



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM
 Praça Doutor Joao Mendes, S/N, ., Centro - CEP 01501-000, Fone: (11)
 2171-6632, São Paulo-SP - E-mail: sp2vemp@tjsp.jus.br
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

DECISÃO

Processo Digital nº: **1008612-66.2021.8.26.0100**
 Classe - Assunto: **Tutela Antecipada Antecedente - Liminar**
 Requerente: **Samba Theta Fundo de Investimento Multimercado e outro**
 Requerido: **VRG Linhas aéreas S/A**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Renata Mota Maciel**

Vistos.

1- SAMBA THETA FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO e CENTAURO I FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO INVESTIMENTO NO EXTERIOR LONGO PRAZO propuseram tutela cautelar antecedente pré-arbitral em face de **GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S.A.**, na qual formulam pedido de tutela de urgência para que seja determinado à requerida a abstenção “*de manifestar voto ou participar das deliberações da Assembleia Geral Extraordinária da Smiles Fidelidade S.A. (ou em qualquer outra data em segunda chamada, caso não realizada em primeira), bem como de adotar qualquer medida visando a suspensão ou impedir realização do conclave*”.

A requerida foi intimada a se manifestar sobre a tutela de urgência, conforme decisão da fl. 986 e apresentou a manifestação das fls. 1004/1024, acompanhada dos documentos das fls. 1025/1253.

Petição pela autora nas fls. 1255/1261, acompanhada dos documentos das fls. 1262/1270.

DECIDO.

A autora postula tutela cautelar antecedente a procedimento arbitral, observado o disposto no artigo 22-A da Lei n. 9.307/96, destacando-se o disposto na cláusula 38 do Estatuto Social da SMILES FIDELIDADE S.A, com previsão de resolução das disputas por



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM
 Praca Doutor Joao Mendes, S/N, ., Centro - CEP 01501-000, Fone: (11)
 2171-6632, São Paulo-SP - E-mail: sp2vemp@tjsp.jus.br
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

meio da arbitragem (fls. 103/132).

De acordo com as autoras, acionistas minoritárias, titulares de “mais de 4% do capital social” (*sic*) da SMILES FIDELIDADE S/A, a requerida GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S/A, controladora da SMILES, estaria impedida de votar na deliberação acerca do ajuizamento de ação de responsabilidade contra os administradores, nos termos do artigo 159 da Lei n. 6.404/76, “pelo fato de nas mesmas pessoas se confundirem a posição de acionistas (indiretamente) e de administradores (contra os quais será deliberada a ação de responsabilidade civil)”.

O fundamento da tutela de urgência seria eventual conflito de interesse na deliberação da Assembleia Geral Extraordinária da SMILES FIDELIDADE S.A, a ser realizada no dia 05.02.2021, por parte da controladora GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S.A., exatamente porque o motivo para a propositura da ação de responsabilidade de administradores decorreria de operação sobre a qual a controladora teria participado e, ao que parece, teria interesse direto, sem prejuízo do fato de que os administradores da SMILES, Constantino de Oliveira Junior, Joaquim Constantino Neto, Ricardo Constantino, Cláudio Eugênio Stiller Galeazzi, André Coji, Leonardo Dutra de Moraes Horta, Leonardo Porciúncula Gomes Pereira e Edmar Prado Lopes Neto seriam cotistas de Fundos controladores da GOL LINHAS ÁEREAS, a confirmar os interesses conflitantes na deliberação assemblear em questão.

O primeiro ponto a ser analisado, no caso, envolve o perigo de dano sustentado pela parte autora para justificar esta tutela de urgência antecedente à arbitragem.

A presente ação foi distribuída livremente, em 1.2.2021, às 10h01, e o pedido da autora envolve assembleia geral extraordinária da companhia SMILES FIDELIDADE, convocada para o dia de amanhã (4.2.2021), às 10h.

No entanto, a Ata da Reunião do Conselho de Administração, ocorrida em 29.12.2020, dá conta de que as autoras, desde aquela data, estavam cientes da designação do dia de amanhã para a realização da referida assembleia geral extraordinária (fls. 546/551), sem prejuízo da convocação formal, que teria ocorrido em 13.1.2021.

De acordo com a mesma Ata de Reunião, somada aos fatos apontados pela requerida, referida AGE foi convocada em atendimento a pedido formulado pelas próprias

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL CÍVEL

2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM

Praça Doutor Joao Mendes, S/N, ., Centro - CEP 01501-000, Fone: (11)

2171-6632, São Paulo-SP - E-mail: sp2vemp@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

acionistas minoritárias, ora autoras, e acolhido pela administração da SMILES naquela ocasião.

