

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 22

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2018

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Antônio José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

PARECERISTAS DESTA NÚMERO: Gerson Branco (UFRGS), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF) e Tula Wesendonck (UFRGS).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 22 (janeiro/junho 2018)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no primeiro semestre de 2020.

DA ELEIÇÃO INTERCALAR DE MEMBRO PARA CONSELHO FISCAL DE FUNCIONAMENTO PERMANENTE DE SOCIEDADE ANÔNIMA¹

MID-TERM ELECTION OF MEMBERS FOR THE COMPANY'S PERMANENT OPERATING FISCAL COUNCIL

Marcelo Vieira von Adamek

Resumo: O parecer analisa as razões pelas quais é lícito à minoria, a qualquer tempo, mesmo depois da assembleia geral ordinária, eleger membros para preencher as vagas a ela reservadas no Conselho Fiscal de funcionamento permanente. Sendo o Conselho Fiscal um instrumento de proteção à minoria acionária, e devendo a lei ser interpretada teleologicamente, de modo a efetivamente proteger, e não prejudicar, aqueles cujos direitos ela visa resguardar em cada caso, não é possível interpretar *a contrario* o art. 132, III, da Lei das S/A para impedir que os minoritários elejam os membros do Conselho Fiscal na forma do art. 161, §4º, “a” da mesma lei, depois da realização de AGO. Antes, deve-se levar em conta a previsão de que tais membros podem ser eleitos “a qualquer tempo” em assembleia geral (não necessariamente ordinária), conforme o art. 122, II, da Lei das S/A, e permitir sua eleição intercalar sempre que surjam razões para os minoritários os elegerem em AGE convocada especialmente para esse fim.

Palavras-chave: Direito societário. Sociedade anônima. Conselho Fiscal. Direito de minoria. Eleição em AGO ou AGE.

Abstract: The report analyzes the reasons why it is possible for the minority, at any time, even after the ordinary general meeting, to elect members to fill the vacancies reserved for it in the permanent

1 Artigo recebido em 10.06.2019 e aceito em 10.06.2020.

functioning Fiscal Council. Since the Fiscal Council is an instrument of protection for the minority shareholder, and the law must be interpreted teleologically, in order to effectively protect, and not harm, those whose rights it seeks to safeguard in each case, it is not possible to interpret the art. 132, III, of the Brazilian Companies Act to prevent minority shareholders from electing the members of the Fiscal Council pursuant to art. 161, §4, “a” of the same law, after the AGM. Rather, one must take into account the provision that such members may be elected “at any time” at a general meeting (not necessarily at the ordinary one), as foreseen in art. 122, II, of the Brazilian Companies Act, so as to allow their midterm election whenever reasons for minority shareholders to elect them in an EGM called especially for this purpose arise.

Keywords: Corporate law. Corporation. Fiscal Council. Minority shareholders’ rights. Elections in the AGM or EGM.

Sumário: 1. A Consulta. 2. Os quesitos da consulta. 3. Parecer Preliminar. 3.1. Introdução: a indispensável calibração teleológica do metro exegético; regras de *proteção à minoria* não devem ser aplicadas *contra a minoria*. 3.2. O direito de eleição pela minoria para integrar o Conselho Fiscal pode ser exercido a qualquer momento. 4. A inexistente vinculação do tema a regras do acordo de acionistas. 5. Abuso de minoria inexistente: “quem tem medo do fiscal?” 6. A indispensável concessão de tutela antecipada recursal. 7. Respostas aos quesitos.

1. A Consulta.

Por intermédio dos seus mui ilustres advogados, Drs. Eduardo Damiano Gonçalves, Arthur Gonzalez Cronemberger Parente e Bruno Barreto de Azevedo Teixeira, integrantes do respeitado escritório

“Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Advogados”, a Consulente ABC (Brazil) S/A (“ABC” ou “Consulente”) submete à nossa análise as principais peças dos autos da medida cautelar pré-arbitral proposta contra a acionista controladora Zeta Investimentos S/A (“Zeta”) e contra a companhia Gama Brasil S/A (“Gama” ou “Companhia”) perante o V. Juízo de Direito da Segunda Vara Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da Capital deste Estado (processo nº ...), tendo por objeto assegurar o exercício do direito essencial de fiscalização da gestão social (LSA, art. 109, III), através da eleição de membros para compor o Conselho Fiscal da Companhia (LSA, art. 161, § 4º); *em caráter de urgência*, por isso, a Consulente solicita o nosso parecer preliminar a propósito das questões jurídicas debatidas na causa e, para tanto, esclarece sumariamente os fatos na consulta adiante transcrita e, ao final, formula os pertinentes quesitos.

Na qualidade de acionista minoritária detentora da relevante participação de 49,41% da companhia Gama Brasil S/A (“Gama” ou “Companhia”), a Consulente ABC (Brazil) S/A (“ABC” ou “Consulente”) ingressou com medida cautelar pré-arbitral, visto que a acionista controladora Zeta Investimentos S/A (“Zeta”), detentora dos restantes 50,59% das ações ordinárias (e que já convencionou a alienação destas à Consulente), em violação ao estatuto social e à Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976 ou “Lei das S/A”), obsteu – por si e através de prepostos indicados para ocupar os órgãos sociais – a eleição pela Consulente de membros para compor o Conselho Fiscal da Companhia. O que sucedeu foi o seguinte.

