

SUPOSTO IMPEDIMENTO DE VOTO
DE ACIONISTA CONTROLADOR E
ADMINISTRADOR – ABUSO DE DIREITO DE
VOTO DE CONSELHEIRO FISCAL – ACIONISTA
MINORITÁRIA QUE NUNCA SE INSURGIU
CONTRA PRÁTICAS ANTERIORES DA
SOCIEDADE CONTROLADORA E INVESTIDORA
– *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* –
ABUSO DE MINORIA POR INFRAÇÃO
AO DEVER DE LEALDADE

Erasmu Valladão Azevedo e Novaes França

Livre-Docente, Professor Associado e Chefe do Departamento de Direito Comercial da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

Sumário: **1** Consulta e quesitos – **2** Parecer – **3** Respostas aos quesitos

1 Consulta e quesitos

Por intermédio de seu ilustre advogado, Dr. LH, a CS e a HCS, doravante simplesmente *Consultentes*, honram-nos com a consulta abaixo, formulando, ao final, nove quesitos:

A CS (e também sua controlada HCS), é *holding* de capital fechado, de caráter familiar, cujas ações estão divididas em dois blocos políticos, sendo um controlador, formado pelo Sr. CRS e seus dois filhos (respectivamente usufrutuário pleno e nu-proprietários das ações suficientes para garantir o controle), e outro minoritário, formado pela irmã do controlador, Sra. SSD e seus filhos.

A CS controla um grupo de fato de sociedades relativamente complexo, denominado Grupo X. O quadro encaminhado em anexo evidencia as participações diretas e indiretas de CRS e SSD em cada sociedade. Existe um conflito antigo na família, que afeta o grupo societário, que ocorreu primeiramente entre SSD e seu pai, CFAS, fundador do grupo empresarial X, falecido em 2015. O conflito se origina da circunstância de que, até o ano 2000, aproximadamente, CRS era o escolhido pelo pai para seguir na administração do grupo, e exercer o futuro controle quando do falecimento do fundador. Dali em diante SSD foi indicada, mediante aumento de capital e doação de ações com reserva de usufruto. Em 2005, após cerca de 2 anos de atuação polêmica e conflitante com o pai nas empresas, SSD foi afastada por CFAS, com o que ficou marcado o retorno do outro filho, CRS. Importante ainda anotar que CFAS, fez nova doação de ações, ainda em 2005, sendo a nua-propriedade dessas novas ações aos filhos de CRS, e a este o usufruto pleno, de modo que o controle do grupo restou consolidado neste ramo da descendência.

Desde o falecimento do pai, uma vez consolidada a titularidade plena das ações que recebeu em vida, SSD e seus filhos, na condição de acionistas minoritários, requisitaram a instalação de Conselho Fiscal na Consulente e controladora CS, que funcionou nos exercícios de 2016, 2017 e também vem atuando no de 2018. No primeiro ano, o Conselheiro Fiscal CA, indicado por SSD e seus filhos, não ofereceu questionamentos indevidos e aprovou as contas da administração da CS, embora SSD e seus filhos não o tenham feito. SSD e seus filhos substituíram, então, seu Conselheiro, que passou a ser ER, o qual acabou por criar embaraços injustificados à administração, demonstrando-se afoito em seus juízos de reprovação dos atos e métodos de gestão/contabilização.

Na reunião de apreciação das demonstrações financeiras relativas à controladora e Consulente CS, relativas ao exercício de 2017, o Conselheiro adiantou seu voto por escrito (e-mail anexo) e, durante a reunião, se recusou a debater com os outros dois Conselheiros os pontos que havia levantado.

Nas AGO's de CS e HCS (esta última, como já se disse, controlada por CS, com a particularidade de que ali SSD detém mais de 5% de participação direta no capital votante), SSD e seus filhos votaram contra a aprovação das demonstrações financeiras da controladora CS (e SSD contra a aprovação das demonstrações da controlada HCS), e pediram esclarecimentos, que foram prestados em 60 dias (esclarecimentos anexos), conforme deliberação nessas mesmas AGO's.

Após os esclarecimentos da administração, SSD e seus filhos promoveram notificação requisitando a convocação de AGE's na CS (e SSD na HCS), para se deliberar sobre o ajuizamento de ação de responsabilidade dos administradores e consequente afastamento imediato (docs. anexos). Nas próprias notificações adiantaram seu entendimento de que haverá impedimento de voto do controlador da CS (e da controladora da HCS, ou seja, a CS) nessas matérias.

Seguiu-se, então, convocação do Conselho Fiscal (doc. anexo) para deliberar sobre a ata da reunião de 2/5/18 e (re)discutir o voto do Conselheiro ER, além de outros assuntos regulares de pauta. Essa reunião ocorreu em 21/8/18, e de sua ata é possível constatar o registro de que "instado pelos demais Conselheiros a debater os pontos trazidos em seu voto, o Conselheiro ER manteve seu voto proferido na reunião do dia 02 de maio próximo passado em sua integralidade". Ainda foi solicitado pelo Conselheiro Fiscal que a Assembleia Geral fosse urgentemente consultada a respeito do orçamento de capital elaborado pela administração para justificativa da retenção de lucros. No prazo legal (8 dias), a administração informou SSD de que seriam convocadas as aludidas AGE's para a data de 14/9 p.f.

Na linha da recomendação do Conselho Fiscal, foram convocadas AGE's prévias às AGE's solicitadas pelos minoritários para que fossem regularizadas principalmente a falta de orçamento de capital para a retenção de lucros. Essas AGE's ocorreram em 3/9, tendo os minoritários votado contrariamente aos orçamentos apresentados.

DIANTE DO EXPOSTO e dos temas discutidos no (i) voto do Conselheiro Fiscal, (ii) votos dos minoritários, (iii) esclarecimentos da administração, (iv) pedidos de convocação de AGE's e (v) atas de reunião do Conselho Fiscal de 02/05/18 e 21/08/18, indaga-se:

- a) Considerando que CRS é Diretor Presidente e controlador de CS, que por sua vez é controladora de HCS, da qual CRS é diretor e controlador indireto, poderá ele votar nos itens de pauta que dizem respeito ao ajuizamento ou não de ação de responsabilidade, afastamento/destituição ou não dos atuais administradores e nomeação de novos administradores? Em caso positivo, quais seriam os requisitos e cautelas a serem observados quando da manifestação do voto?
- b) Em caso de a AGE rejeitar o ajuizamento da ação de responsabilidade, os minoritários poderão ainda assim ajuizar a ação prevista no art. 159, §4º, da LSA? Em caso positivo, poderão eles nessa ação pleitear a destituição dos administradores, inclusive requerendo que tal provimento seja concedido cautelar e liminarmente? Em caso positivo, a quem cabe nomear novos administradores? Poderia

o controlador e a sociedade controladora CS serem impedidos de eleger novos administradores, respectivamente, na CS e na sociedade controlada HCS?

