3 As Práticas de Governança Corporativa e os Controles de Legitimidade das Deliberações Sociais e do Comportamento de Controladores e Administradores

3.1 A Busca da Eqüidade e os Instrumentos de Controle

Os requisitos de legitimidade e legalidade do voto do acionista assentam, fundamentalmente, na determinação para que o voto se exerça no interesse da Companhia e na formulação que considera abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à Companhia ou a outros acionistas, ou 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 os demais acionistas.

O atendimento das determinações da LSA depende da manutenção de uma relação de eqüidade entre os interesses individuais dos acionistas e o interesse da Companhia e as várias questões conceituais que surgem, quanto ao entendimento dos exatos contornos da noção jurídica de interesse da Companhia para o fim colimado pela Lei.

Existe outra determinação na Lei, de fundamental importância para o atingimento da relação de eqüidade que se busca, que consiste na proibição do acionista votar nas deliberações da Assembléia Geral, relativas a certas situações concretas:

- Exame do laudo de avaliação dos bens com que concorrer para formação do capital social;
- Aprovação de suas contas como administrador;
- Deliberação que atribua benefícios particulares ao acionista.

Existe também a proibição de votar numa situação genérica, que depende de investigação casuística para caracterizar a sua verificação, qual seja, aquela situação em que o acionista tiver um interesse conflitante com o da Companhia.

Embora se considere de certa forma incompatível o conceito do *"affectio societatis"* com a estrutura típica da Sociedade Anônima parece desafiante, para o desenvolvimento desse tema, colocar a afirmação de Fargosi.

> *A "affectio societatis" não é a vontade e a intenção de associar-se, mas sim a vontade de cada sócio de adequar sua conduta e seus interesses pessoais, egoístas e não coincidentes às necessidades da sociedade para que ela possa cumprir seu objeto e assim, através dessa conduta adequada, se mantenha durante a vida da Sociedade uma situação de igualdade e equivalência entre os sócios de modo que cada um deles, e todos em conjunto observem uma conduta que tenda à prevalência de interesse comum, a qual é a forma de realização dos interesses pessoais.*[41]

Nesse sentido, uma vez aceita essa afirmação, a *"affectio societatis"* não seria incompatível com a estrutura típica da Sociedade Anônima e poderia mesmo ser instrumental para o estudo das relações entre o interesse individual dos acionistas e o interesse da Companhia e bem se ajustaria com conceitos, que se pretende hodiernamente estabelecer, com o estudo dos fenômenos produzidos pelo movimento que se tem denominado de GC.

Entre nós, Comparato ressalta que a *affectio societatis,* que havia sido rejeitada pela doutrina, "manifesta grande teimosia em sobreviver" e "renasce com o próprio nome ou outra terminologia, como elemento indefectível da estrutura e funcionamento das sociedades". Acrescenta ainda que o conceito se instala em campo estranho, o das chamadas sociedades de capitais, demonstrando sua operacionalidade na tarefa de interpretação jurídica.[42]

Citando Arangio-Ruiz, explica Comparato que a *"affectio* é um *consensus* não instantâneo, e sim prolongado, um estado de ânimo continuativo, a perseverança no mesmo acordo de vontades". Tal ânimo projeta-se sobre todos os elementos do contrato social, notadamente à pessoa dos sócios, o objeto e o objetivo comum.

---

[41] *La Affectio Sotietatis*, Buenos Aires: Libreria Juridica. 1955, p. 86.
[42] *"Restrição à Circulação de Ações em Companhia Fechada: Nova Et Vetera", in Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial, São Paulo: Forense, 1979, pp. 32-33.*

Afirma ainda Comparato que, no direito romano clássico a exigência de perseverança em certo e determinado acordo social acarreta, em conseqüência, a exigência de boa-fé. A *"affectio societatis"* seria, portanto, não um critério distintivo do contrato de sociedade, mas um critério interpretativo dos deveres e responsabilidades dos sócios entre si e em vista do interesse comum. Daí que "a sociedade não é a única relação jurídica marcada por esse estado de ânimo continuativo, mas ele comanda, na sociedade, uma exacerbação do cuidado e diligência próprios de um contrato *bonae fidei*".[43]

3.2 Utilidade Coletiva

A determinação do que convém a todos esbarra, muitas vezes, na dificuldade prática de estabelecer previamente os parâmetros do que concretamente constitui a utilidade coletiva a que a lei se refere genericamente como interesse da companhia.