Uma vez que atende o pressuposto legal (LSA, art. 161, § 4º), a ABC pretendeu eleger membros para compor o Conselho Fiscal e, para tanto, em 10.09.2018 apresentou pedido de convocação de Assembleia Geral da Gama (LSA, art. 123, par. ún., c).

No entanto, o pedido da ABC foi indeferido pelo Presidente da Companhia, que negou a inclusão do pedido da Consulente de eleição de membros do Conselho Fiscal no edital de convocação do conclave, sob o pretexto de que “a constituição de Conselho Fiscal de

funcionamento permanente – como é o da Gama conforme o artigo 26 do Estatuto Social – consiste na eleição de seus membros, em Assembleia Geral Ordinária, para o próximo mandato definido no Estatuto Social” e, portanto “é nessa ocasião que a Lei das Sociedades por Ações assegura a acionistas minoritários, observadas certas condições, a eleição de membro do Conselho Fiscal em votação separada”. Assim, “por esse motivo, dado que a ABC não exerceu o direito à eleição em separado de membro do Conselho Fiscal na AGO 2018, quando tal órgão foi constituído para o mandato em curso, a Gama não incluiu essa matéria na ordem do dia da AGE”.

Após a insistência fundamentada da Consulente, a Zeta acabou por incluir a eleição de membro do Conselho Fiscal no edital de convocação da Assembleia Geral Extraordinária (“AGE”) de 20.10.2018. Ocorre que, na referida AGE, a Zeta insistiu na sua tese de que a eleição em separado pela ABC de membro do Conselho Fiscal somente poderia ocorrer em Assembleia Geral Ordinária (“AGO”); e, na mesma ocasião, a Zeta simplesmente votou pela retirada de pauta de tal deliberação por tempo indeterminado.

A posição da ABC é de que a Zeta se recusou a reconhecer o mais elementar direito da Consulente na condição de acionista da Gama: o direito de fiscalizar a gestão da Companhia na forma da lei – direito essencial previsto no art. 109, III, da Lei das S/A. Impediu-se a acionista minoritária de eleger membro para compor o Conselho Fiscal (LSA, art. 161, § 1º).

Segundo a ABC, a eleição de membro para compor o Conselho Fiscal da Companhia na atual conjuntura se faz ainda mais importante, tendo em vista: (i) a contínua atuação abusiva da Zeta na qualidade de controladora da Gama; (ii) o fato de a ABC ser titular de 49,41% do capital social da Gama e, portanto, deter interesse mais do que legítimo em verificar como esse relevante investimento é gerido pelos membros da administração eleitos em praticamente a sua totalidade pela Zeta; (iii) o fato público e notório da família controladora da Zeta, com destaque para os irmãos Fulano e Beltrano Silva, estar

envolvida em inúmeros escândalos de corrupção a comprometerem várias empresas do grupo – inclusive a Gama – em seus reprováveis ilícitos; e (iv) o Conselho Fiscal compor-se apenas de membros eleitos pela Zeta e, como tal, hoje ser órgão meramente formal e, pois, uma burocracia ineficiente.

A ABC ainda afirma que já desembolsou cerca de R\$ 3.800.000.000,00 (três bilhões e oitocentos milhões de reais) para titular a relevante participação de 49,41% do capital social da Companhia e, inclusive, mantém depositado em conta bancária a quantia de mais de R\$ 11.000.000.000,00 (onze bilhões de reais) para poder adquirir o restante do capital social, nos termos do Contrato de Compra e Venda sobre ditas ações, e só não conseguiu ainda consumir essa operação porque a Zeta – que se obrigou a vender as ações, mas se opõe vigorosamente à fiscalização da Companhia e dos administradores de sua indicação pelo Conselho Fiscal – vem criando toda uma sorte de obstáculos infundados. É nesse cenário, aliás (e por conta dele), que a ABC alega que suas desconfianças exponencializaram nos últimos tempos e justificam a indicação que deseja fazer de fiscais, em respeito ao direito essencial que lhe assiste de supervisionar os negócios da Companhia.

Afirma ainda a ABC que, se não lhe for prontamente concedida a tutela de urgência pretendida, ver-se-á perecer completamente o seu direito de fiscalizar as atividades da Companhia até abril de 2019, quando um novo Conselho será eleito por ocasião da Assembleia Geral Ordinária que deliberar sobre as contas da administração da Gama do exercício social e ano fiscal findo em 31 de dezembro de 2018; ou seja, a fiscalização sobre o exercício em curso ficará prejudicada. Além disso, considerando o fato de a Gama estar sendo administrada pela Zeta – empresa cuja reputação é amplamente reconhecida –, alega a ABC que permitir que um dos meios mais eficientes de controle exercidos pelo acionista minoritário pereça seria uma perda irreparável, que não pode ser tolerada pelo Poder Judiciário.

Entretanto, em que pesem as fundadas alegações da Consultante, a liminar foi indeferida pelo MM. Juízo *a quo*, que entendeu

que não se fariam presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência, essencialmente por considerar que: (i) há um acordo de acionistas a disciplinar o relacionamento entre a Consulente e a Zeta, em que pese tenha o próprio Juiz reconhecido que nele nada se dispôs sobre o Conselho Fiscal; (ii) a Consulente não exerceu o direito de indicar membros para compor dito órgão na Assembleia Geral Ordinária da Companhia que se realizou em 20.04.2018 e a regra sobre a indicação pela minoria de membros para compor o órgão “deve ser aplicada no momento da constituição do Conselho Fiscal”; e (iii) no atual momento, “sem a vontade concorrente da Zeta, a imposição de uma nova eleição ao sócio majoritário pressuporia previsão no acordo de acionistas, o que se existe não foi comprovado” (sic).

