

1 INTRODUÇÃO

O conflito de interesses é tema recorrente em estudos acerca do Direito Empresarial, e, principalmente da Sociedade Anônima, em razão dos fatos geradores da situação problemática, bem como das eventuais consequências do voto proferido em tais circunstâncias. Contudo, no presente trabalho, pretende-se abordar o instituto do conflito de interesses simultaneamente perante dois prismas: o da teoria dos jogos e o do direito societário.

O conflito de interesses poderá ocorrer, no universo da sociedade anônima, entre diversos segmentos ou partes envolvidas da companhia, como por exemplo, nas relações envolvendo acionistas majoritários e minoritários, ou entre acionistas, diretores, trabalhadores e demais *stakeholders*.

A assembleia geral é o órgão que figura no topo da pirâmide da estrutura da companhia, e são nas deliberações destas assentadas em que são tomadas várias das mais importantes decisões da vida da sociedade empresária, tais como, eleição dos membros do conselho de administração, eleição dos membros do conselho fiscal, aprovação de contas da companhia e dos administradores, dentre outros.

Por tal motivo, o conflito de interesses na assembleia geral possui importância preponderante nos negócios da empresa, já que o voto proferido nessas condições poderá gerar uma série de repercussões na vida da sociedade.

Para auxílio na abordagem da decisão em situação de conflito, busca-se, no presente trabalho, a teoria dos jogos, a qual denota método de pensamento que, basicamente, dispõe que o agente, para adotar determinada posição, deverá vislumbrar as atitudes a serem perpetradas por todos aqueles que de alguma forma influenciam na tomada de decisão.

Portanto, o que se busca é um breve ensaio que aponte as situações em que a teoria dos jogos poderá contribuir para o voto do acionista em busca do melhor resultado possível, seja ele de caráter econômico ou de melhor convivência dentro do corpo social.

2 A TEORIA DOS JOGOS

2.1 Conceito

Em um universo plural e disforme como o atualmente vivenciado não é possível a tomada de qualquer decisão sem que se verifique suas implicações. A teoria dos jogos é o estudo que busca apontar para a escolha das melhores estratégias, do ponto de vista de custos e benefícios para o estudo das decisões. Nessa escolha, segundo a teoria, não deve se levar em conta apenas a vontade do agente, mas todas as situações e reações que o circundam.

A teoria dos jogos pretende especificar maneiras para lidar com cooperação e conflito e estudar decisões tomadas em situações nas quais os jogadores interagem. Estuda a escolha de estratégias quando os custos e benefícios de cada opção dependem de escolhas feitas pelos adversários. Pressupõe a aplicação de regras lógicas ao processo de tomada de decisão em situações como negociações, relações internacionais, antitruste, guerras, licitações, leilões. (SILVA, 2009, p. 38)

A teoria dos jogos parte de premissas matemáticas e trata as situações que precedem a tomada de decisões como jogos. Nesse viés, diante do desenvolvimento da linha de pensamento, verifica-se que das relações podem existir jogos de soma zero, jogos de soma não zero, jogos simultâneos e sequenciais, conforme aborda Oyama Karyna Barbosa Andrade.

Jogos de soma zero são aqueles nos quais o ganho de um jogador é equivalente à perda do outro, desse modo, os pares de recompensa sempre somam zero: (2, -2), (-4, 4), etc. Os interesses dos jogadores são opostos e a vitória de um significa sempre a derrota do outro como, por exemplo, em um jogo de xadrez. Como apenas um jogador pode ganhar, não existe incentivo à cooperação entre oponentes e, portanto, jogos de soma zero são sempre não-cooperativos.

Jogos de soma não-zero, por sua vez, são mais comuns, principalmente nas análises de ciências sociais. Neles, os participantes têm interesses comuns e opostos, o que leva à combinação de resultados maiores ou menores que zero. O ganho de um jogador não corresponde necessariamente à perda de outro. O dilema dos prisioneiros é um exemplo de jogo de soma não-zero que será estudado adiante. Nesse tipo de jogo, é possível induzir a cooperação entre os participantes.

