na companhia isolada predomina o interesse social de uma comunidade autárquica, formada por pessoas físicas, acionistas; enquanto na companhia membro de um grupo societário entra em cena o interesse social do grupo, que prevalece sobre o das sociedades-membros, isoladamente consideradas. A prevalência do interesse social do grupo importa a necessidade de uma direção unificada, hierarquicamente superior às administrações das companhias-membros.<sup>14</sup>

Não por outra razão, ao discorrer sobre o interesse social nos grupos de sociedades, Galgano observa: “Nos grupos de sociedades, operando sob o controle de uma *holding*, os problemas do interesse social – e, em particular, os relativos ao conflito de interesses – são repensados com caracteres particulares”.<sup>15</sup>

Com efeito, nos grupos de sociedades a sociedade dominante (i) define a política geral do grupo e distribui entre as sociedades-membros a responsabilidade pela execução das estratégias e (ii) monitora a gestão das sociedades-membros, para verificar o respeito à política geral do grupo e a boa execução das estratégias traçadas. Ora, definir políticas e fiscalizar sua execução constituem atividades de gestão típicas dos escalões mais elevados de qualquer organização (cf. Lei das S/A, art. 142, I e III) Daí a procedência de se mencionar “direção unificada do grupo”.

O grupo de sociedades distingue-se de um conjunto de duas ou mais sociedades isoladas por essa direção unificada, que harmoniza as atividades das sociedades-membros e constitui condição necessária para que os objetivos comuns do grupo sejam atingidos. A direção unificada, resultante do controle de todas as sociedades-membros pela sociedade dominante, “transforma a estrutura de cada sociedade em segmento da estrutura do grupo” – nas palavras de Bulhões

---

<sup>14</sup> “L’*intérêt social* est le principal critère d’interprétation en droit des sociétés anonymes, notamment en matière de nullité des décisions de l’assemblée-générale, de responsabilité des organes sociaux et d’atteinte aux intérêts minoritaires. *Dans les groupes, il n’est plus à même de jouer son rôle*” (Anne Petitpierre-Sauvin, *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*, Genève, ed. Geor, 1972, p. 23).

<sup>15</sup> Francesco Galgano, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, vol. 7, p. 257. No original: “Nei gruppi di società, operanti sotto il controllo di una *holding*, i problemi dell’interesse sociale – e, in particolare, quelli relativi al conflitto d’interessi – si ripropongono con caratteri particolari”.

Pedreira, em parecer inédito. Com efeito, como agudamente nota Petitpierre-Sauvin, os Conselhos de Administração, nas companhias isoladas, freqüentemente delegam de fato suas funções dentro do âmbito interno da companhia (isto é, em favor do acionista controlador ou da Diretoria, ou dos Comitês); nos grupos de sociedades as perdas de competência administrativa dos Conselhos das sociedades controladas revertem em favor de órgão de outra companhia – a sociedade dominante.<sup>16</sup> Nos grupos societários as sociedades controladas conservam a personalidade jurídica, mas têm limitadas a autonomia de gestão e a independência financeira. Champaud faz comparação ilustrativa ao afirmar que o processo de concentração das empresas as conduziu a um regime próximo do feudalismo.<sup>17</sup>

Erasmus Valladão França observa: “É a sociedade controladora que toma, soberanamente, as decisões mais importantes. Essa perda de autonomia de gestão empresarial traduz-se, freqüentemente, se não sempre, pelo sacrifício dos interesses de cada sociedade ao interesse do grupo. A lei sanciona essa realidade e estabelece regras para a convivência entre ambas, já que, formalmente, elas se encontram sempre em posição de potencial conflito de interesses. Daí a tendência a adotar um sistema de controle *ex post* do exercício de voto, fulminando-o quando, do conflito de interesse, resulte ele objetivamente idôneo a acarretar dano à sociedade ou a outros acionistas, ou perseguir vantagens indevidas, para si ou para outrem”.<sup>18</sup>

A transmissão às sociedades controladas das políticas do grupo traçadas pela direção unificada a cargo da sociedade dominante, a fiscalização de sua execução, bem como o exercício do poder-dever previsto na alínea “b” do art. 116 da Lei das S/A, recomendam a presença, nos órgãos da administração das sociedades controladas, de pessoas da confiança da controladora; e ninguém mais bem habilitado para transmitir e acompanhar a execução das políticas gerais do grupo que seus formuladores – os administradores e altos funcionários da controladora. Por isso, é comum os administradores e membros da “tecnoestrutura” das companhias dominantes cumularem suas funções na organização da controladora com cargos na administração das controladas.