c) A antecipação de voto contrário à aprovação das demonstrações contábeis, pelo Conselheiro Fiscal, seguida da recusa desse mesmo Conselheiro em debater os fundamentos desse voto com os demais Conselheiros, configura ato abusivo, passível de indenização? Dependendo das circunstâncias, o dano poderia se refletir na honra e imagem dos administradores e controlador?

d) A prática reiterada de AFAC's (adiantamentos para futuro aumento de capital) em sociedade do grupo em que a minoritária possui um percentual inferior de participação (direta + indireta), ao passo que o controlador detém percentual maior em relação ao que tem na *holding* CS, configura *ipso facto* ato de desvio patrimonial, ou de alguma forma quebra dos deveres do administrador, ou conflito de interesses? O fato de a minoritária ter aprovado anteriormente AFAC's similares retira-lhe a legitimidade substancial para pleitear (i) afastamento do administrador e (ii) indenização da sociedade investidora? Nos casos em que a sociedade investida ostenta quadro de participações idêntico ou muito próximo ao da *holding*, os AFAC's, ainda que penderes de regularização e transformação em efetiva participação no capital, podem ser considerados prejudiciais à minoritária?

e) O atraso na transformação dos AFAC's em efetiva participação no capital social, desconsiderado o risco tributário (tributação como mútuo), acarreta por si só prejuízo concreto à sociedade investidora ou a verificação de prejuízo necessariamente depende da averiguação de outras circunstâncias? O risco tributário, de autuação fiscal decorrente de eventual reconhecimento da natureza de mútuo sujeito a IOF (Imposto sobre Operações Financeiras), pode ser considerado irrelevante para efeito de (i) afastamento de administrador e (ii) indenização da sociedade investidora?

f) Exigência estatutária de aprovação assemblear para que haja aquisição de participação em outras sociedades pode ser analogicamente estendida à realização de AFAC's? Em caso positivo, a inobservância dessa exigência implica quebra de deveres pelos administradores? A mesma conclusão se aplica tendo em conta que a prática é recorrente no grupo e foi anteriormente adotada pela minoritária ou por ela aprovada? O atraso na transformação dos AFAC's em capital é circunstância que altera a resposta a essas indagações? Favor considerar que a minoritária, inclusive seu Conselheiro Fiscal no exercício de 2016, sempre aprovou sem restrições AFAC's anteriormente realizados, ou pelo menos nunca os impugnou especificamente.

g) A não aprovação prévia de orçamento de capital configura causa de destituição de administrador de S/A, independentemente da verificação de prejuízo à companhia?

h) A conduta dos minoritários de (i) desaprovar as demonstrações financeiras e concomitantemente solicitar esclarecimentos; (ii) requisitar instalação de AGE's para afastamento de administrador e aprovação de ação de responsabilidade em nome das companhias sem aguardar as medidas de regularização anunciadas diretamente aos minoritários pela administração; (iii) requisitar as mesmas AGE's sem os mínimos elementos necessários à discussão, em assembleia, de indícios de prejuízos à companhia; (iv) lançar a esmo uma gravíssima acusação de falsidade ideológica a documento que constituía apenas uma minuta para ser debatida na assembleia, enquadrando-se na figura do abuso de minoria? Em caso positivo, quais as medidas judiciais que poderiam ser lançadas contra esses acionistas? Quem detém legitimidade ativa para as medidas judiciais?

i) A Companhia detém legitimidade ativa para pleitear indenização contra o Conselheiro Fiscal? A responsabilização do Conselheiro Fiscal depende de deliberação em Assembleia Geral, na qual, em caso de aprovação, fica determinado o afastamento do Conselheiro Fiscal, ante o exposto no art. 159, §2º, com substituição imediata pelo suplente?

2 Parecer

O sistema da Lei nº 6.404/76 (LSA) consagrou o *princípio da maioria*, tanto nas matérias que não exigem quórum qualificado (art. 129) – que é o caso da presente controvérsia –, como naquelas que o exigem (art. 136).

O art. 110 da LSA, por sua vez, determina que a cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações da assembleia geral, havendo por isso mesmo quem entenda que o direito de voto constitui um *direito essencial* do acionista titular dessa espécie de ações.¹

Vai daí que, em homenagem ao mencionado *princípio da maioria* e ao disposto no art. 110 da LSA, as hipóteses de restrição ao voto dos majoritários e dos acionistas ordinaristas em geral devem ser interpretadas *estritamente*.

¹ Pode o estatuto estabelecer limitação ao número de votos de cada acionista, nos termos do art. 110, §1º (hipótese de que aqui não se trata), mas não o retirar.

Tais hipóteses estão previstas, taxativamente, no §1º do art. 115 da LSA (e uma delas também no §1º do 134), entre as quais não se encontra a proibição de *eleger-se a si próprio como administrador* (e, por consequência lógica, entendemos, pelos argumentos que serão expostos mais adiante, de votar na ação de responsabilidade que lhe pretendem propor para destituí-lo do cargo).

Eis o ensinamento de Modesto Carvalhosa:

Não se considera benefício particular que dê ensejo ao conflito de interesses, inibidor do exercício do voto, a eleição de acionista para cargos da administração ou fiscalização da companhia. Neste caso, é perfeitamente lícito que o acionista vote em si mesmo para o preenchimento do cargo. Entende-se que, na hipótese, não há benefício próprio, já que a eleição e o desempenho das respectivas funções fazem-se a favor da sociedade e não do acionista investido.²

A LSA, desse modo, não proíbe o administrador acionista de votar nessa hipótese, mormente o acionista controlador, porque, a ser assim, a qualquer momento a *minoría* poderia, inventando um pretexto qualquer, impedir o voto do acionista controlador, tomando-lhe as vezes – ainda que a matéria não conste da ordem do dia (art. 159, §1º, da LSA).

Justamente por isso, a LSA, no art. 159, §4º, *previu outro remédio*, instituindo uma ação específica para responsabilização dos administradores (denominada, pela doutrina, de ação *uti singuli originária*), caso a assembleia geral – com o voto do controlador, evidentemente –, denegue o pedido de propositura da demanda de responsabilidade:

Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. [...]

§4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

É este, portanto, o remédio previsto pela LSA – e não a proibição do voto do administrador acionista.

² Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 470.