Os jogos podem ainda ser classificados como simultâneos ou sequenciais. Os **jogos simultâneos** são assim chamados porque os jogadores desconhecem as estratégias adotadas pelos outros no momento de fazer suas escolhas. Já nos **jogos sequenciais**, as jogadas são feitas em uma ordem e os jogadores têm algum conhecimento sobre as ações anteriores tomadas pelos outros, podendo basear suas próximas jogadas nessas informações. (ANDRADE, 2014, p. 4)

Assim, a teoria dos jogos, parte da análise da interação estratégica dos envolvidos, sendo que uma decisão influencia e é diretamente influenciada pela outra. Para melhor visualização da proposta, apresenta-se o clássico exemplo do dilema do prisioneiro.

2.2 O dilema do prisioneiro e a relação da teoria dos jogos com a filosofia

Exemplo bastante utilizado para a exemplificação da teoria dos jogos é o dilema do prisioneiro. No caso, parte-se de uma situação em que dois ladrões (A e B) foram capturados pela polícia em fuga, após terem cometido um furto conjuntamente. Os policiais não possuem provas para incriminá-los. Então, na busca de uma condenação, passam a interrogá-los em salas isoladas e fazem a cada um as seguintes propostas.

Ao abordar A, os policiais informaram-no que caso este confessasse o crime e B não confessasse, A estaria livre e B seria preso por 10 (dez) anos.

Caso A confessasse o crime e B também confessasse, os dois seriam presos por 7 (sete) anos. E por fim, foi dito a A que na hipótese de nenhum dos dois confessar, ambos pegariam apenas 2 (dois) anos de prisão, por porte ilegal de armas. O mesmo foi dito para B com relação a A.

Cada um dos prisioneiros sabia que o outro receberia a mesma proposta que lhe foi feita. Não havia qualquer modo de comunicação entre eles.

Sendo assim, caberia aos prisioneiros fazer a melhor escolha, que não deveria levar em conta tão somente a sua decisão, mas também a atitude do outro, já que a escolha de ambos, de forma conjunta, definiria o tempo de prisão da dupla. Nesse viés, a escolha que se mostra racionalmente mais viável, diante da teoria dos jogos, será confessar.

Isso porque, diante da impossibilidade de comunicação, fato que permitiria a cooperação para alcançar apenas 2 (dois) anos de prisão, o cenário com menor prejuízo seria a confissão.

Saliente-se que a escolha racional promovida por meio do dilema do prisioneiro, em que pese sua estruturação racional baseada em preceitos matemáticos, é foco, inclusive, de abordagens relacionadas à filosofia, especialmente no que diz respeito ao ramo ético, diante da escolha baseada na lógica do jogo, ou seja no pensamento do outro.

A ética, ramo de estudo da filosofia, tem grandes exemplos de regras aplicáveis a dilemas do prisioneiro. O próprio princípio ético de Jesus Cristo, v.g., a regra de ouro ("Em tudo, faça ao próximo o que deseja que te seja feito"), que já foi formulada por vários filósofos, como Platão, Sêneca, Aristóteles e Confúcio, dentre outros, pode ser analisada como uma resposta ao dilema do prisioneiro.

Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de Immanuel Kant, o segundo imperativo categórico, segundo o qual toda regra ética deve ser universal, também pode ser estudado como uma solução ao dilema do prisioneiro. De fato, o significado do segundo imperativo categórico reflete a idéia de que uma regra é ética quando pode ser aplicável a todas as pessoas. (ALMEIDA, 2003, p. 21)

Portanto, apresentada a teoria dos jogos, passa-se à análise da matéria de sociedade anônima que se pretende abordar de acordo com os critérios de pensamento ora lançados.