Extrairmos da lei que o acionista, ao exercer o voto, não pode ter como fim causar dano à companhia, isto é, agir contra o interesse que é comum a todos ou buscar 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.

Dispensa também a lei um comando positivo genérico determinando que o acionista, ao votar, tenha por finalidade a realização de interesse de todos, mas, como vimos, esse comando positivo genérico tem de ser harmonizado com o interesse individual do acionista como sócio, que o voto também serve para tutelar. Essa formulação genérica do conceito não permite que se extraia diretamente do mesmo uma capacidade funcional, ou seja, um elemento distintivo.

Com relação ao acionista controlador, a LSA (Artigo 116, parágrafo único) determina que, ao exercer o poder de controle, que se vale, talvez na maioria das vezes, preponderantemente do voto, tenha por objetivo fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social observando deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, os que trabalham na empresa e a comunidade em que atua, respeitando e atendendo lealmente os direitos e interesses desses elementos da empresa.

---

[43] *Restrição à Circulação..., pp. 38-39.*

Surgem, assim, conceitos como: justiça, equilíbrio de interesses, lealdade, cumprimento de função social e observância de deveres e responsabilidades genéricas para com um largo *"spectrum"* de indivíduos, que extrapola o âmbito da sociedade, para alcançar todos os elementos da empresa, que só pode encontrar parâmetros de identificação com recurso também do campo da ética e da moral.

Embora as relações entre os sócios devam ser reguladas estritamente no âmbito do direito, a aplicação do direito ao caso concreto exige o concurso de conceitos ético-morais para informar essa aplicação da ordem jurídica.

No desenvolvimento desse exercício para determinar a presença dos requisitos de legitimidade que, como vimos, não prescinde da investigação de conceitos ético-morais, temos de nos valer de testes a partir de elementos de compactação, que nos permitam estabelecer em concreto alguns parâmetros, para determinar que interesses a lei pretende proteger e com que gradação ou ordem de prioridade.

Em que pese à tradição de aplicação do método dedutivo na interpretação da lei e na investigação doutrinária, predominante no nosso sistema jurídico, não se pode, nesse tema, prescindir do auxílio do método indutivo para desenvolver tal raciocínio.

Inexistindo uma regra geral ou senso comum que nos permita estabelecer de antemão quais os critérios concretos para determinar a presença dos requisitos do caráter ético moral, que servem para configurar a legitimidade do voto, como se torna necessário na maioria dos casos que provocam essa polêmica, temos de buscar nos próprios elementos de fato, as bases de aplicação deste teste.

O caráter utilitarista do recurso a esses elementos ético-morais faz com que tais elementos devam ser tratados como instrumentos para configurar-se os contornos do interesse comum e não como fins em si mesmos, até porque a inexistência de um princípio ético fundamental ou de uma ordem de preferência preestabelecida entre os valores éticos faz com que a ética não possa prover um guia para consagração dos sentimentos reais dos indivíduos, já que os sentimentos de aceitação ou repulsa são enormemente influenciados pela concepção dos indivíduos, daquilo que eles supõem ser os efeitos das coisas e dos fatos sobre a sua

felicidade, isto é, o princípio da utilidade ou, nas palavras do Bentham, o princípio da felicidade plena.[44]

Assim, devemos utilizar os elementos ético-morais como meios para avaliar as ações e os fatos envolvidos em cada deliberação, a fim de estabelecer os requisitos de legitimidade para o exercício do voto, independentemente da identificação com uma finalidade última decorrente de pressupostos deduzidos como corolários de uma filiação necessária a uma determinada teoria doutrinária, quer de natureza institucionalista, quer de natureza contratualista. Até porque a prova da identificação com essa finalidade última não pode ser produzida.

Nesse passo, chega-se à conclusão que a harmonização da conduta dos sócios com o interesse coletivo, ou seja, com o interesse comum dos sócios, constitui a efetiva finalidade de todos os requisitos de legitimidade impostos pela lei para o exercício do direito de voto. O processo envolvido para atingir-se essa harmonização exige estudar, em cada caso, os potenciais efeitos das deliberações sociais sobre o interesse coletivo e as repercussões desses efeitos sobre os interesses individuais dos sócios.

É necessário também rever, em cada caso concreto, o posicionamento de cada acionista habilitado a exercer o direito de voto para estabelecer se o interesse individual do acionista conflita em concreto com o interesse comum.