Eis, em breve síntese, os fatos relevantes.

2. Os quesitos da consulta.

Expostos assim os fatos relevantes para a causa, a Consulente formula os seguintes quesitos:

(1) – Considerando que (i) o art. 109, III da Lei das S/A prevê ser direito fundamental do acionista a fiscalização da Companhia; (ii) o Estatuto da Gama prevê que o Conselho Fiscal é permanente e será composto por 3 a 5 membros; (iii) o art. 122, II, da Lei das S/A afirma que é prerrogativa da assembleia geral eleger e destituir membros do Conselho Fiscal a qualquer momento; (iv) a ABC detém mais de 49% do capital social da Gama; (v) o art. 161, § 4º, da Lei das S.A. prevê o direito do acionista minoritário com mais de 10% das ações eleger, em separado, membro para o conselho fiscal; (vi) atualmente há 3 conselheiros no Conselho Fiscal da Gama, a ABC tem o direito de eleger, em separado, membro para o Conse-

lho Fiscal, ainda que depois da Assembleia Geral Ordinária ('AGO') em abril de 2018 que elegeu os membros que hoje atuam no órgão?

(2) – É necessário aguardar a próxima AGO para que a ABC possa exercer seu direito de eleger, em separado, membro para o CF?

(3) – O fato de a ABC não ter comparecido à AGO realizada em abril de 2018 lhe priva do direito de eleger, em separado, um membro para o Conselho Fiscal, a qualquer tempo?

(4) – O exercício pela ABC do direito de eleger, em separado, um membro para o Conselho Fiscal depende de aprovação ou concordância do acionista majoritário?

(5) – O direito da ABC perecerá caso o TJSP aguarde a constituição do tribunal arbitral, especialmente considerando que o tribunal não estará formado antes de abril de 2019, quando ocorrerá a próxima AGO, e que perder-se-á o direito de fiscalizar a companhia entre 2018 e 2019, caso sejam aprovadas as contas da administração?

Passemos, pois, a expor o nosso entendimento sobre o caso.

3. Parecer Preliminar.

3.1. Introdução: a indispensável calibração teleológica do metro exegético; regras de *proteção à minoria* não devem ser aplicadas *contra a minoria*.

Sem prejuízo dos argumentos que, a seu tempo e modo, ainda venham a ser ulteriormente desenvolvidos em parecer definitivo, e

ressalvadas as limitações impostas pela urgência do caso nesta etapa, de partida afigura-se-nos muito importante observar que *o correto equacionamento do problema central envolvido na consulta pressupõe, antes de mais nada, que na interpretação e na aplicação das normas jurídicas o intérprete tenha sempre em conta os interesses tutelados e os fins a que elas se destinam.*

No caso, de rigor lembrar que, dentre os direitos essenciais de acionista – assim entendidos aqueles inerentes ao *status socii* e que, como tais, não podem ser restringidos ou limitados pelo estatuto ou pela assembleia geral –, destaca-se o direito de fiscalizar a gestão social na forma da lei. É o que se colhe da letra do art. 109, III, da Lei das S/A:

Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia geral poderão privar o acionista dos direitos de:
«*omissis*»

III – *fiscalizar, na forma prevista nesta lei, a gestão dos negócios sociais;*
«*omissis*»

§ 2º. *Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia geral* (grifos do autor).
«*omissis*»

Dentre os meios que a lei confere ao acionista para assegurar o exercício do direito essencial de fiscalização, sobressai, no que aqui mais nos interessa, o poder da minoria de indicar membros para compor o Conselho Fiscal da Companhia (LSA, art. 161, § 4º), tido por muitos estudiosos como “um dos mais expressivos direitos de proteção”.²

2 REQUILÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 77 – para quem “a representação da minoria constitui um dos mais expressivos direitos de proteção”.

No desenho da atual Lei de Sociedades por Ações, o Conselho Fiscal indubitavelmente “constitui o instrumento interno, orgânico e institucionalizado, para o exercício da fiscalização por parte dos acionistas”.³

Trata-se, ademais, de órgão que tem a sua atuação voltada sobretudo à *proteção da minoria* acionária. “A forma como o legislador de 1976 disciplinou o conselho fiscal” – frisa José Waldecy Lucena – “indica, sem qualquer entredúvida, ter tido sua atenção voltada para os minoritários. Mesmo porque, como parece óbvio, os majoritários ou assumem, eles próprios, os cargos de administração da companhia, ou elegem administradores de sua confiança para os exercer, nenhum sendo, de conseguinte, seu interesse na fiscalização das contas e da gestão da companhia”.⁴

Por isso – e por mais intuitivo que seja dizê-lo – a interpretação de suas regras não deve ser feita de forma contrária aos fins a que o órgão se destina ou aos interesses dos minoritários que se buscam preservar. Por outras palavras, não é possível que, na compreensão da disciplina legal, se possa prestigiar exegese que, em termos práticos, reduza a eficácia fiscalizatória do órgão ou prejudique a atuação de não controladores.

A interpretação da lei há de ser, antes de tudo, teleológica.⁵

3 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. III, p. 198. Para Osmar Brina Correa Lima, “no seio da companhia, a *principal forma* prescrita em lei para a fiscalização dos negócios sociais encontra-se no capítulo disciplinador do Conselho Fiscal” (grifos do autor). (*O acionista minoritário no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 30).