3 A ASSEMBLEIA GERAL

Para proporcionar uma visão mais ampla e concreta do tema abordado, se faz necessária uma breve passagem sobre o órgão supremo da companhia^{1 2 3}, qual seja, a assembleia geral, já que é no cenário desta assentada que o voto do acionista e suas repercussões será dissecado.

A Assembléia Geral é o órgão social formado pelo conjunto de acionistas reunidos, devidamente convocado e instalado na forma da lei e dos estatutos, para deliberar sobre matéria de interesse da sociedade.

A etimologia confirma esse significado: do latim *si mui* (ao mesmo tempo; igualmente), provém *similis* (semelhante, parecido) e deste último, o verbo francês *assembler* (juntar, reunir, congregar- em inglês,

¹ Fran Martins, ao tratar da assembleia geral afirma que "(...) é ela considerada o poder mais alto da sociedade, por ter função deliberativa, que influirá, inclusive, na administração e nos próprios acionistas. É justamente através da assembleia que a vontade social se manifesta; o seu poder, assim, só encontra limites na lei e no estatuto, sendo que, em relação a este, pode ainda a assembleia modificá-lo, nas formas expressas previstas na lei. (MARTINS, 2010, p. 429)

² A qualificação de supremo aposta ao órgão assemblear não é um título honorífico: traduz a correta idéia de que ele se põe hierarquicamente acima dos demais órgãos sociais, como evidencia de forma nítida a lei. A Assembléia Geral pode modificar o estatuto social, deliberar sobre quaisquer questões que interessem à sociedade e nomear e destituir os membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal; e o Conselho de Administração nomeia e destitui os diretores. (TEPEDINO, 2009, p. 880)

³ No modelo legal, é, incontestavelmente, a assembleia geral o órgão primário, ou imediato, que investe os demais, elegendo os seus membros e podendo demiti-los (Lei nº 6.404, art. 122, II). Nesse sentido estritamente jurídico, nem sempre coincidente com a realidade econômica, ela é, sem dúvida, o poder supremo da companhia (...) (COMPARATO, 2008, p. 31)

com o mesmo significado, *assemblee*). Do participio passado de *assembler- assemblée-* vem o português *assembleia*, no sentido de convocação dos iguais. Convocam-se pessoas iguais, os acionistas, para deliberarem sobre matérias da sociedade (esta de *socius*, o que acompanha). (TEPEDINO, 2009, p. 871)

O artigo 122 da Lei 6.404/76 aponta as matérias de competência privativa da assembleia geral:

Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral:

I - reformar o estatuto social;

II - eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142;

III - tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas;

IV - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59;

V - suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120);

VI - deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social;

VII - autorizar a emissão de partes beneficiárias;

VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e

IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata.

Parágrafo único. Em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembleia-geral, para manifestar-se sobre a matéria.

Os pontos acima listados necessariamente deverão ser submetidos à assembleia geral. Trata-se de norma cogente da Lei de S.A. Contudo, poderá o estatuto da companhia fixar, dentre as demais atribuições que não são privativas de outros órgãos da companhia, competências que extrapolam a apontada no rol legal.

No contexto estabelecido pelo diploma, dentre as matérias que cabem à assembleia geral deliberar sobre, há a divisão entre aquelas designadas para a assembleia geral ordinária, dispostas num rol taxativo, e, lado outro, as matérias de competência da assembleia geral extraordinária, que são, na prática, as não descritas no rol da Lei de S.A, em seu artigo 132⁴. O professor Osmar Brina Correa-Lima trata da distinção referida com maestria.

⁴ Art. 132. Anualmente, nos 4 (quatro) primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver 1 (uma) assembleia-geral para:

I - tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras;

II - deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos;

III - eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso;

Algumas dessas matérias são consideradas ordinárias, porque sobre elas a assembleia-geral sempre deverá deliberar, periodicamente. Outras, extraordinárias, porque inexistente qualquer previsão da necessidade de sobre elas se deliberar periodicamente. Em face dessa diversidade de matérias (ordinárias e extraordinárias), a lei fala em assembleias-gerais ordinárias (AGO) e assembleias-gerais extraordinárias (AGE).