Ainda no plano de perigo de dano, não se pode desconsiderar que a matéria de fundo, motivo para a ação de responsabilidade contra administradores que a parte autora parece indicar seja de urgente propositura ou, ao menos, de imediata deliberação pelos acionistas da SMILES, constitui questão altamente litigiosa, objeto de procedimento arbitral cuja instauração já foi requerida.

Aliás, extraio da petição formulada pelos autores naquele procedimento arbitral que, ao postularem a instauração da arbitragem, para além da anulação das operações de compras antecipadas de passagens realizadas entre SMILES e GOL e a condenação dos requeridos à indenização por perdas e danos sofridos, entre outras verbas, mencionam expressamente no item “f” pedido de “concessão de outras tutelas” (fl. 1.059), o que incluiria abstenção de atos, convocação de reuniões ou assembleias, suspensão de efeitos de deliberações sociais ou de decisões da administração, entre outros, o que acaba por gerar fundada dúvida neste juízo acerca do interesse processual para a propositura desta ação pré-arbitral, quando aquele procedimento já está em fase avançada, inclusive com a indicação de árbitros.

O contexto impõe, também, alguma dúvida sobre a existência de conexão com a ação cautelar pré-arbitral distribuída perante o juízo da 1ª Vara Empresarial em data anterior (processo n. 1059312-80.2020.8.26.0100), envolvendo as mesmas partes e tendo por causa de pedir, ao menos remota, exatamente a operação que fundamentaria a deliberação em assembleia acerca da propositura de ação de responsabilidade contra os administradores da SMILES FIDELIDADE S/A. Naquela ação, ao que consta, foi indeferida a tutela de urgência postulada pelos autores.

De todo modo, houve distribuição livre da presente cautelar, às vésperas da AGE, o que impõe a análise do pedido de urgência e, na sequência, a verificação da existência de conexão entre as duas cautelares ou mesmo a perda de interesse processual, diante da instalação do Tribunal Arbitral.

Nesse sentido, os documentos das fls. 1076/1081 indicam que os três árbitros já foram escolhidos e, ao que parece, o prazo para impugnação ao Presidente do Tribunal



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL CÍVEL

2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM

Praca Doutor Joao Mendes, S/N, ., Centro - CEP 01501-000, Fone: (11)

2171-6632, São Paulo-SP - E-mail: sp2vemp@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Arbitral escoaria na próxima segunda-feira, 8.2.21, situação que, com todo respeito à alegada urgência noticiada pela parte autora, está muito longe de confirmá-la, sobretudo em contexto que, mesmo sem qualquer análise propriamente do mérito da operação questionada naquele procedimento arbitral, indica não haver nenhuma dúvida de que aquele litígio constitui prejudicial a qualquer medida voltada à apuração de responsabilidade de administradores, nos termos do artigo 159 da Lei n. 6.404/76.

Portanto, não vislumbro o perigo de dano sustentado pela parte autora, a não ser, é verdade, pela ocorrência da AGE no dia de amanhã, o que justifica a análise deste pedido cautelar antecedente, apesar de todos os pontos acima mencionados.

Não posso deixar de mencionar que, se urgência existe, foi criada pela própria autora, ao postular a convocação de AGE para deliberar sobre ação de responsabilidade contra os administradores da SMILES, mesmo na pendência de disputa arbitral acerca da validade da operação que fundamentaria a causa de pedir da referida ação contra os administradores.

A propósito, alguns dos administradores da SMILES figuram como requeridos no procedimento arbitral mencionado, situação que, também possivelmente, acabará por gerar relação de conexidade entre as demandas, o que, igualmente em tese, poderá ocorrer com o noticiado “procedimento arbitral pelo qual será buscada a tutela final de declaração de impedimento de voto da Requerida para deliberar quanto ao ajuizamento da ação de responsabilidade civil contra os administradores da Smiles, fundada no artigo 159 da Lei Federal n. 6.404/76 (‘LSA’)”, a ser distribuído pela parte autora perante o juízo arbitral, segundo afirma na petição inicial.

Reduzido o perigo de dano apenas e tão somente ao contexto cronológico de que amanhã ocorrerá a AGE na qual haverá deliberação acerca da propositura de ação de responsabilidade contra os administradores pelos acionistas da SMILES, em relação a qual a parte autora entende exista conflito de interesses pela controladora, o que lhe impediria de exercer seu direito de voto, passo à análise da probabilidade do direito alegado pela parte autora.

Nesse sentido, é preciso destacar como premissa inicial que se trata de pedido formulado por acionistas minoritários (não pude extrair se titulares de menos de 5% do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM
 Praça Doutor Joao Mendes, S/N, ., Centro - CEP 01501-000, Fone: (11)
 2171-6632, São Paulo-SP - E-mail: sp2vemp@tjsp.jus.br
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

capital social, o que era mesmo relevante saber), voltado a substituir regra societária que envolve direito de voto pela acionista controladora. É dizer, a depender do resultado desta decisão, prevaleceria a vontade da minoria dos acionistas sobre a vontade da maioria, contexto que me parece bastante excepcional, por todos os ângulos, mas, como maior razão em sede de tutela cautelar antecedente tão precária como a presente, por todos os pontos acima expostos.