4 LUCENA, José Waldecy. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 2, n. 8, p. 671. Cf. ainda sobre o tema: LACERDA, J. C. Sampaio de. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 218; e LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Advocacia de empresas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 41-44.

5 “Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo”, já dizia Carlos Maximiliano, “e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de

Portanto, e assim também pensa Nelson Eizirik, “é necessário que as normas que regulam [o Conselho Fiscal] sejam interpretadas de modo a alcançar as finalidades para as quais foi instituído. Deve-se, por um lado, interpretar as normas que tratam de seu funcionamento e da sua composição de forma a *facilitar, e não dificultar*, a sua instalação – quando não permanente – e *a permitir a presença de membros eleitos pelos acionistas minoritários*; afinal, *a principal justificativa da existência do órgão é a de possibilitar a fiscalização de administradores por parte dos acionistas não controladores*”.⁶

Ou seja, para além de órgão social, o Conselho Fiscal é antes de tudo instrumento de proteção à minoria, e esse é um vetor do qual o intérprete não pode se esquecer ou pretender se desvencilhar.

De resto, tão ou mais importante do que prever regras jurídicas de *proteção à minoria* é a disposição do aplicador da lei em torná-las efetivas, e não em meras promessas vazias.⁷ É essa a relevantíssima advertência do excepcional jurista alemão Herbert Wiedemann sobre o real papel do jurista:

modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construíam a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical” (grifos do autor). (Hermenêutica e aplicação do direito. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, nº 161, p. 139).

6 EIZIRIK, Nelson. Op. cit. p. 199 (grifos do autor).

7 Conforme destacamos em outro estudo, “a proteção à minoria não é somente um imperativo ético-social; é, para além disso, uma exigência essencial ao próprio funcionamento das sociedades. Sem mecanismos de tutela dos sócios, não iriam as sociedades exercer o relevante papel de captação de recursos para a exploração e consecução de um fim comum: não haveria o fenômeno da colaboração” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014, nº 2.3, p. 52). De mais a mais, como bem destacaram Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, “é evidente que ninguém participaria de uma sociedade em que a maioria pudesse tudo, inclusive deliberar no seu exclusivo interesse, ou contra o interesse da sociedade, ou em que imperasse a *lei da selva*” (*A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 161).

<p>“Wichtiger als ein geeignetes Rechtsprinzip sind Bewusstsein und Wille der Juristen, der Minderheit in einem Verband, dem unterlegenen Vertragspartner oder allgemein den benachteiligten Personen und Gruppen der Gesellschaft Rechtsschutz zu gewähren. Solange Rechtsprechung und Wissenschaft sich nur berufen fühlen, die <i>äußere Legalität</i>, nicht jedoch die <i>innere Sachgerechtigkeit</i> privatrechtlicher Gestaltungen nachzuprüfen, bleiben auch vorhandene gesetzliche Anknüpfungsmöglichkeiten ungenutzt”.⁸</p>	<p>“Mais importante do que princípios jurídicos adequados são a consciência e a vontade dos juristas de conceder proteção jurídica adequada à minoria em uma organização societária, à parte contratual inferiorizada ou em geral às pessoas e grupos desfavorecidos na sociedade. Enquanto a jurisprudência e a doutrina apenas se sentirem instadas a examinar unicamente a <i>legalidade extrínseca</i>, não porém a <i>justiça substancial</i> dos mecanismos jurídicos, as possíveis conexões legais existentes permanecem subutilizadas”.⁸</p>
---	---

Dito isso, vejamos o caso concreto.

3.2. O direito de eleição pela minoria para integrar o Conselho Fiscal pode ser exercido a qualquer momento.

Para negar o direito da Consulente a eleger membros para integrar o Conselho Fiscal, valeu-se o sobrinho de Fulano & Beltrano Silva do pretexto de que, sendo o órgão de funcionamento permanente, somente na Assembleia Geral Ordinária da Companhia é que poderia a minoria eleger os membros de sua indicação e, como isso não ocorreu no conclave do início de 2018, apenas em 2019 é que poderá a Consulente voltar a fazê-lo.

Trata-se, a nosso ver, de claro sofisma.

⁸ WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht*, Band 1 – *Grundlagen*. München: C. H. Beck, 1980, § 8 II, p. 425.

Se é certo que os administradores e fiscais devam ser eleitos na Assembleia Geral Ordinária, “*quando for o caso*” (LSA, art. 132, III), nota-se, “quando for o caso”, tal não significa, por óbvio, que essa eleição não possa se dar em outro conclave. Não é possível interpretar a regra *a contrario sensu* para dela extrair a proibição de que tal se dê em outro momento.⁹

E assim é porque, na estrutura orgânica da sociedade anônima, a Assembleia Geral, pouco importando o tempo em que se a reúna, é sempre o mesmo órgão; é sempre soberana; tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento (LSA, art. 121) e pode “*a qualquer tempo*”, insista-se, “a qualquer tempo” deliberar sobre a eleição ou destituição de administradores e fiscais, nos termos do que expressamente se prevê no art. 122, II, da Lei das S/A:

Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral:

«*omissis*»

II – *eleger* ou destituir, *a qualquer tempo*, os administradores e *fiscais da companhia*, ressalvado o disposto no inc. II do art. 142; (grifos do autor)

«*omissis*»

Não é por outra razão que, amparado na interpretação sistemática da Lei das S/A e nas regras expressas de seus arts. 121 e 122, II, também Nelson Eizirik observa que “a competência para a eleição