As matérias ordinárias, objeto de competência da AGO, encontram-se enumeradas num rol de *numerus clausus* (taxativo, fechado), no art. 132. Anualmente, nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social deverá haver uma AGO, para deliberar sobre as matérias previstas no art. 132.

(...)

As matérias extraordinárias, objeto de competência da AGE, pela sua própria característica, não se comportam em nenhum rol.

Como regra prática, pode-se afirmar que toda matéria de competência da AG não inserida no rol de competência da AGO será, por exclusão, de competência da AGE (CORREA-LIMA, 2005, p. 125)

Portanto, será na assembleia geral, seja ela ordinária ou extraordinária, que o acionista exercerá seu direito de voto, notadamente, sobre todas as matérias descritas no artigo 132 da Lei de S.A., além de outras que o estatuto fixar.

O voto deverá sempre ser proferido no interesse da companhia, segundo estabelece o artigo 115 da Lei 6.404/76, a ser analisado. Contudo, o acionista poderá se ver em uma situação delicada, de conflito pessoal e de interesses, caso vivencie determinados temas em deliberações da assembleia geral. É o caso, por exemplo, do acionista que seja concorrente da companhia e esteja participando da eleição dos membros do conselho de administração, ou ainda, o acionista que esteja celebrando contrato com a sociedade com determinado valor e deseja ver a avença aprovada.

Para se verificar as alternativas legais apresentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, adentra-se ao tema do conflito de interesses.

4 CONFLITO DE INTERESSES

4.1 Conceito e abordagem na Lei 6.404/1976

O conflito de interesses é um dos temas que mais gera discussões no universo das sociedades empresárias e poderá existir em uma série de situações dentro do

IV - aprovar a correção da expressão monetária do capital social (artigo 167).

universo da companhia. O conflito, contudo, não pode ser visto necessariamente como um problema à sociedade anônima, mas, em outro sentido, como um fenômeno sociológico capaz de gerar evolução.

O conflito, sempre fez parte da sociedade desde as épocas mais primitivas até os tempos atuais. Todos os seres humanos são diferentes, é intrínseco aos indivíduos divergirem entre si. O conflito, visto como um evento sociológico, tem sido objeto de estudos nas Ciências Sociais Aplicadas, em especial no Direito. Estes estudos visam demonstrar que o conflito não é necessariamente um mal a ser curado, que deve ser encarado muitas vezes como um fenômeno sociológico positivo, como forma de evolução social. (LIMA; COITINHO, 2011, p. 3)

José Alexandre Tavares Guerreiro aborda o conceito de conflito de interesses no universo da sociedade anônima:

Trata-se, antes de mais nada, de uma situação de fato em que se tornam incompatíveis dois interesses – um, o da própria sociedade e outro, do acionista ou administrador. Essa incompatibilidade decorre da verificação objetiva da violação do interesse social, entendido na significação adiante demonstrada, da qual, mesmo potencialmente, decorra dano à sociedade. Deve-se compreender, como conflito de interesses, para os efeitos aqui considerados, não qualquer oposição entre interesses na economia da companhia, mas apenas aquela que a lei trata como fenômeno atentatório ao interesse da sociedade, na medida em que este é instituído como valor superior ao interesse particular dos acionistas ou administradores, devendo, portanto, preponderar sobre esse último interesse particular. (GUERREIRO, 2012, p. 682)

Lado outro, Marcelo Lamy Rego destaca a necessidade de existência de interesses em situação oposta ou antagônica. Isso porque a distinção de interesses do acionista e da companhia não pressupõe, de forma imediata, a situação conflituosa, nem mesmo seu antagonismo, já que é comum, diante da pluralidade de acionistas, a consequente existência de uma série de pensamentos e intenções distintas, as quais poderão ser complementares, não excludentes.

O conflito de interesses existe quando o interesse particular do sócio e o interesse social, este entendido como o interesse comum dos sócios, estão em situação contraposta ou antagônica.