A idéia de conflito impõe a existência de contrariedade recíproca, isto é, a satisfação de interesse da sociedade implicaria o sacrifício do interesse do acionista. Quando os interesses do acionista e da companhia forem solidários e, portanto, harmonizáveis, não há conflito.[45]

---

[44] *Idem,* p. 446.

[45] Ver Dominique Schmidt: "Le conflit d'intérêts apparaît lorsqu'une personne, actionnaire ou dirigeant, se trouve en situation de choisir entre la satisfaction de l'intérrêt commun des actionnaires et celle de son intérêt personnel distinct. L'intérêt commun partagé por tous les actionnaires réside dans l'objectif assigné à la société: la recherche et le partage du profit social. Chaque actionnaire doit vouleir, pour lui et les autres, que le profit recherché et obtenu soit partagé de telle manière que chacoun recoueille la part qui lui revient. De là découle que l'intérêt légitime de l'actionnaire dans la société s'oppose à l'utilisation de ses droits et pouvoirs sociaux aux fins de rechercher un profit autre que celui qui lui revient dans

A visão de Fargosi sobre a *"affectio societatis"*, que citamos acima, conduz à identificação de um processo dinâmico de harmonização. Atinge-se a realização dos interesses pessoais legítimos dos acionistas através de uma conduta para adequar seus interesses pessoais, egoístas e não coincidentes, às necessidades da sociedade, para que ela possa cumprir seu objeto e, assim, por força desta conduta adequada, possa se manter durante a vida da sociedade uma situação de igualdade e equivalência entre os acionistas, de forma que cada um deles e todos em conjunto observem o comportamento que tende à prevalência do interesse comum.

A noção de Comparato, à qual já nos referimos, também conduz à idéia da harmonização, em função dos conceitos de ânimo continuativo (ou perseverança) e boa-fé, envolvendo uma dinâmica comportamental dos sócios para produzir o desejado resultado de equilíbrio.

Esse processo dinâmico deve-se produzir pela formação da vontade social, que é fruto da deliberação obtida segundo o método dialético.

Como corolário dessa formulação, surge a imposição de manter-se uma relação de eqüidade entre os direitos individuais dos acionistas como sócios para assegurar a legitimidade da definição pela maioria do interesse comum desses mesmos acionistas, que constitui o interesse social ou interesse da companhia.

3.3 Padrão de Conduta do Acionista Controlador

O CMP não estabelece uma definição própria do padrão de conduta para o acionista controlador, mas inúmeras disposições do CMP requerem uma série de condutas dos agentes internos, em geral, acionistas e administradores, que permitem extrair o padrão de conduta que se espera do controlador.

---

le partage régulier et loyal du profit social. Le conflit d'intérêts naît lorsque l'utilisation de ces droits et pouvoirs sociaux est guidée par la recherche d'un profit personnel ne résultant pas d'un tel partage". Les Conflits D' Intérêts dans la Société Anonyme, Paris: Joly Éditions, 1999, p. 23.

O CMP certamente parte do pressuposto que o primeiro dever do controlador é adotar o comportamento que lhe é exigido pela lei, ou seja, usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, sendo responsável para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujas diretrizes e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Certamente, segundo as disposições do CMP, esse agir do acionista controlador deve se dar observando os padrões de transparência, eqüidade e prestação de contas, na forma definida pelo código.

O conceito de responsabilidade corporativa previsto no CMP para conselheiros e executivos é necessariamente aplicável ao padrão de conduta do acionista controlador, pois é este, em última análise que, através de sua capacidade de controlar as deliberações sociais, exerce o comando efetivo das ações da sociedade, que devem se pautar dentro dos limites da responsabilidade corporativa.

No Brasil a lei atribui responsabilidade pessoal ao acionista controlador por danos causados por atos praticados com abuso de poder (LSA Art. 117).

A própria lei enuncia uma série de modalidades de atos abusivos, mas de forma exemplificativa e não exaustiva. O núcleo do conceito reside na existência de abuso toda vez que o poder de controle for utilizado sem atenção ao padrão de conduta, ou seja, desviado da finalidade de levar a companhia a realizar o seu objeto e cumprir sua função social, que se constitui em produzir riqueza, respeitando os direitos dos outros acionistas e dos demais *stakeholders*.