⁹ O argumento *a contrario sensu*, “muito prestigioso outrora, mal visto hoje pela doutrina, pouco usado pela jurisprudência” e que, ainda nas palavras de Carlos Maximiliano, constitui “meio de dedução e de desenvolvimento legislativamente, só adotável cautamente” (Op. cit., nº 296, p. 221-222), não pode ser validamente utilizado na espécie porque, em outros preceitos, a competência do órgão é ampla, como adiante se verá. Na realidade, à interpretação do art. 132, III, da Lei das S/A, deve-se aplicar a parêmia oposita: *positio unius non est exclusio alterius* – a especificação de uma hipótese não redundante em exclusão das demais.

e destituição dos administradores” [e o mesmo certamente vale para conselheiros fiscais] “é, em regra, da assembleia geral ordinária, mas *nada impede que a assembleia geral extraordinária delibere, quando necessário, sobre essa matéria*”.¹⁰

A bem dizer, não são sequer raras ou incomuns as hipóteses em que na Assembleia Geral Ordinária remanescem cargos vagos e que em ulterior conclave os membros faltantes do órgão são escolhidos. Trata-se de ocorrência algo corriqueira, tanto no preenchimento de cargos da administração como naqueles em órgãos de fiscalização.

O que é raro e incomum, mas bastante eloquente sim, é que o controlador queira, depois disso, bloquear o preenchimento dos cargos vagos e reservados à minoria (LSA, art. 161, § 4º, *a e b*). *Cui bono?*

Carece, outrossim, de qualquer fundamento o argumento trazido aos autos pela Zeta de que “o tamanho do Conselho Fiscal é definido na sua constituição, conforme decisão tomada na AGO que antecede cada mandato, por meio de votação majoritária”.¹¹ Isso porque não cabe ao controlador definir o número máximo de conselheiros fiscais a cada mandato, sob pena de violar o direito dos minoritários de eleição em separado de membro do Conselho Fiscal. O que cabe ao controlador, segundo o art. 161, § 4º, *b*, da Lei das S/A é ele-

10 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. vol. II, p. 33. *Cf.* na mesma linha a boa lição de Ricardo Tepedino: “o inciso II do artigo 122 da LSA confere à Assembleia Geral, seja ela ordinária ou extraordinária, competência para ‘eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia’. Por conseguinte, *seja ordinária ou extraordinária a assembleia, ela sempre poderá eleger* (e destituir) *membros* da administração ou *do Conselho Fiscal da companhia*, tanto porque vacante algum cargo (inclusive por força da destituição de alguém na própria reunião), ou porque o Conselho Fiscal tenha se instalado ou, em reforma estatutária, novos cargos na administração tenham sido criados” (grifos do autor) (TEPEDINO, Ricardo. *Assembleia geral ordinária*. In: FILHO, Lamy Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). *Direito das companhias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 721). *Cf.* por fim: “Em caso de vacância (*v.g.*, morte, renúncia, sobrevinda incapacidade), *a eleição pode ser feita, no curso do exercício social, por uma assembleia geral extraordinária*” (grifos do autor). (CAMPINHO, Sérgio. *Curso de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, nº 14.3, p. 396).

11 *Cf.* fls. 504 do processo nº ...

ger a *maioria* dos membros do conselho, mas não limitar o tamanho do referido órgão de modo a impedir que o minoritário exerça a sua prerrogativa de eleição em separado. De novo, não deve o intérprete esquecer a teleologia do instituto.

Além disso, soa um tanto quanto contraditória a exegese defendida pela Companhia de que, diante de Conselho Fiscal de funcionamento apenas facultativo, o minoritário possa a qualquer tempo exigir a instalação do órgão e eleger os seus membros, e, de outro lado, diante de um Conselho Fiscal de funcionamento permanente – e que, como tal, deveria ser ainda mais efetivo para a minoria – esta não possa então a qualquer tempo eleger os membros nos cargos que lhe são reservadas e ainda hoje estão vagos. A seguir-se por essa linha, então, ter-se-ia a inusitada situação em que um Conselho Fiscal de funcionamento permanente é pior e mais restritivo para a minoria do que aquele de funcionamento meramente eventual! Não faz o mínimo sentido; é exegese que se aparta dos vetores acima referidos.

Por fim – e a revelar a nosso sentir a insustentabilidade da tese defendida pelo controlador – vale destacar que o argumento em que este se fia (segundo o qual, diante de Conselho Fiscal de funcionamento permanente, a eleição apenas poderia se dar na Assembleia Geral Ordinária) é categoricamente desmentido pela *letra expressa do estatuto social* da Companhia, que permite a eleição a qualquer tempo:

CAPÍTULO V

CONSELHO FISCAL

Artigo 26. O Conselho Fiscal funcionará de modo permanente, com os poderes e as atribuições a ele conferidos por lei e compor-se-á de, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros efetivos e suplentes em igual número, acionistas ou não, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pela Assembleia Geral.

«omissis»

Parágrafo 5º. Ocorrendo a vacância do cargo de membro do Conselho Fiscal, o respectivo suplente ocupará seu lugar. Não havendo suplente, a Assembleia Geral será convocada para proceder à eleição de membro para o cargo vago (grifos do autor).

Ou seja, a interpretação da Companhia e do seu controlador, em realidade, contraria a literalidade do estatuto social e, admitida que fosse, reduziria a regra estatutária à completa inutilidade: a eleição, neste caso, não se daria “*a qualquer tempo*”.