(...)

A expressão "contraposta ou antagônica" é usada porque, caso exista a possibilidade de coexistência não danosa entre os dois interesses díspares, não há que se falar em conflito de interesses. O interesse distinto pode ser complementar, não excludente. O conflito nasce no momento em que os interesses são mutuamente excludentes (ainda que em parte), em que um

necessariamente prejudica o outro, e em que o acionista se volta para fora do círculo societário, no qual está intimamente ligado a seus pares e aos destinos do empreendimento comum, para decidir o conteúdo do seu voto. Exerce, pois, seu direito de voto para satisfazer a esse interesse externo, estranho. A existência do conflito ameaça o comando genérico, contido na LSA, de que o acionista deve exercer seu direito de voto no interesse da companhia, à medida que adiciona, ao processo de convencimento e de formação de vontade do acionista, elementos estranhos à comunhão.

O resultado é que o voto, que deveria ser exercido com a finalidade de atender o interesse comum, é exercido para satisfazer interesse particular do acionista ou de terceiro. Desse exercício viciado do direito de voto, configura-se o conflito proibido pela LSA. (REGO, 2009, p. 421)

A situação gerada com o voto proferido em conflito de interesses possui condições de ameaçar e levar danos econômicos à companhia. Isso ocorre, por exemplo, com a contratação de serviço prestado por empresa da qual o acionista votante é controlador, por preço acima do praticado no mercado. O dano econômico potencial existe, mas não é exigência da lei, para configuração do conflito de interesses, que a relação financeira envolvendo o interesse, seja idêntica por parte do acionista e sociedade.

(...) não se requer a exata concordância econômica entre o interesse da sociedade e o interesse conflitante, do acionista ou administrador, e menos ainda a concordância entre as respectivas quantidades de unidades monetárias de um e outro. Existe, invariavelmente, a correlação (my gain, your loss), mas seria evidentemente de nenhum efeito prático e econômico que a vantagem fosse precisamente equivalente à desvantagem, em termos de correspondência valorativa, até mesmo porque o dano, que a lei quer evitar, pode ser potencial, não necessitando de determinação atual em concreto. (GUERREIRO, 2012, p. 683)

Os principais personagens envolvidos nas situações de conflitos de interesses são, em linhas gerais, resumidos nos seguintes:

- a) O acionista controlador;
- b) O acionista minoritário;
- c) Os administradores;
- d) A companhia como um todo. (SADDI, 2007, p. 347)

O relacionamento dos envolvidos listados, no dia a dia da companhia, gera uma série de situações, das quais emanam aquelas que serão focos de conflito. Destaca-se, portanto, dentre as inúmeras possibilidades, as dispostas abaixo:

- a) Conflitos entre o acionista controlador e o acionista minoritário;
- b) Conflitos entre os acionistas controlador e minoritário e a companhia;
- c) Conflitos entre os administradores e a companhia. (SADDI, 2007, p. 348)

As aludidas relações foram abordadas na Lei 6.404/76, a Lei das S.A. pelos artigos 115, 117⁵, 245⁶ e 246⁷. O principal dispositivo a ser analisado, contudo, é o artigo 115, em especial o seu parágrafo primeiro, já que este traz consigo a abordagem do conflito de interesses em deliberação em assembleia, ou seja, no exercício do direito de voto do acionista.

⁵ Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

- a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
 - b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
 - c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
 - d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
 - e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral;
 - f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
 - g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.
 - h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.
- § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.
- § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

⁶ Art. 245. 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 respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.

⁷ Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117.

§ 1º A ação para haver reparação cabe:

- a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;
- b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente.

§ 2º A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização.

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a 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.

§ 1º 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, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

§ 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º.

§ 3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 4º 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.

O parágrafo primeiro do artigo 115 aponta, portanto, quatro hipóteses nas quais o acionista não poderá votar nas deliberações, quais sejam, (i) aquelas relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social, (ii) na aprovação de suas contas como administrador, (iii) nas deliberações em que pode haver benefício particular ao acionista, e, por último, (iv) quando houver interesse conflitante do acionista com o da companhia.