A propósito, veja-se o lúcido comentário de Luiz Antonio de Sampaio Campos, ex-diretor da CVM, no mais afamado (e justamente afamado) livro de direito societário dos últimos tempos, coordenado por ninguém menos do que Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (como se sabe, autores do projeto de nossa magnífica LSA):

No regime da LSA o administrador não está impedido de votar na assembleia que tiver por objeto a propositura de ação de responsabilidade contra si. O administrador, se for acionista, poderá exercer livremente o direito de voto. Nesse sentido também se manifestou, entre outros, BARROS LEÃES³ (2004b, v. II, p. 774). Não se aplica, na LSA, a vedação existente em algumas legislações, neste particular.

O sistema da LSA é próprio, e justamente para equilibrar e conciliar os interesses em jogo autoriza que a minoria ajuíze a ação de responsabilidade, mesmo que a Assembleia Geral tenha deliberado não fazê-lo. Essa solução legal evita que haja uma absoluta inversão de poderes na companhia em que o acionista controlador faça parte da administração e uma indevida desestabilização da administração social, ao mesmo tempo em que dá à minoria o instrumento para obter a eventual reparação. Recorde-se que o afastamento do administrador está ligado à perda da confiança da maioria e não à propositura da ação social propriamente.

Entendimento similar se encontra também na doutrina de SANCHEZ CALERO (1994, v. IV, p. 290: ‘en la deliberación y el acuerdo de la junta general referente al ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores entiendo que pueden participar lícitamente los propios administradores cuando sean accionistas. El artículo que comento – como sucedía con el artículo 80 LSA de 1951 – guarda silencio sobre este punto, lo que puede dar lugar a pareceres diversos, si bien buena parte de los autores, al estudiar el artículo 80, eran de la opinión que los administradores accionistas en este supuesto *no debían ser privados de voto, ya que si así sucediera podría darse el caso de que la minoría – que puede plantear el debate sobre esta cuestión de ejercicio de la acción de responsabilidad aun cuando no conste en el voto de los accionistas que ocuparan puestos en el orden del día – podría desestabilizar la administración de la sociedad, pues la privación del voto de los accionistas que ocuparan puestos en el órgano de administración podría consentir a la minoría hacerse*

³ *Nota nossa:* Luiz Gastão Paes de Barros Leães, professor titular (hoje aposentado) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

con el control de la junta general, la cual – con el sólo voto de esa minoría – podría acordar el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores y su destitución’ (v. POLO, Los administradores, p. 327-328, y remisión a la doctrina; en este sentido, GIRÓN TENA, Derecho de sociedades anónimas, p. 378).

Não há, igualmente, vedação a que o acionista-administrador vote a respeito de deliberação sobre a propositura de ação contra outro administrador.⁴

De outra parte, sendo o direito de ação um poder garantido pela Constituição Federal a quem quer que seja (art. 5º, inc. XXXV), *ainda que não tenha razão*, não há como *impedir* que os acionistas minoritários pleiteiem a destituição dos administradores, inclusive requerendo que tal provimento seja concedido cautelar e liminarmente.

A isso se responde com vantagem, porém, *que somente a deliberação da assembleia* implica a destituição dos administradores –⁵ e não a propositura da ação de responsabilidade pela companhia (quanto mais por terceiros!):

O que causa o impedimento do administrador é a deliberação da Assembleia Geral autorizando a propositura da ação social e não a propositura da ação social propriamente dita.

Assim, pode se dar que a Assembleia Geral aprove a propositura da ação social e esta não venha a ser proposta, por razões jurídicas ou de conveniência e oportunidade, mas nem por isso deixará de estar impedido o administrador contra o qual a ação deveria ser proposta. [...]

É preciso ter claro que é a deliberação que dá causa ipso iure ao impedimento, e não a propositura da ação. É na deliberação positiva que se consigna e materializa a falta de confiança por parte da maioria assemblear e é essa perda de confiança que legitima o impedimento.

Decorre disso que não há necessidade de deliberação específica declarando o impedimento do administrador contra o qual a assembleia declara a propositura da ação social. Mesmo no silêncio da assembleia no tocante a esse tópico – e ainda que não haja a eleição de substituto – o administrador ficará impedido.⁶

⁴ Cf. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coord.). *Direito das companhias*. 2. ed. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 891. Grifos nossos.

⁵ LSA, art. 159: “Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. [...] §2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembleia”.

⁶ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coord.). *Direito das companhias*. 2. ed. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 896. Grifos nossos.

E, mais adiante:

5. Propositura por Acionistas que Representem 5% do Capital Social – A LSA reconhece o fato da vida de que a maioria pode não desejar propor a *ação social contra administrador*, não só por não estar convencida de haver irregularidade, mas também por outras razões, como o fato de ter sido responsável por sua eleição, ou, ainda, por ter se ajustado, de alguma forma, com os administradores. Por isso prevê que acionista ou grupo de acionistas que representem ao menos 5% do capital social possam mover *ação social* contra administrador, quando a Assembleia Geral tenha, previamente, deliberado não promovê-la. [...]

Por isso, embora seja a mesma ação [ação social], *mas cuja legitimação é atribuída também a sujeito diverso da companhia*, não há que se falar em impedimento do administrador, em razão da falta de manifestação assemblear que demonstrasse a falta de confiança da maioria, que é fundamento para o impedimento.

Diga-se, ainda, que essa interpretação está rigorosamente em linha com o entendimento tradicional e respeitado de que, em princípio, somente a Assembleia Geral pode destituir a administração, não cabendo nem mesmo ao Poder Judicial fazê-lo (RT 789/237; RJTJESP 114/259; Lex 44/143).⁷

No mesmo sentido, a lição de Nelson Eizirik:

O que acarreta o impedimento do administrador é a deliberação da assembleia geral de contra ele mover a ação de responsabilidade, não o ajuizamento da ação. Com efeito, o *impeachment* é automático e a substituição imediata, na mesma assembleia, ainda que nem a companhia nem qualquer acionista venham posteriormente a ingressar em juízo.

A Lei das S.A. silenciou sobre a ocorrência ou não de impedimento quando a ação é proposta pelos acionistas minoritários. Para suprir a lacuna deve-se atentar para as diferenças entre as situações previstas nos §§3º e 4º.⁸ No §3º, tal como ocorre no caput, há deliberação

⁷ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. *In*: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coord.). *Direito das companhias*. 2. ed. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 899; 903. Grifos nossos.

⁸ *Nota nossa*: “Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. [...] §3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia-geral. §4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social”.

da assembleia favorável ao ajuizamento da ação, rompendo-se a relação de fidejussão que unia a companhia ao administrador. Nas 2 (duas) hipóteses – *caput* e §3º – ocorre o impedimento do administrador, uma vez que a vontade social, expressa pela maioria dos acionistas, é no sentido de mover a ação judicial; se a companhia queda inerte, o acionista minoritário que ingressa em juízo realiza a vontade da maioria, havendo, pois, uma presunção absoluta de que está defendendo o interesse social.