Ora, se o estatuto social prevê que o Conselho Fiscal é de funcionamento permanente e se, ainda assim, taxativamente permite a eleição de seus membros “*a qualquer tempo*”, *tollitur quaestio*.

Por isso, quer seja diante da literalidade da lei acionária (LSA, arts. 109, III e § 2º, 121, 122, II, e 161, § 1º), quer seja à vista da expressa regra estatutária, não temos dúvida alguma em assentar que, *desde que interpretada a lei acionária em conformidade com os fins a que se destina e os interesses que busca tutelar, a Consulente encontra-se plenamente legitimada, como acionista minoritária, a eleger em separado membros para compor o Conselho Fiscal em Assembleia Geral que, a seu pedido, venha a ser convocada, para preencher os cargos, que para a minoria estão reservados e hoje ainda vagos*.

4. A inexistente vinculação do tema a regras do acordo de acionistas.

A conclusão a que se chegou nos itens precedentes, sob todas as luzes, não é em nada abalada pelo fato de haver um acordo de acionistas celebrado em 02.09.2017 entre a Zeta Investimentos S/A e ABC (Brazil) S/A, bem ao contrário do que se entendeu em primeira instância.

Dito acordo de acionistas, basta se leia, não disciplina em nenhum momento a forma de preenchimento do Conselho Fiscal da Companhia; não há nele sequer uma disposição genérica à qual o intérprete pudesse se aferrar – mas que, de toda forma, como disposição genérica também sempre seria ineficaz e, portanto, também não vincularia ninguém.

Logo, silente o acordo de acionistas, a conclusão a extrair-se é necessariamente em sentido diametralmente oposto àquela trilhada pelo ilustre Juiz de primeira instância: simplesmente *não pode haver vinculação onde não existe sequer estipulação*.

Acordo de acionistas não pode gerar uma genérica vinculação para refrear o exercício de direitos que nele sequer estão regulados!

Até porque, admitida que fosse a genérica vinculação a acordo em aberto, ter-se-ia, em realidade, vero pacto de submissão, ou sujeição – eis que, tendo o controlador a maioria dentro do grupo, a sua vontade sempre prevaleceria e se imporá aos demais, pouco importando o objeto.

O absurdo fala de per si e a doutrina é uníssona ao apontar a ilegalidade de uma tal situação:

4.6. Ilicitude em razão do objeto indefinido ou ausência de diretriz – as cláusulas vazias. (...) É indispensável que haja determinação das matérias que serão objeto do acordo de controle e do acordo de voto dos minoritários. Não pode a avença ser universal, pois isso representaria uma delegação de voto plena, sem um objetivo claro que pudesse ser cotejado com o interesse social. Os acordos de controle que contêm cláusulas vazias são inválidos e ineficazes quanto aos votos dos seus participantes ou dos administradores vinculados. (...) Insista-se que deve, necessariamente, o acordo de controle conter, *numerus clausus*, as matérias de natureza relevante ou ex-

traordinária que poderão, a cada evento futuro, vincular os administradores, sejam elas de natureza anual ou plurianual, como é o caso dos planos de investimento. Assim, a inespecificidade das matérias torna inválido e ineficaz o acordo, seja com respeito aos próprios signatários, seja quanto aos administradores eleitos pela comunidade de controle.¹²

Ou seja, não há razão jurídica alguma para supor que, pelo só fato de haver um acordo de acionistas, temas que nele não foram tratados (mas que estão regulados na lei acionária) estejam só por isso submetidos à deliberação dos convenientes.

5. Abuso de minoria inexistente: “quem tem medo do fiscal?”

Além de não haver vinculação do tema a acordo de acionistas, também não vemos aderência à realidade na velada insinuação de abuso de minoria – em razão de ter a Consultante só agora pretendido eleger os membros, quando antes não o fez e nem compareceu na Assembleia Geral Ordinária do início do ano.

Abuso de minoria, conforme explicamos em obra específica sobre o tema, *não pode ser simplesmente presumido*, intuído ou ser

12 CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas – homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011, nº 4.6, p. 83-84. *É inválido o acordo pelo qual o acionista “obriga-se a (...) manifestar o seu voto de modo que no futuro vier a ser determinado por outro acionista”* (grifos do autor). (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Acordo de acionistas*. In: FILHO, Lamy Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). *Direito das companhias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 332). Cf. no mesmo sentido: BARRETO, Celso de Albuquerque. *Acordo de acionistas*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 64; FILHO, Celso Barbi. *Acordo de acionistas*. Rio de Janeiro: Del Rey, 1993, p. 97 (acrescentando que o acordo “não pode ter por objeto a exclusão de direitos que lei essenciais que a lei assegura aos acionistas”); e CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 186 (anotando que “os acordos de acionistas deverão, pois, explicitar os objetivos e o sentido do exercício uniforme do voto, *não sendo válidos os acordos em aberto*”) (grifos do autor).

apenas retoricamente afirmado. Antes, é necessário que se demonstre a presença dos seus estritos pressupostos.¹³

Além disso, em relação ao Conselho Fiscal – que, se de um lado, não deve ser entendido apenas como instrumento da minoria societária (porquanto nele se fazem presentes, sempre em maior número, pessoas eleitas pelo controlador), de outro é sim mecanismo de proteção à minoria e de efetivação do direito essencial de fiscalização – os abusos que nesse órgão podem se verificar são *ou* por parte da atuação dos próprios fiscais *ou* pelos seus eleitores, caso estes escolham pessoas inidôneas,¹⁴ uma e outra hipóteses que simplesmente não podem ser de antemão presumidas para, em última análise, negar o que a lei concede.¹⁵

Os membros do Conselho Fiscal eleitos pela minoria terão para com a Companhia e os seus acionistas os mesmos deveres daqueles eleitos pelo controlador (LSA, art. 165).