De todo modo, com relação ao tema proposto, boa parte da polêmica gira em torno do momento a se verificar a validade do voto proferido em situação de conflito de interesses, ou seja, se é possível que o acionista presente na situação lançada participe da assembleia geral e vote, para depois se analisar o conteúdo do seu voto, ou, lado outro, se o acionista na posição conflituosa não poderá, de forma alguma, votar na referida deliberação.

Com relação aos três primeiros itens do parágrafo primeiro do artigo 115, a doutrina e a jurisprudência são bastante uniformes, e a posição é de que, nessas hipóteses o acionista estará impedido de votar.

A LSA prescreve, no § 1º do artigo 115, hipóteses nas quais o acionista está proibido de votar em assuntos submetidos à deliberação da Assembléia Geral: laudo de avaliação de bem contribuído para o capital, quando o acionista for o subscritor das ações; aprovação de contas como administrador; matérias que possam beneficiar particularmente o

acionista; e matérias nas quais o acionista tenha interesse conflitante com a companhia.

As três primeiras hipóteses, são hipóteses às quais a lei dá tratamento semelhante ao *divieto de voto*, tendo o legislador prescrito situações formais em que o acionista não pode exercer o voto. (REGO, 2009, p. 410)

Contudo, o maior foco de polêmica e inconstância nas decisões sobre o tema está presente no conflito de interesses em si, a quarta hipótese lançada no artigo 115, sendo que a doutrina se divide entre a possibilidade de votação ou não, seguindo as classificações de conflito substancial e conflito formal, conforme segue.

4.2 Conflito substancial e conflito formal

O acionista com interesse conflitante com o da companhia poderá votar na deliberação? Se votar, seu voto poderá ser computado? As respostas das perguntas dependerão da corrente a qual cada intérprete do direito se vincula na abordagem do tema debatido.

Isso porque, há aqueles que entendem que, no caso do conflito de interesses há um conflito formal, ou seja, assim como nas demais hipóteses do parágrafo primeiro do artigo 115 da Lei de S.A., o acionista não poderá votar na deliberação em que se encontre na situação de dúvida.

A favor dos que se colocam nesta posição está a interpretação literal do próprio dispositivo mencionado, que não faz qualquer diferenciação entre as quatro hipóteses de conflito, tanto no que diz respeito à votação quanto na análise do conteúdo do voto. Sendo assim, se fosse intenção do legislador promover a distinção entre cada hipótese e sua respectiva possibilidade de voto, deveria haver menção expressa no texto legal.

Nesse caso, a verificação do conflito de interesses seria tão somente formal, e, via de consequência, anterior à deliberação, tendo em vista a potencialidade de dano a ser causado à companhia com o voto daquele sócio.

Não se requer a atualidade do dano, bastando sua potencialidade, o que quer dizer que uma das partes, no mínimo, cria o risco de prejuízo à outra. Se o prejuízo ocorre ou deixa de ocorrer, será a mesma situação: sempre se dá o conflito de interesses e sempre será ele sancionado, bastando a possibilidade da ocorrência, derivada da conduta da outra parte. (GUERREIRO, 2012, p. 683).

Por outro lado, há os que entendem ser o conflito de interesses hipótese de conflito substancial, também denominado material. Aqueles que se vinculam a tal corrente defendem que somente poderá se verificar se o acionista votou em detrimento dos interesses da companhia após a análise do conteúdo do seu voto.

Assim, seguindo esta interpretação, o artigo 115 disporia de dois tipos de conflito de interesse, o conflito formal e o conflito material.