No caso do §4º – ação social *ut singuli* originária –, a decisão da assembleia é de não promover a ação de responsabilidade, preservando o administrador o vínculo fiduciário com a companhia. *Assim, não se pode presumir que o acionista minoritário está defendendo o interesse social, posto que a vontade da maioria foi manifestada em sentido contrário. Na hipótese, não havendo deliberação da assembleia de mover a ação, não ocorre o impedimento automático do administrador.*⁹

O §2º, do art. 159 da LSA determina que “o administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta a ação [de responsabilidade] ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembleia”.

Como se dá essa substituição?

Leia-se o ensinamento de Nelson Eizirik:

A vacância caracteriza-se quando o administrador não pode mais ocupar o cargo, seja por causas naturais – morte ou doença grave –, seja por renúncia, abandono de suas funções, *destituição*, ou impedimento definitivo (artigo 147). [...]

Na companhia sem conselho de administração, deve o estatuto disciplinar a matéria; *na prática, usualmente se estabelece que os diretores remanescentes escolherão o substituto, ou que um diretor acumule o cargo vago.*¹⁰

Luiz Antonio de Sampaio Campos expressa interpretação até mais adequada – a nosso ver – ao §2º do art. 159 da LSA:

[...] O mesmo dispositivo diz, ainda, que o administrador impedido deverá ser substituído.

⁹ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 186-187. Grifos nossos.

¹⁰ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 99-101. Grifos nossos.

Embora a LSA fale em substituição do administrador impedido, a interpretação correta é a de que essa substituição não é impositiva. Nada impede, em princípio, que a assembleia delibere por não eleger novo administrador em substituição ao que ficou impedido. Naturalmente, se a quantidade de administradores impedidos for de tal ordem a deixar a administração da companhia com número inferior ao exigido estatutária e legalmente, a nomeação será de rigor.

O comando legal tem por finalidade, na verdade, deixar clara a possibilidade de eleição de novos administradores sem que essa matéria conste expressamente da ordem do dia, até porque, como se viu, a própria deliberação a respeito da propositura da ação não precisa necessariamente dela constar.

Por isso que não praticará nenhuma ilegalidade a assembleia que optar por não eleger administrador em substituição ao administrador impedido, conforme acertadamente indicam BARROS LEÃES (2004b, v. I, p. 463) e SAMPAIO DE LACERDA (1978, v. 2, p. 211).¹¹

Passemos a analisar a conduta do conselheiro fiscal indicado pelos acionistas minoritários.

Em primeiro lugar, aplicam-se aos conselheiros fiscais os mesmos deveres atribuídos legalmente aos administradores, segundo dispõe o art. 165 da LSA,¹² entre os quais – e especialmente, *in casu* – o constante do art. 154, §1º, do seguinte teor:

Art. 154. [...]

§1º 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.

Vale dizer que o conselheiro fiscal da Consulente CS deve pautar a sua conduta *no interesse dessa companhia* – e não no interesse dos acionistas minoritários que o indicaram.

¹¹ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. *In*: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coord.). *Direito das companhias*. 2. ed. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 895. Grifos nossos.

¹² LSA, art. 165: “Os membros do conselho fiscal têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os arts. 153 a 156 e respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto”.

Ademais, nos termos do §1º do art. 165,

§1º Os membros do conselho fiscal deverão exercer suas funções *no exclusivo interesse da companhia*; considerar-se-á *abusivo* o exercício da função com o fim de causar dano à companhia, ou aos seus acionistas ou administradores, 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, seus acionistas ou administradores.

Ora, o Conselho Fiscal é um *órgão* obrigatório da companhia,¹³ embora de funcionamento facultativo.¹⁴

Constitui, ademais, um *órgão colegiado*, cujas deliberações

[...] somente serão eficazes se derivadas de reunião regularmente convocada e instalada.

Ato deliberativo isolado de qualquer dos seus membros não tem eficácia, sem embargo do poder de diligência que, individualmente, cabe ao conselheiro para fiscalizar, denunciar, votar e solicitar informações aos administradores sobre todos os documentos sociais e efetuar diligências de seus membros (arts. 163 e 164).

Ainda tendo em vista o caráter colegial do *órgão*, a vontade do Conselho Fiscal é distinta da de seus membros. Suas deliberações são eficazes, independentemente da opinião de cada um deles. Delibera o Conselho eficazmente, mesmo com a ausência de alguns de seus titulares, desde que observado o *quorum* mínimo de instalação.

Delibera validamente, portanto, por maioria absoluta dos presentes. Assim, a reunião do Conselho Fiscal, regularmente convocada e instalada, representa a universalidade de seus membros, sendo as deliberações tomadas a vontade do *órgão*.¹⁵

O intento da LSA, *ao criar um órgão colegiado*, é justamente o de propiciar um *contraditório* entre os participantes, visando a possibilitar a formação da vontade mais consentânea com o interesse da companhia.¹⁶

¹³ LSA, art. 161: “A companhia *terá* um Conselho Fiscal, e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas”.

¹⁴ Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 415.

¹⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 425-426. Na mesma senda, EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 200.

¹⁶ Cf., do signatário, *Invalidade das deliberações de assembleia das S/A*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 45-50.

No entanto, conforme consta da consulta, por ocasião da apreciação das contas da controladora CS, relativas ao exercício de 2017, em reunião do Conselho Fiscal realizada em 2.5.18, o Conselheiro indicado pelos minoritários adiantou seu voto escrito *antes da reunião* e, durante o conclave, recusou-se a debater com os outros dois Conselheiros os pontos que havia levantado.

Mais ainda.

Houve nova convocação do Conselho Fiscal para deliberar sobre a ata da reunião de 2.8.2018 e novamente, diante de diversos esclarecimentos, tentar renovar eventual debate acerca do voto antecipadamente proferido pelo conselheiro dos minoritários, além de outros assuntos regulares de pauta.

Tal reunião ocorreu em 21.8.2018, constando de sua ata o registro de que “instado pelos demais Conselheiros a debater os pontos trazidos em seu voto, o Conselheiro ER manteve seu voto proferido na reunião do dia 02 de maio próximo passado em sua integralidade”.

Ou seja, o voto que o aludido conselheiro havia previamente encaminhado por *e-mail* recomendando a desaprovação das demonstrações financeiras representou uma posição *antecipada e definitiva*, que demonstra o seu ânimo de, independentemente de qualquer esclarecimento que viesse a ser prestado, *criar embaraços injustificados à administração* – o que representa, a nosso ver, um voto *manifestamente abusivo*.

A companhia CS está legitimada, portanto, a convocar assembleia para a propositura de ação de responsabilidade contra o conselheiro fiscal, como entende a doutrina.