13 É o que destacamos na obra antes já citada: “O abuso da minoria, por princípio, não se presume. Necessita ser provado pelo que o procura estabelecer. E substancialmente fundamentado pelo juiz. ‘O só fato que a maioria deseja qualquer coisa’, dizia Friedrich August von Hayek, ‘não basta para considerar bom o que ela deseja’ (...). Deve o julgador ter a devida cautela na análise do caso, certificando-se de que realmente é a parte queixosa que tem razão e, portanto, não é ela própria quem deseja, pela acusação de abuso feita à minoria, aniquilar quem tenha ousado desafiá-la. A visão dos tiranos, conforme observou Maurice Lately, ‘é sempre distorcida a seu favor: O inferno são os outros, em ninguém a frase famosa de Sartre se adapta melhor que nos tiranos, para quem todos aqueles que não são apenas o prolongamento de seu próprio ego, que não são joguetes para os seus objetivos, passam a ser o inferno. Quem quer que impeça a ampliação de seu poder deve ser esmagado (...). Assim o relacionamento natural entre tiranos, com algumas exceções, é a do chefe com o títere” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. Op. cit. p. 334-335).

14 Cf. *Ibidem*. p. 200-201.

15 Cf.: “A mera suposição de que a pessoa indicada pelos minoritários poderá atuar contra a companhia, desvirtuando a finalidade da fiscalização, não justifica a conduta do controlador, excluindo a participação dos minoritários, ainda mais quando a legislação pertinente prevê os deveres e responsabilidades do administrador, munindo a empresa dos instrumentos necessários para agir contra o faltoso” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 17ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 2000.002.06318. Relator: Des. Fabricio Paulo B. Bandeira Filho. Data de Julgamento: 09 ago. 2000. Data de Publicação: 18 ago. 2000).

No caso, as razões para que se pretenda eleger os membros para os cargos vagos do Conselho Fiscal apenas nesta etapa são estridentes, e surgiram precisamente quando a Zeta, de Fulano & Beltrano, passaram a criar toda uma gama de dificuldades para que a Consulente pudesse pré-pagar todas as dívidas da Companhia, tendo a Consulente em caixa e à disposição a quantia líquida de R\$ 11.000.000.000,00 (onze bilhões de reais)!

Quem afinal tem medo do fiscal? Eis a pergunta realmente importante.

6. A indispensável concessão de tutela antecipada recursal.

Por fim, não se vislumbra óbice algum à concessão da tutela de urgência pretendida pela Consulente.

O argumento *ad terrorem* da satisfatividade da tutela pleiteada é, de fato, *mais brilhante do que sólido*.

O dogma da suposta inadmissibilidade da concessão de liminares satisfativas, de há muito, está superado. Como todos bem sabem, em inúmeras oportunidades, o tempo coloca ao Magistrado o dilema do tempo do processo – que não é indiferente para o resultado útil da tutela perseguida e a preservação do direito ameaçado. Diante dele, cabe ao juiz decidir sobre qual deva então ser o interesse a preponderar. E para isso há critérios.

No caso, se não se conceder de pronto a tutela pretendida, o tempo fulminará o direito (político) do minoritário de eleger os membros para preencher os cargos vagos no Conselho Fiscal e, conseqüentemente, a fiscalização das contas do exercício em curso restará prejudicada.

O *periculum in mora*, portanto, é estridente: o risco de perecimento do direito não é potencial; é um dado concreto.

O *fumus boni juris* é igualmente incontroverso – e aqui o signatário se reporta a tudo o que restou antes explicado.

Para além disso, no entanto, dois outros aspectos reforçam a necessidade de imediata tutela, a saber: (i) a concessão da tutela antecipada nenhum prejuízo digno de nota causará à Companhia ou mesmo ao controlador (pois o órgão já está constituído, o preenchimento dos cargos vagos não alterará a sua maioria, que continuará a ser do controlador, e, portanto, não há *periculum in mora* reverso algum); e (ii) se não for concedida a liminar, o direito do Consulente perecerá e, ao fim do processo, *não haverá reparação econômica adequada*.

Aplicam-se aqui à perfeição, por isso mesmo, as sempre precisas lições de José Ignácio Botelho de Mesquita, saudoso Professor Titular de Processo Civil da USP, para quem, em casos que tais, *a concessão de tutela antecipatória não é só possível, mas é obrigatória*; é obrigatória:

(...) quando a satisfação o direito pela via específica só é possível em tempo inferior ao demandado pelo processo e, em se tratando de direito susceptível de mensuração econômica (direitos alienáveis), a satisfação pela via subsidiária da reparação em dinheiro seja faticamente impossível.¹⁶

Em suma, a nosso ver, a tutela pretendida pela Consulente pode e deve ser prontamente deferida. Como explicou Herbert Wiedemann na lição acima transcrita, não basta prever regras de proteção à minoria; é sobretudo necessária a disposição do julgador em torná-las efetivas.