(...) a doutrina criou dois tipos diversos de conflito de interesses para o voto de sócios em assembleias sociais: o conflito tem caráter formal quando o acionista está proibido ex ante de proferir o voto, o que ocorre com relação às duas primeiras matérias previstas no § 1º do art. 115, quais sejam, as “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”. Nessas situações, considera-se o acionista conflitado com o interesse social ipso facto, não devendo ser contabilizado o seu voto, caso proferido, para a constatação da maioria da assembleia. Se o presidente da mesa se abster de seu dever de desconsiderar a manifestação do sócio em conflito, os prejudicados poderão demandar a anulação do voto em juízo, devendo o magistrado ater-se, na concessão da medida pleiteada, aos critérios objetivos que estabelecem a impossibilidade absoluta daquele acionista votar, conforme previsto na lei.

O segundo tipo de conflito de interesses é o concernente ao exercício do direito de voto nas situações em que a lei societária se refere a potencial “interesse conflitante com o da companhia”. Essa hipótese é tida pela doutrina majoritária como geradora de conflito material (ou substancial), ou seja, sua caracterização exige a investigação substancial da situação conflituosa após a realização da assembleia e sem que o acionista esteja impedido de proferir o seu voto. Nessas situações, o controle do voto pende mais sobre a legitimidade do seu conteúdo e efeitos decorrentes da deliberação, segundo uma análise concreta do interesse social. Afirma-se, assim, que há uma verificação ex post factum de se a deliberação que contou com o voto do acionista em posição de potencial conflito de interesses veio, de fato, a causar prejuízos à companhia. (WALD, 2012, p. 218)

No mesmo sentido, Marcelo Lamy Rego segue a corrente defensora da análise de conflito de interesses sobre o critério substancial, ou seja, mediante o acompanhamento de perto sobre o voto e seu conteúdo, sem, contudo, tolher o direito do acionista de proferir sua manifestação de vontade.

O conflito de interesses, no entanto, não é matéria que possibilite o pré-julgamento do voto. Tanto que a própria LSA admite, por exemplo, o contrato da sociedade com o acionista (ou mesmo com o administrador), nos artigos 117, § I, letra (f), e I 56, § I. São casos em que acionista (ou administrador) e companhia estão em posições contrapostas (e, formalmente, em conflito), e nem por isso estão impedidos previamente

de agir. São vigiados de perto, com seu direito circunscrito por normas dispositivas que, uma vez quebradas, permitem a anulação do negócio e a cobrança dos danos havidos. Essa é também a regra que vale para o conflito de interesses no exercício do direito de voto. (REGO, 2009, p. 423)

Contrapostas as duas correntes, verifica-se que coexistem argumentos de importante relevo em cada uma destas. Contudo, mais importante que a análise dos critérios, para o presente trabalho, é o desmembramento do voto proferido em situação conflituosa visualizada sob a ótica da teoria dos jogos.

5 CONFLITO DE INTERESSES E TEORIA DOS JOGOS

Para análise do conflito de interesses sob o prisma da teoria dos jogos, é importante, inicialmente, a verificação do caráter do voto. Em várias oportunidades, o voto proferido com conflito de interesses corresponde a jogo cuja soma seja zero. Isso porque aquele que vota em conflito busca benefício próprio equivalente ao que a companhia perderia.

É o caso, por exemplo, do acionista que contrata com a sociedade por valor acima do praticado no mercado, sem justificativa de qualidade.

A teoria dos jogos, na situação de conflito descrita, serviria para fomentar a atuação de cooperação dos acionistas no momento de proferir o voto. É o que afirma Fábio Konder Comparato.