Eis a posição de Modesto Carvalhosa:

Se ficar configurado o *abuso* e desvio de poder, poderá o conselheiro responder com perdas e danos pelas consequências decorrentes da prática do ato abusivo cometido.

Uma vez deliberada a ação de responsabilidade contra o conselheiro fiscal, por prejuízos causados à companhia, em decorrência de sua conduta abusiva, *ocorrerá o impedimento do conselheiro*, por aplicação analógica do §2º do art. 159¹⁷ da Lei das S.A.¹⁸

¹⁷ *Nota nossa*: “Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. [...] §2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembléia”.

¹⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 471. Grifos nossos.

Seguindo o mesmo entendimento, Nelson Eizirik: “Caracterizado o ato ilícito de membro do conselho fiscal e deliberada a proposição de ação de responsabilidade contra ele por danos causados à companhia, *ocorrerá o seu impedimento*, mediante aplicação analógica do §2º do art. 159”.¹⁹

Examinemos, agora, a questão dos Afacs.

O Afac (sigla que significa Adiantamento para Futuro Aumento de Capital) constitui uma operação pela qual os acionistas (no caso, sociedades acionistas ou investidoras) adiantam a outra sociedade (investida) de que façam parte, como controladas ou coligadas, valores para *futura* conversão em participação societária (aquisição de ações ou quotas), *conversão essa, todavia, que só ocorrerá mediante subscrição e integralização de aumento de capital pela investidora*.

Dessa forma, a prática reiterada de Afacs não constitui, *per se*, um desvio patrimonial, pois, enquanto não se converte em capital, o Afac representa apenas um aporte financeiro colocado à disposição da sociedade investida.

Na hipótese de se aferir uma vantagem concreta para a sociedade investidora, ainda que a participação da minoritária na sociedade investida seja inferior àquela detida na primeira, não há prejuízo algum a ela.

Agregue-se a isso o fato de que o investimento em outras sociedades é, de modo geral, permitido a qualquer sociedade do grupo, cumpridos eventuais requisitos legais e estatutários; a circunstância de a sociedade investida pertencer direta e indiretamente a sociedades acionistas da *holding*-mãe não altera o fato de que a sociedade investidora tende a obter retorno de seu investimento.

A circunstância de, no caso concreto, o controlador e administrador da sociedade investidora possuir percentual maior de participação na sociedade investida, quando comparado ao da minoritária, só poderia ser encarado como hipótese de eventual conflito de interesses se a operação – o que não parece ser o caso – tivesse descumprido o disposto no §1º do art. 156 da LSA, hipótese em que seria passível de anulação (e não de nulidade, note-se bem), nos termos do §2º do mesmo dispositivo legal.²⁰

Portanto, um Afac não representa, por si só, um desvio patrimonial, uma quebra dos deveres dos administradores ou de conflito de interesses, cabendo perquirir se a operação será vantajosa ou não para a sociedade investidora.

¹⁹ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 238. Grifos nossos.

²⁰ Cf., a respeito, o parecer do signatário publicado em *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 334 e ss., chamando a atenção para o significativo fato de que a exigência legal, constante do §2º do art. 156 da LSA, ao fazer remissão expressa unicamente ao §1º – e não ao *caput* –, demonstra que o conflito de interesses, no caso, é substancial (e não meramente formal).

Caso haja conversão desse Afac em participação no capital, note-se ainda que a participação indireta da minoritária na sociedade investida aumentará, de modo a beneficiá-la, e não a prejudicá-la.

De outra parte, se a utilização de Afacs para permitir operações de sociedades que até então não geram receita própria é um *modus operandi* anteriormente aprovado ou mesmo praticado pela acionista minoritária, criou-se no controlador e administrador uma *legítima confiança* de que tais transações não seriam futuramente questionadas, de sorte que, em as praticando, não está ele incidindo em conduta desleal – *ao contrário, a deslealdade é da acionista minoritária ao contradizer a sua conduta anterior*.

É um caso típico de *venire contra factum proprium*, contrário à boa-fé objetiva, consagrada no art. 422 do Código Civil, e que é assim caracterizado por Judith Martins-Costa (a maior autoridade sobre a matéria no direito brasileiro):

2. *Noção*. A doutrina define o *venire contra factum proprium* como a tradução do “exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente”. Tradicionalmente, os sistemas jurídicos advindos da tradição do *ius commune* têm como inadmissível que um agente assuma uma atitude em oposição a uma conduta anterior, ou fundamente a sua posição em um litígio invocando fatos que contrariem as suas próprias afirmações anteriores. Tecnicamente, configura um limite ao exercício de um direito subjetivo, ou potestativo, ou de uma faculdade. Para sua configuração exige-se “dois comportamentos anteriores de mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – repita-se, o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”.²¹

Mais adiante, a ilustre jurista estabelece os requisitos para a configuração do *venire contra factum proprium*:

5. *Requisitos*. A configuração da figura carece, portanto: a) *da atuação de um fato gerador de confiança*, nos termos em que esta é tutelada pela Ordem jurídica; b) *da adesão da contraparte* – porque confiou – neste fato; c) *do fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada*; d) *do fato de ocorrer, em razão da conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara*.²²

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 617. Grifos nossos.

²² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 621. Grifos nossos.

E é de se notar ainda que, *em se tratando de uma sociedade*, como no caso, a boa-fé é exponenciada ao seu grau máximo, na lição do saudoso e eminente Mestre Clóvis do Couto E Silva, em sua obra clássica:

Nos negócios bilaterais, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (“*mea res agitur*”), encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, *como mandamento de consideração*. Quando o vínculo se dirige a uma atividade em proveito de terceiro (gestão de negócios, negócios fiduciários), o dever de levar em conta o interesse da outra parte (“*tua res agitur*”) é *conteúdo do dever do gestor ou do fiduciário*. Nas relações jurídicas em que a *co-operação se manifesta em sua plenitude* (“*nostra res agitur*”), como nas de sociedade, nas de trabalho e, principalmente, na comunidade familiar, *cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa supra-pessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum*.²³

A conduta contraditória da acionista minoritária, assim, é inadmissível, retirando-lhe, por óbvio, qualquer legitimação para pleitear o afastamento de administrador e a indenização da sociedade investidora (que, além do mais, dependeria de comprovação do efetivo prejuízo).

O atraso na transformação do Afac em capital, outrossim, evidentemente não acarreta prejuízo se a sociedade investida não está distribuindo resultados de suas operações, mas, sim, retendo-os.

A ausência de remuneração à sociedade investidora, nesse período, pode ser considerada prejudicial apenas se não houver outra forma de compensação, seja concedendo-se fatia maior do capital social quando da conversão, seja remunerando esse capital de alguma forma.