16 MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3, p. 215. Acrescentou ainda o Mestre que, se tratasse de direito susceptível de mensuração econômica (o que nem sequer é a hipótese em análise), “mas a satisfação seja faticamente difícil”, ainda assim ao juiz seria permitida a concessão da tutela antecipatória.

7. Respostas aos quesitos.

Isto posto, passamos a responder aos quesitos formulados:

(1) – Considerando que (i) o art. 109, III da Lei das S/A prevê ser direito fundamental do acionista a fiscalização da Companhia; (ii) o Estatuto da Gama prevê que o Conselho Fiscal é permanente e será composto por 3 a 5 membros; (iii) o art. 122, II, da Lei das S/A afirma que é prerrogativa da assembleia geral eleger e destituir membros do Conselho Fiscal a qualquer momento; (iv) a ABC detém mais de 49% do capital social da Gama; (v) o art. 161, § 4º, da Lei das S.A. prevê o direito do acionista minoritário com mais de 10% das ações eleger, em separado, membro para o conselho fiscal; (vi) atualmente há 3 conselheiros no Conselho Fiscal da Gama, indaga-se: a ABC tem o direito de eleger, em separado, membro para o Conselho Fiscal, ainda que depois de Assembleia Geral Ordinária (“AGO”) em abril de 2018 que elegeu os membros que hoje atuam no órgão?

R: Sim, sem dúvida. Diante da literalidade da lei acionária (LSA, arts. 109, III e § 2º, 121, 122, II, e 161, § 1º) e diante da conformação da regra estatutária (que, mesmo sendo o órgão de funcionamento permanente, prevê a possibilidade de eleição de membros “a qualquer tempo”), não temos dúvida alguma em assentar que, desde que interpretada a lei acionária em conformidade com os fins a que se destina e com os interesses que busca tutelar, a Consulente encontra-se plenamente legitimada, como acionista minoritária, a eleger em separado membros para compor o Conselho Fiscal em Assembleia Geral que, a seu pedido, venha a ser convocada, para assim preencher os cargos, que para a minoria estão legalmente reservados e ainda hoje estão vagos.

(2) – É necessário aguardar a próxima AGO para que a ABC possa exercer seu direito de eleger, em separado, membro para o CF?

R: A resposta é não, de forma alguma. O direito do minoritário de eleger pessoas para ocuparem no Conselho Fiscal as vagas que lhe são reservadas pode ser exercido a qualquer tempo e, portanto, até

no curso do exercício social, tanto em sede de AGO como de AGE. É o que se extrai da interpretação dos arts. 109, III, 121, 122, II, e 161, § 1º, da Lei das S/A e do art. 26, caput e § 5º, do estatuto social da Companhia. A interpretação contrária, à qual se aferram os que querem a todo custo impedir o exercício do direito de fiscalização (e o porquê o querem obstar é a dúvida que fica) parte do absurdo pressuposto de que, quem pode o mais (= pedir a instalação e eleger os membros de um Conselho Fiscal não-permanente) não pode o menos (= eleger os membros do Conselho Fiscal nas vagas que para tanto se encontram reservadas); mais do que isso, a interpretação contrária torna letra morta a regra estatutária que permite a eleição de fiscais a qualquer tempo.

(3) – O fato de a ABC não ter comparecido à AGO realizada em abril de 2018 lhe priva do direito de eleger, em separado, um membro para o Conselho Fiscal, a qualquer tempo?

R: Evidentemente, não. O fato de a ABCs compreensivelmente não ter comparecido à AGO de 2017 – quando se previa a compra das ações e, portanto, a não permanência do controverso controlador e de seus parentes e prepostos à testa da empresa – não impede que, sobrevivendo fundadas razões para duvidar da lisura da gestão, o minoritário venha a exercer o direito essencial que lhe assiste – de fiscalizar a gestão social – e, nos termos da lei e do estatuto, indicar os membros para compor o órgão nas vagas que lhe cabem, “a qualquer tempo”.

(4) – O exercício pela ABC do direito de eleger, em separado, um membro para o Conselho Fiscal depende de aprovação ou concordância do acionista majoritário?

R: Evidentemente, não. Os direitos de fiscalizar a gestão social e de eleger membro para compor o Conselho Fiscal são direitos que independem de qualquer consentimento do controlador; da mesma forma, o fato de haver um acordo de acionistas em nada modifica essa conclusão, seja porque no pacto parassocial nada consta a respeito do tema, seja porque seria inoperante uma genérica submissão

da minoria à maioria via acordo de acionistas. O direito decorre da lei e nos termos da lei é exercido.

(5) – O direito da ABC perecerá caso o TJSP aguarde a constituição do tribunal arbitral, especialmente considerando que o tribunal não estará formado antes de abril de 2019, quando ocorrerá a próxima AGO, e que perder-se-á o direito de fiscalizar a companhia entre 2018 e 2019, caso sejam aprovadas as contas da administração?

R: Sim, sem dúvida. Em não sendo concedida a liminar pretendida, o direito restará prejudicado – o resultado útil do processo desaparecerá. Nestas situações, em que o tempo não é indiferente, cabe ao juiz sopesar os interesses envolvidos. Se o fizer, somos da opinião que deverá concluir que, no confronto entre as duas posições e levando-se em conta a função própria do Conselho Fiscal e o fato de a eleição de membros pelos minoritários não trazer nenhum prejuízo juridicamente relevante ou tutelável à contraparte (que continuará a ter a maioria na escolha do órgão), a hipótese é de pronto deferimento da tutela pretendida pela Consulente.

É o nosso parecer, s.m.j.