A questão do conflito de interesses é na verdade nuclear para o controle do exercício do poder pelo controlador e para a própria criação de um ambiente societário cooperativo. Aqui, a teoria dos jogos é de grande valia para demonstrar o porquê. (...) a moderna teoria dos jogos demonstra que o comportamento individual é fortemente influenciado pela estrutura de relacionamento interindividual. Se essa estrutura estimula a cooperação, haverá possibilidade de cooperação, caso contrário não. Dois elementos importantes para determinar essa estrutura são a reputação dos agentes e o próprio tipo de integração, ou seja, se é de soma zero (tudo que um ganha o outro perde) ou não. O primeiro elemento é relevante, pois se a reputação do segundo agente for individualista, o primeiro terá mais estímulo a um comportamento individualista (como ocorre no dilema do prisioneiro). Quanto ao segundo elemento, sua relevância decorre de sua própria efetivação. Interações que não são de soma zero podem trazer benefício a um jogador sem prejudicar o outro. O comportamento cooperativo é mais provável. Ora, a regra de conflito (sobretudo formal) pode influenciar decisivamente os dois fatores. De um lado, retirando o acionista das decisões em que tem interesse individual, impede a formação de uma

reputação individualista. A cooperação entre os acionistas é mais provável. De outro, a mesma proibição de voto em uma rodada de interação que seria seguramente de soma zero (pois havendo interesse individual envolvido em uma determinada decisão, tudo o que a companhia perder reverterá em benefício para o acionista) acaba por transformá-lo em interação de soma diferente de zero.

Aumenta ainda mais, portanto, a possibilidade de cooperação. A regra do conflito de interesses formal tem, portanto, dupla função. Além de evitar decisão seguramente prejudicial à sociedade, ajuda a formação de um ambiente cooperativo, fundamental para seu desenvolvimento. (COMPARATO, 2008, p. 388)

Verifica-se, portanto, que a teoria dos jogos no universo do conflito de interesses poderá servir não somente para a busca da vitória em determinada situação, mas também para instaurar, entre os acionistas, um ambiente de cooperação mútua, o qual será de grande valia para os acionistas e todos aqueles que se submetem de algum modo à companhia.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou abordar em breves laudas a questão do conflito de interesses na assembleia geral, pensada sob o prisma da teoria dos jogos. Tal teoria busca a aplicação de raciocínio lógico matemático às várias relações envolvendo as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, de modo a proporcionar ao agente a possibilidade de, na tomada de determinada decisão, avaliar e contar com todas as variáveis advindas da sua atitude.

No caso do exercício do direito de voto em situação de conflito, a teoria dos jogos é de grande valia, pois, quando utilizada, pode proporcionar um ambiente de cooperação mútua entre os acionistas, já que, a partir do momento que de fato, um acionista em situação de conflito abster-se de votar, em detrimento de seu próprio benefício, os demais participantes da assembleia perceberão o movimento em prol da companhia, e tenderão a comportar-se da mesma maneira.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa**. 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>> acesso em 06 ago. 2015.

ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa. **Teoria da escolha racional e teoria dos jogos: uma abordagem para os métodos de resolução de conflitos**. 2014. Disponível em: <<http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/escolha-racional-jogos-abordagem-conflitos-536427018>> acesso em 06 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1964. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm> Acesso em: 25 fev. 2015.

COITINHO, Viviane Teixeira Dotto; LIMA, Lizana Leal. **Meios alternativos de solução de conflitos: considerações acerca da teoria dos jogos**. 2011. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/pt-br/conteudo/meios-alternativos-de-solu%C3%A7%C3%A3o-de-conflitosconsidera%C3%A7%C3%B5es-acerca-da-teoria-dos-jogos> > acesso em 06 ago. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Abstenção de voto em conflito de interesses. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Org.) **Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa**. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 681-692.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REGO, Marcelo Lamy. Direito dos Acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Org.) **Direito das Companhias**. Rio de Janeiro: Forense. Volume I, 2009, p. 297-429.

SADDI, Jairo. Conflito de interesses no Mercado de Capitais. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos (Org.) **Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76**. São Paulo: Quartier Latin. 2007, p. 344-376.

SILVA, Fernando César Nilmer Moreira da. **Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos**. 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-18112009-093516/en.php>> acesso em 06 ago. 2015.

TEPEDINO, Ricardo. Assembléia Geral. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Org.) **Direito das Companhias**. Rio de Janeiro: Forense. Volume I, 2009, p. 871-1028.

WALD, Arnaldo. **Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.