É lógico que essa interação intensa das atividades das sociedades integrantes de um grupo dá causa a freqüentes aproximações de interesses, que às vezes se chocam, outras vezes se completam. São inevitáveis os negócios entre as sociedades-membros, e destas com a controladora (*operações inter companies*, no jargão empresarial). Já na companhia isolada a ocorrência de conflitos de interesses é relativamente rara, pois, de um modo geral, os acionistas pessoas físicas não se empenham em atividades vizinhas à da companhia. Esse é um dos motivos pelos quais, caso se cogite de conflito formal no âmbito da companhia isolada, de nenhum modo se poderá cogitar de transpor a regra para o âmbito do grupo.

---

<sup>16</sup> Anne Petitpierre-Sauvin, *Droit des Sociétés et des Groupes de Sociétés*, p. 20.

<sup>17</sup> Claude Champaud, “Recherches des critères d’appartenance à un groupe”, palestra proferida em seminário promovido pela Universidade de Rennes, in *Droit des Groupes de Sociétés*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p. 36.

<sup>18</sup> Erasmus Valladão França, *Conflito de Interesses nas Assembléias de S/A*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 95.

Com efeito, no cenário das companhias-membros de um grupo, a incidência da vedação, sempre que o administrador fosse ligado à controladora e a controladora tivesse com a controlada um suposto interesse conflitante, tomaria impraticáveis a direção unificada e a prevalência do interesse social do grupo. Ou, pior: impedidos de votar os administradores eleitos pela controladora, as deliberações dos Conselhos de Administração das controladas seriam determinadas pelos votos minoritários, de administradores eleitos pelos acionistas externos ao grupo.

Mengoni, em artigo de grande repercussão no qual propunha a revisão da doutrina do conflito de interesses na sociedade anônima, propugnava: “De outro lado, o sistema de proibição do voto já está completamente superado com relação às necessidades do mundo econômico moderno, que se caracteriza pela concentração industrial. Nas sociedades controladas, as relações com a sociedade controladora constituem uma razão de vida que não pode ser suprimida: se a disciplina do conflito de interesses fosse tecnicamente assentada sobre as regras da proibição de voto, as sociedades controladas se veriam colocadas em situação absurda, porque em substância a minoria ficaria árbitra exclusiva da sociedade (Salandra). O fenômeno da participação acionária de controle exige certamente cautelas jurídicas mais intensas que as atualmente previstas nos arts. 2.359 e ss. do CC. Mas, a não ser que se deseje considerá-lo ilícito, o que é impensável, não se pode impedir a sociedade controladora de exercer o direito de voto nas deliberações concernentes às relações entre ela e a sociedade controlada somente porque em tais relações a controladora se encontra formalmente em uma posição de conflito de interesses potencial com a controlada”.<sup>19</sup>

A advertência de Mengoni, de que “o sistema de proibição do voto já está completamente superado com relação às necessidades do mundo econômico moderno, que se caracteriza pela concentração industrial”, mereceu copiosa adesão da doutrina. Na reforma do direito societário empreendida pela Itália, em 2003, os arts. 2.373 e 2.391 do CC italiano, que tratam, respectivamente, dos conflitos de interesses dos acionistas e dos administradores foram alterados para retirar do texto legal a vedação do voto, que constava da redação anterior, mantendo o dever de informar e a responsabilidade do administrador.

A Lei das S/A não ignorou a revolução que os grupos de sociedades provocaram no regime jurídico das companhias. Nos Capítulos I a XIX manteve, como parte geral do regime legal das companhias, as normas relativas ao modelo da companhia isolada, cuja estrutura já encontrou praticamente pronta. Nos Capítulos XX e XXII aduziu normas especiais apropriadas à natureza dos

---

<sup>19</sup> Luigi Mengoni, “Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interesse nelle deliberazioni di Assemblea della società per azioni” *Rivista delle Società* 1956, p. 434.

grupos societários. A esse propósito, registre-se o que explica a Exposição Justificativa do Projeto que se converteu na Lei 6.404/1976: “O Projeto, depois de regular, até o Capítulo XIX, as companhias como unidades empresariais distintas, disciplina, nos Capítulos XX a XXII, a nova realidade que são as sociedades coligadas e o grupo de sociedades. No seu processo de expansão, a grande empresa levou à criação de constelações de sociedades coligadas, controladoras e controladas, ou grupadas – o que reclama normas específicas que redefinam, no interior desses grupamentos, os direitos das minorias, as responsabilidades dos administradores e as garantias dos credores”.

Dentre as normas especiais relativas aos grupos de sociedades está o art. 245, constante do Capítulo XX da Lei das S/A, que, coerente com lição de Galgano, propõe diferente solução para a conduta dos administradores das sociedades controladas em face dos interesses da sociedade dominante e outras sociedades-membros do grupo: “Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondam perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo”.