O risco tributário há de ser calculado levando-se em conta todas as consequências de eventual autuação fiscal, e então comparando-se com os ganhos que a sociedade investidora experimentará com o Afac, como ganhos por redução do custo de capital.

Ademais, também importa para essa avaliação, como se disse, o fato de a acionista minoritária ter reiteradamente aprovado Afacs, *demonstrando com isso não ser avessa a tal assunção de risco*.

²³ COUTO E SILVA, Clovis. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 30-31. Grifos nossos; cf., outrossim, COMPARATO, Fábio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: “nova et vetera”. *RDM*, n. 36, p. 65-76, out./dez. 1979; e no mesmo sentido ainda, VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 25; 137.

De outra parte, os Afacs, como já se salientou, somente se transformarão em capital social das companhias investidas após serem cumpridos os requisitos legais e estatutários para o aumento de capital.

Portanto, a eventual e hipotética autorização assemblear para aquisição de participação em outras sociedades somente seria exigível por ocasião da prática dos requisitos fundamentais para o aumento de capital, quais sejam: a *subscrição* (e a posterior *integralização*) das ações relativas ao aumento.

A competência para autorização de investimentos, aliás, não é típica de assembleia geral, de modo que não pode ser interpretada extensiva ou analogicamente.

Por outro lado, a recorrência da prática anterior de Afacs sem prévia autorização da assembleia geral constitui razão adicional para se dispensar tal formalidade.

O atraso na transformação dos Afacs em capital não altera tais conclusões, pois nesse caso inclusive se tem uma possível descaracterização da natureza jurídica dos mesmos para *mútuo*; consta também que esse atraso nunca foi anteriormente eleito pela minoritária como causa de desaprovação das operações.

Por final, os votos dos acionistas minoritários na assembleia geral ordinária da CS, bem como o voto da acionista minoritária SSD na assembleia geral ordinária da HCS, constituem votos manifestamente abusivos, como se passa a demonstrar.

Nas referidas assembleias, os acionistas minoritários desaprovaram as demonstrações financeiras, ao tempo em que solicitaram esclarecimentos, demonstrando, com isso, que tal desaprovação era absolutamente infundada, *pois não dispunham de elementos suficientes para rejeitá-las*.

Há mais.

Solicitaram a convocação de AGEs para o afastamento de administrador e aprovação de ação de responsabilidade em nome das companhias *independentemente da realização das medidas de regularização anunciadas diretamente a eles pela administração*.

Requisitaram, outrossim, a convocação das mesmas AGEs *sem os mínimos elementos necessários ao debate, nos conclaves, de indícios de prejuízos à companhia*.

E, por derradeiro, a acionista minoritária SSD, ao pedir a convocação da AGE da HCS, baseou-se em *dispositivo estatutário inexistente*:

Confira-se:

- (i) Falta de autorização assemblear para liquidação de carteira de ações para fazer frente a adiantamento para futuro aumento de capital nas empresas não auditadas MP Ltda.; F Ltda.; e WP Ltda., em violação ao art. 9º, §7º, 'h' do Estatuto Social da Companhia.

O art. 9º, §7º, “h”, da HCS *não existe*, sendo o texto do art. 9º do seguinte teor:

Artigo 9º. As Assembléias Gerais serão presididas por um dos Diretores, ou no impedimento destes pelo acionista que for aclamado na ocasião.

Parágrafo 1º. Somente poderão participar das Assembléias Gerais os acionistas titulares de ações nominativas e cuja propriedade conste dos registros da empresa pelo menos 08 (oito) dias antes da sua realização. *h*

Parágrafo 2º. Dentro do mesmo prazo referido no parágrafo anterior e até 05 (cinco) dias após a realização da Assembléia Geral, não serão lavrados termos de transferência de ações nominativas, nem atendidos pedidos de mudança de forma de ações.

Para finalizar com “chave de ouro”, ainda, os acionistas minoritários lançaram a esmo, nas assembleias realizadas em 3.9.2018, gravíssima acusação *de falsidade ideológica*, por alegada alteração de data em documento, quando o documento em questão constituía *uma mera minuta elaborada em Word* para discussão nos conclaves!

Com tudo isso faltaram eles ao *dever essencial* que caracteriza o *abuso de minoria* – o *dever de lealdade*.

É o que nos ensina Marcelo Vieira Von Adamek, na obra mais aprofundada sobre a matéria no direito brasileiro:

2.8. Abuso das posições jurídicas subjetivas pela minoria: abuso de minoria.

O abuso de minoria é abuso que pode se verificar no exercício pelo sócio de cada uma e todas as posições jurídicas subjetivas ativas inerentes à sua *situação jurídica*, à sua *posição* contratual na *complexa relação jurídica societária*. Daí porque se optou, deliberadamente, por descartar atribuir a este trabalho o título de ‘abuso de direito de minoria’: em primeiro lugar, porque ele pode se verificar no exercício de direitos (subjetivos) e poderes; em segundo lugar, pretendeu-se afastar a conexão que, por via sugestiva, se poderia efetuar entre o tema deste trabalho e o instituto do abuso do direito, o qual, além de ter uma aplicação residual no atual quadro de direito positivo brasileiro, não se presta a delimitar a *fattispecie* em estudo. *O abuso no exercício das posições jurídicas subjetivas, como se procurará evidenciar*

*na sequência, resta configurado precisamente pela violação de um específico dever jurídico; o dever societário de lealdade.*²⁴

E, mais adiante, após extensa pesquisa sobre a matéria no direito comparado, finalizando agora o estudo sobre o direito societário pátrio:

O abuso de minoria, portanto, verifica-se quando o sócio, por ação ou omissão (a oposição abusiva), atua de maneira conflitante com o interesse social, entendido este como o interesse comum dos sócios *uti socii*, ou em desacordo com o dever geral de lealdade societária: para a satisfação de interesse próprio, o sócio sacrifica o interesse comum dos sócios *uti socii*; *pratica atos meramente emulativos; ou lesiona legítimos interesses e expectativas de outros sócios ou da sociedade de que é membro* – sendo que os legítimos interesses e expectativas tutelados são inclusive os de cunho individual dos sócios, desde que se relacionem ou guardem relação de conexão com o fim comum ou a causa do contrato de sociedade (abrangendo, assim, o interesse comum dos sócios *uti socii* e os interesses individuais legítimos *ex causa societatis*).