Dentre as modalidades de exercício abusivo do poder de controle, a LSA inclui induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou descumprindo os seus deveres, definidos na lei ou no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela Assembléia Geral. O administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

3.4 Padrão de Conduta dos Administradores

Os administradores também são dirigidos a exercer as atribuições, que a lei e o estatuto lhe conferem, segundo o interesse da companhia para levar a mesma a lograr seus fins, satisfeitas as exigências do bem público e a função social da empresa. 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 do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

Esse padrão de conduta se coordena plenamente com os preceitos do CMP, no sentido de observância das regras de eqüidade, transparência, prestação de contas e responsabilidade corporativa, que oferecem um substrato ético em complemento ao comando legal.

A LSA proibe o administrador de praticar uma série de atos, considerados, de forma concreta, como contrários ao interesse social (LSA, Art. 154, parágrafo 2).

Os administradores estão ainda sujeitos a deveres específicos de diligência, lealdade e de informar (LSA, Art. 153, 155 e 157).

O CMP oferece vários conceitos complementares para guiar a conduta dos administradores com relação a esses deveres.

O dever de diligência contido na lei segue o modelo do Direito Romano, baseado no conceito do "*bonus pater familiae*". O administrador deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem deve observar na administração de seus próprios negócios.

As práticas de GC vão no sentido de exigir mais do que o conceito clássico, requerendo que os administradores possuam capacidades específicas. O CMP recomenda que no Conselho de Administração haja membros com formação de finanças e contabilidade. Além disso, o CMP alinha os seguintes critérios de qualificação:

- Capacidade de ler e entender relatórios gerenciais e financeiros;
- Conhecimento das melhores práticas de GC;
- Capacidade para trabalhar em equipe; e
- Visão estratégica.

No campo do dever de lealdade, as práticas de GC costumam alargar o critério legal, recomendando que os membros do Conselho de Administração não tenham qualquer conflito formal com o interesse da companhia, mesmo que meramente potencial; sejam portadores de interesses alinhados com os da companhia e que a maioria dos membros do Conselho seja independente, tanto em relação aos gestores, quanto em relação aos controladores.

O CMP recomenda ainda a adoção de um código de conduta que regule a atuação dos administradores de forma detalhada, coibindo e prevenindo uma série de comportamentos que poderiam redundar em violação do dever de lealdade.

No tocante ao dever de informar, as práticas de GC exigem a adoção de uma política de divulgação de informações, capaz de explicitar as várias circunstâncias em que os acionistas e o mercado devem ser adequadamente informados. O estabelecimento dessa política geralmente complementa e alarga as exisgências decorrentes do dever de informar.

3.5 Conflito de Interesses

O CMP estabelece uma conceituação ampla de conflito de interesses, prevendo que há conflito quando alguém não é independente com relação à matéria em discussão, podendo influenciar ou tomar decisões motivadas por interesses distintos daqueles da sociedade. Há determinação para que a pessoa em tal situação de conflito manifeste-se tempestivamente, sob pena de qualquer pessoa o fazer.

O CMP estabelece os critérios de independência para os membros do Conselho de Administração e para os auditores independentes.

Além dessa norma genérica de conflito de interesses, prevista na Seção 6.2, do CMP, existe uma norma específica no ítem 1.5.8 com relação a conflitos de interesse nas Assembléias Gerais, segundo a qual o sócio que por qualquer motivo tiver interesse particular ou conflitante com o da sociedade, em determinada deliberação, deverá abster-se de participar da discussão e votação desse ítem, ainda que como representante de terceiro.

O debate em torno da GC tem criado uma forte pressão para o afastamento do acionista controlador e dos membros do Conselho de Administração, que não sejam independentes, de participar em qualquer deliberação ou intervir em qualquer transação em que possa existir um conflito de interesses, meramente formal ou potencial, isto é, decorrente da simples contraposição entre os interesses dos sócios e o interesse da companhia.

Essa pressão exige que se procurem formas criativas de lidar com as diversas situações, estabelecendo mecanismos que possam atender aos reclamos do mercado, o qual exige que as ações dos controladores e dos administradores, além de serem legítimas, também externem flagrantemente essa legitimidade.

No momento em que o acionista controlador se afasta de uma deliberação, que envolve, por exemplo, um contrato entre a companhia e o próprio controlador que, às vezes, é essencial à própria subsistência da companhia para deixar a decisão nas mãos dos minoritários, é importante que medidas adequadas sejam tomadas para assegurar que a atuação dos minoritários também seja revestida de legitimidade.

A melhor solução para lidar com um controle de legitimidade, a partir do critério do conflito potencial, parece ser aumentar cada vez mais o número de membros independentes do Conselho de Administração.