O art. 245 é, portanto, norma especial da disciplina dos grupos de sociedades, que, em vez de vedar ao administrador o voto ou a intervenção, na suposição de interesse conflitante, veda o favorecimento de outra sociedade do grupo em prejuízo da companhia. Permite as operações *inter companies*, mas responsabiliza o administrador se, em tais operações, não forem observadas condições estritamente comutativas, ou, não havendo comutatividade, a sociedade não receber pagamento compensatório adequado.

## **5. Conclusões**

Do exposto, conclui-se que o Consulente podia votar na deliberação do Conselho de Administração da Cia. “B” em foco, sem que estivesse sujeito à disciplina prevista no art. 156 da Lei das S/A, pelas seguintes razões:

5.1 Analisando a questão sob a égide do art. 156 da Lei das S/A, referido no ofício da CVM, não há como vedar o voto do consulente, pois:

5.1.1 O art. 156 aplica-se aos conflitos de interesses entre a companhia e seu administrador, e o interesse supostamente conflitante com o da companhia é da acionista controladora – a Cia. “A” –, e não do Consulente.

5.1.2 O art. 156 determina uma vedação ao exercício de um direito, e, portanto, não pode ser objeto de interpretação extensiva, para que a vedação abranja os casos de interesse conflitante da acionista à qual o administrador está ligado.

5.1.3 Nem sequer se pode cogitar de conflito de interesses indireto, pois o art. 156 só se aplica quando a pessoa física ou jurídica que se apresenta como titular do interesse empresta seu nome ao administrador e age sob seu controle e por sua conta, caracterizando-se simulação por interposta pessoa (é impensável que o Consulente possa ser a verdadeira parte mutuária nas operações de mútuo em tela e que a Cia. "A" delas tenha participado para dissimular o interesse do Consulente).

5.1.4 O Consulente não exerce cargo de administração na Cia. "A", nem funções que possam ser equiparadas às de um administrador de companhia; na qualidade de Consultor-Geral Jurídico, pratica a profissão de advogado, e, como advogado, profere opiniões jurídicas, e não pratica atos próprios das funções de um administrador de companhia, a que se refere o Capítulo XII da Lei das S/A. Além do mais, no exercício da profissão de advogado na Cia. "A", desfruta das prerrogativas de independência e inviolabilidade garantidas pela Constituição e pela lei.

5.2 Tratando-se de deliberação tomada no âmbito de um grupo de sociedades, é o art. 245 da Lei das S/A que se aplica à hipótese, afastando a incidência do art. 156, pois:

5.2.1 O art. 156 da Lei das S/A sequer deveria ser objeto de cogitação, porquanto a hipótese sob consulta se refere a suposto conflito de interesses no âmbito de um grupo de sociedades.

5.2.2 O art. 156 é uma das normas gerais da Lei das S/A, que contempla a companhia isolada; não se aplica ao caso, porque é incompatível com a natureza dos grupos de sociedades e porque a Lei das S/A dispôs sobre a matéria em norma especial, constante do Capítulo XX, relativo às sociedades coligadas, controladoras e controladas.

5.2.3 Nos grupos de sociedades existe uma direção unificada, exercida pela sociedade dominante, que formula a política geral do grupo a ser observada por todas as companhias controladas bem como orienta e fiscaliza a execução dessa política geral; há uma relação de subordinação das companhias-membros para com a sociedade dominante e a predominância do interesse social do grupo sobre o interesse social de cada companhia-membro; a transmissão às sociedades controladas das políticas formuladas pela sociedade dominante e a fiscalização da execução dessas políticas recomendam a participação de administradores e altos funcionários da sociedade dominante nos órgãos de administração das sociedades-membros.

5.2.4 A integração das operações das companhias componentes de um grupo societário causa freqüentes aproximações de interesses, que às vezes se chocam, outras vezes se completam. São comuns os negócios entre companhias de um mesmo grupo. A adoção de proibições de os administradores votarem inviabilizaria a direção unificada, que é da essência dos grupos de subordinação. Não se pode admitir que a mesma lei, que legitima e regula os grupos de subordinação de fato no Capítulo XX, os inviabilize pela vedação do art. 156.

5.2.5 No Capítulo XX, relativo às regras especiais que regem os grupos de fato, a Lei das S/A regula a matéria focalizada na consulta mediante o art. 245; este dispositivo, tratando das hipóteses em que incidem interesses da controladora ou das outras sociedades-membros do grupo, veda o favorecimento em prejuízo da companhia e exige condições estritamente comutativas ou pagamento compensatório adequado nas operações inter companies, sob pena de o administrador culpado responder por perdas e danos; não veda o voto do administrador, mas o pune civilmente se votar violando o preceito.