As ideias se interpenetram: o dever de lealdade é o que permite abranger não apenas o voto conflitante, mas também o voto abusivo, e todas as demais manifestações de deslealdade societária que não se manifestem pelo voto. Assim, se a diferenciação entre abuso de minoria em sentido estrito, como voto conflitante, e ilícitos outros, que não se manifestam pelo voto, é válida, também é igualmente proveitosa a inserção de todas essas figuras como espécies de deslealdade societária.²⁵

Os acionistas minoritários, dessa forma, desaprovaram demonstrações financeiras sobre as quais não detinham os necessários esclarecimentos, *tanto é que os solicitaram*; independentemente de medidas de regularização anunciadas pela administração, *requereram a convocação de assembleias para a promoção de ação de responsabilidade de administrador*, ademais, assim procederam *sem quaisquer indícios de prejuízos à companhia*; solicitaram a convocação de assembleia *com base em dispositivo estatutário inexistente, no óbvio intuito de tentar iludir os acionistas da HCS*; como se tudo isso não bastasse, lançaram a esmo,

²⁴ Cf. VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 69-70. Grifos nossos.

²⁵ Cf. VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 180. Grifos nossos.

nas assembleias realizadas em 3.9.2018, gravíssima acusação *de falsidade ideológica*, por alegada alteração de data em documento, quando o documento questionado constituía *uma mera minuta* para discussão nos conclaves!

Agiram, portanto, *deslealmente*, com espírito manifestamente *emulativo*.

Vale lembrar, por derradeiro – e bem a propósito! – da advertência sabiamente feita por Nelson Eizirik:

O fundamento da ação [de responsabilidade] é a preservação do interesse social, não podendo tal medida servir ao eventual interesse individual de acionista minoritário de afastar administrador que não lhe seja simpático; em tal hipótese caracteriza-se o exercício abusivo do direito de voto (art. 115).

A companhia não é obrigada a mover a ação de responsabilidade contra seus administradores, *ainda que haja indícios de que atuaram de forma ilegal. Trata-se de decisão soberana da assembleia geral, que deve pesar: (i) a gravidade do eventual ato ilícito; (ii) os danos efetivamente causados ao patrimônio social; (iii) os custos e benefícios da propositura da ação; e (iv) as reais possibilidades de êxito da demanda.*²⁶

3 Respostas aos quesitos

Passamos, pois, a responder aos quesitos formulados:

a) Considerando que CRS é diretor presidente e controlador de CS, que por sua vez é controladora de HCS, da qual CRS é diretor e controlador indireto, poderá ele votar nos itens de pauta que dizem respeito ao ajuizamento ou não de ação de responsabilidade, afastamento/destituição ou não dos atuais administradores e nomeação de novos administradores? Em caso positivo, quais seriam os requisitos e cautelas a serem observados quando da manifestação do voto?

R: Sim, poderá votar. Conforme esclarecedora citação doutrinária feita no corpo do parecer:

O sistema da LSA é próprio, e justamente para equilibrar e conciliar os interesses em jogo autoriza que a minoria ajuíze a ação de responsabilidade, mesmo que a Assembleia Geral tenha deliberado não

²⁶ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 183. Grifos nossos.

fazê-lo. Essa solução legal evita que haja uma absoluta inversão de poderes na companhia em que o acionista controlador faça parte da administração e uma indevida desestabilização da administração social, ao mesmo tempo em que dá à minoria o instrumento para obter a eventual reparação. Recorde-se que o afastamento do administrador está ligado à perda da confiança da maioria e não à propositura da ação social propriamente.

De outra parte, se o acionista controlador pode votar em si próprio como administrador, não se vê bem porque não poderia votar em seu substituto caso a assembleia delibere a propositura de ação de responsabilidade contra ele ou na hipótese de ser julgada procedente, em caráter definitivo, ação de responsabilidade proposta com fundamento no §4º do art. 159. No tocante à última questão posta no quesito, seria prudente, muito embora a LSA não o exija, que o controlador motivasse o seu voto.

b) Em caso de a AGE rejeitar o ajuizamento da ação de responsabilidade, os minoritários poderão ainda assim ajuizar a ação prevista no art. 159, §4º, da LSA? Em caso positivo, poderão eles nessa ação pleitear a destituição dos administradores, inclusive requerendo que tal provimento seja concedido cautelar e liminarmente? Em caso positivo, a quem cabe nomear novos administradores? Poderia o controlador e a sociedade controladora CS ser impedidos de eleger novos administradores, respectivamente, na CS e na sociedade controlada HCS?

R: Consoante é cediço, o direito de ação, encarado como direito abstrato à tutela jurisdicional, compete a qualquer pessoa, independentemente de ter ou não razão. Dessa forma, nada impede que os minoritários ajuízem a ação prevista no art. 159, §4º, da LSA, caso a assembleia rejeite a aprovação da ação de responsabilidade contra seus administradores, requerendo, inclusive, tutela provisória antecedente em caráter liminar. Sucede que *somente a assembleia geral pode aprovar a propositura de ação de responsabilidade* em face dos administradores, não autorizando a lei que o Poder Judiciário (conforme vários julgados citados no corpo do parecer) o faça, a pedido dos minoritários, em *ação uti singuli originária*. De qualquer forma, ainda que assim não fosse, caberia ao controlador indicar o seu substituto na CS, bem como a esta última, indicar o administrador substituto na sociedade controlada HCS.

c) A antecipação de voto contrário à aprovação das demonstrações contábeis, pelo conselheiro fiscal, seguida da recusa desse mesmo conselheiro em debater os fundamentos desse voto com os demais conselheiros, configura ato

abusivo, passível de indenização? Dependendo das circunstâncias, o dano poderia se refletir na honra e imagem dos administradores e controlador?

R: Sem dúvida alguma. O conselho fiscal é um órgão colegiado e a *mens legis*, ao criar um órgão colegiado, é justamente a de possibilitar um *contraditório* entre seus membros, a fim de se chegar a uma deliberação mais consentânea com o interesse da companhia. Se o conselheiro já encaminha um voto escrito adrede preparado, recusando-se a debater as razões do voto com os demais conselheiros, demonstra seu intento de recusar-se ao debate, quaisquer que sejam os esclarecimentos que estes últimos venham a prestar. Trata-se de voto manifestamente abusivo, passível de indenização que, a depender das circunstâncias, poderá se refletir na honra e imagem dos administradores e do próprio controlador.

d) A prática reiterada de Afacs (adiantamentos para futuro aumento de capital) em sociedade do grupo em que a minoritária possui um percentual inferior de participação (direta + indireta), ao passo que o controlador detém percentual maior em relação ao que tem na *holding* CS, configura *ipso facto* ato de desvio patrimonial, ou de alguma forma quebra dos deveres do administrador, ou conflito de interesses? O fato de a minoritária ter aprovado anteriormente Afacs similares retira-lhe a legitimidade substancial para pleitear (i) afastamento do administrador e (ii) indenização da sociedade investidora? Nos casos em que a sociedade investida ostenta quadro de participações idêntico ou muito próximo ao da *holding*, os Afacs, ainda que penderes de regularização e transformação em efetiva participação no capital, podem ser considerados prejudiciais aos minoritários?

R: Evidentemente, essa prática não caracteriza, *ipso facto*, ato de desvio patrimonial, ou de alguma forma quebra dos deveres do administrador, ou conflito de interesses, segundo demonstrado no corpo do parecer. O Afac (Adiantamento para Futuro Aumento de Capital) não representa uma *participação societária* na sociedade investida (controlada) enquanto não ocorrer o aumento. De outra parte, o fato de a acionista minoritária ter aprovado Afacs similares anteriormente retira-lhe a legitimidade substancial para pleitear (i) afastamento do administrador e (ii) indenização da sociedade investidora, porque trata-se de hipótese aberrante de *venire contra factum proprium* em que os últimos Afacs só foram praticados em face da *legítima confiança despertada nos administradores* no sentido de que não seriam impugnados *diante da conduta anterior da minoritária*. Quanto à última questão colocada no quesito, se se trata de situação em que sociedade investida ostenta participações idênticas ou muito próximas à que detém na *holding*, os Afacs, ainda que penderes de regularização e transformação em efetiva participação no capital, não podem ser

considerados prejudiciais à minoritária, a menos que os valores investidos não estejam sendo adequadamente remunerados ou que esteja ocorrendo distribuição de resultados aos sócios da sociedade investida.

- e) O atraso na transformação dos Afacs em efetiva participação no capital social, desconsiderado o risco tributário (tributação como mútuo), acarreta por si só prejuízo concreto à sociedade investidora ou a verificação de prejuízo necessariamente depende da averiguação de outras circunstâncias? O risco tributário, de autuação fiscal decorrente de eventual reconhecimento da natureza de mútuo sujeito a IOF (Imposto sobre Operações Financeiras), pode ser considerado irrelevante para efeito de (i) afastamento de administrador e (ii) indenização da sociedade investidora?

R: Evidentemente, a verificação do prejuízo depende da averiguação de outras circunstâncias. O risco tributário há de ser calculado levando-se em conta todas as consequências de eventual autuação fiscal e, então, comparando-se com os ganhos que a sociedade investidora experimentará com o Afac, como ganhos por redução do custo de capital. Ademais, também importa para essa avaliação, como se disse, o fato de a acionista minoritária ter reiteradamente aprovado Afacs, *demonstrando com isso não ser avessa a tal assunção de risco*.

- f) Exigência estatutária de aprovação assemblear para que haja aquisição de participação em outras sociedades pode ser analogicamente estendida à realização de Afacs? Em caso positivo, a inobservância dessa exigência implica quebra de deveres pelos administradores? A mesma conclusão se aplica tendo em conta que a prática é recorrente no grupo e foi anteriormente adotada pela minoritária ou por ela aprovado? O atraso na transformação dos Afacs em capital é circunstância que altera a resposta a essas indagações? Favor considerar que a minoritária, inclusive seu conselheiro fiscal no exercício de 2016, sempre aprovou sem restrições Afacs anteriormente realizados, ou pelo menos nunca os impugnou especificamente.

R: A eventual e hipotética autorização assemblear para aquisição de participação em outras sociedades somente seria exigível por ocasião da efetivação dos requisitos fundamentais para o aumento de capital, quais sejam: a *subscrição* (e a posterior *integralização*) das ações ou quotas relativas ao aumento. A competência para autorização de investimentos não é típica de assembleia geral, de modo que não pode ser interpretada extensiva ou analogicamente. Por outro lado, a recorrência da prática anterior de Afacs sem prévia autorização da assembleia geral constitui razão adicional para se dispensar tal formalidade. O atraso na transformação dos Afacs em capital não altera tais conclusões, pois nesse caso, inclusive, se tem uma

possível descaracterização da natureza jurídica dos mesmos para *mútuo*; consta também que esse atraso nunca foi anteriormente eleito pela minoritária como causa de desaprovação das operações.

g) A não aprovação prévia de orçamento de capital configura causa de destituição de administrador de S/A, independentemente da verificação de prejuízo à companhia?

R: Evidentemente, não. Se não há prejuízo *para a companhia*, não há como aprovar uma ação de responsabilidade contra o administrador que, como se salientou, é uma *ação social* – e justamente por isso, quando a lei dá ao minoritário legitimação extraordinária para a propositura dessa ação, eventuais benefícios *deferem-se à sociedade* e não a ele.²⁷

h) A conduta dos minoritários de (i) desaprovar as demonstrações financeiras e concomitantemente solicitar esclarecimentos; (ii) requisitar instalação de AGEs para afastamento de administrador e aprovação de ação de responsabilidade em nome das companhias sem aguardar as medidas de regularização anunciadas diretamente aos minoritários pela administração; (iii) requisitar as mesmas AGEs sem os mínimos elementos necessários à discussão, em assembleia, de indícios de prejuízos à companhia; (iv) lançar a esmo uma gravíssima acusação de falsidade ideológica a documento que constituía apenas uma minuta para ser debatida na assembleia, enquadra-se na figura do abuso de minoria? Em caso positivo, quais as medidas judiciais que poderiam ser lançadas contra esses acionistas? Quem detém legitimidade ativa para as medidas judiciais?

R: Todos esses atos constituem, a olho nu, *atos de deslealdade societária*, que configuram o *abuso de minoria*, como se esclareceu no corpo do parecer. A companhia tem legitimação para ingressar com ação indenizatória contra os acionistas minoritários, diante dos atos mencionados.

i) A Companhia detém legitimidade ativa para pleitear indenização contra o conselheiro fiscal? A responsabilização do conselheiro fiscal depende de deliberação em assembleia geral, na qual, em caso de aprovação, fica determinado o afastamento do conselheiro fiscal, ante o exposto no art. 159, §2º, com substituição imediata pelo suplente?

R: Sim, a companhia é legitimada ativa para pleitear indenização contra o conselheiro fiscal eleito pelos minoritários, cuja responsabilização depende de deliberação na assembleia geral, afastando-se imediatamente o

²⁷ *Verbis*: “Art. 159. [...] §5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados”.

conselheiro impedido, com substituição imediata pelo seu suplente, diante da aplicação analógica do disposto no art. 159 e respectivo §2º da LSA.

É o parecer, s.m.j.

São Paulo, 11 de setembro de 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Suposto impedimento de voto de acionista controlador e administrador– Abuso de direito de voto de conselheiro fiscal – Acionista minoritária que nunca se insurgiu contra práticas anteriores da sociedade controladora e investidora – Venire contra factum proprium – Abuso de minoria por infração ao dever de lealdade. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 22, p. 199-223, out./dez. 2019. Parecer. DOI:10.33242/rbdc.2019.04.009.