Assim, antes mesmo de qualquer análise sumária de mérito, não posso deixar de considerar que a estrutura jurídica de regulação das sociedades anônimas apresenta ferramentas que podem ser consideradas eficientes para proteger acionistas minoritários do abuso de controladores, embora o contrário não possa ser afirmado de forma tão assertiva.

O artigo 117 da Lei n. 6.404/76, não por acaso, dispõe sobre a responsabilidade do acionista controlador, que responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder, o que me parece incluiria a hipótese aqui tratada, sobre a qual a parte autora tenta se ver protegida, a partir da tutela jurisdicional postulada.

De todo modo, a parte autora entende deva a acionista controladora ser impedida de exercer seu direito de voto na AGE que ocorrerá no dia de amanhã, o que requer seja apreciado, em caráter antecedente, por este juízo.

A requerida GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S.A. é controladora da SMILES FIDELIDADE S.A., sendo titular de 51.60% da participação acionária, conforme Formulário de Referência 2020 da Smiles Fidelidade S.A (fls. 553/855).

A ordem do dia da Assembleia Geral Extraordinária convocada para o dia 5.2.21, por sua vez, consistiria em: *“Deliberar sobre a eventual propositura de ação de responsabilidade civil, nos termos do artigo 159 da Lei n. 6.404/76, em face dos Srs. Constantino de Oliveira Junior, Joaquim Constantino Neto, Ricardo Constantino, Cláudio Eugênio Stiller Galeazzi, André Coji, Leonardo Dutra de Moraes Horta, Leonardo Porciúncula Gomes Pereira e Edmar Prado Lopes Neto com relação ao contrato de compra antecipada de passagens aéreas celebrado no dia 05 de julho de 2020”* (fl. 552).

A propósito dos mencionados administradores da SMILES, consta do documento da fl. 802 que Constantino de Oliveira Junior, Joaquim Constantino Neto e Ricardo Constantino, juntamente com Henrique Constantino (o último, também parte no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL CÍVEL

2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM

Praca Doutor Joao Mendes, S/N, ., Centro - CEP 01501-000, Fone: (11)

2171-6632, São Paulo-SP - E-mail: sp2vemp@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

procedimento arbitral mencionado), figurariam como cotistas de dois FUNDOS, os quais, por sua vez, seriam controladores da GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S/A, que ao seu turno, é a controladora da SMILES.

Por esse quadro, as autoras denominam os administradores Constantino, Joaquim e Ricardo como “controladores indiretos da Smiles”, até porque 100% do capital votante da Gol seria detido pelo Fundo FIP Volluto, do qual seriam aqueles cotistas – fls. 15/16.

Com base em tais fatos, afirmam que a participação da requerida na deliberação assemblear de amanhã não estaria orientada à persecução dos interesses da SMILES, mas à preservação de seus interesses pessoais na rejeição da propositura de ação de responsabilidade contra aqueles.

Ocorre que, em um juízo de cognição sumária dos fatos, não extraio a probabilidade do direito alegado pela parte autora e as razões podem ser resumidas em algumas dúvidas que persistem a este juízo, não obstante o relato trazido na petição inicial.

Primeiro, a propositura da ação de responsabilidade contra os administradores da SMILES, neste momento, considerada a existência de disputa arbitral em trâmite acerca da efetiva validade da operação de compra antecipada de passagens realizadas entre Smiles e Gol entre março e julho de 2020, bem como o repasse de despesas com serviços prestados em benefício da Gol realmente iria ao encontro dos interesses da Smiles, sobretudo em cenário bastante delicado para o setor aéreo, por conta da pandemia da Covid-19.

Segundo, a requerida GOL LINHAS AÉREAS, de fato, exercerá seu direito de voto sem observar os interesses da SMILES ou com o fim de causar dano à Companhia ou a outros acionistas.

Terceiro, deliberar contra a propositura da ação de responsabilidade contra os administradores da SMILES, neste momento, geraria vantagem à controladora GOL ou, o que me parece mais relevante, causaria prejuízos à Companhia ou a outros acionistas, exatamente por conta da pendência de disputa arbitral sobre a causa de pedir que parece justificar referida ação de responsabilidade.

Quarto, seria possível reconhecer antecipadamente que o exercício do direito de voto pela controladora GOL acerca da pertinência da propositura de ação de responsabilidade contra os administradores da Smiles configuraria interesse conflitante com



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM
 Praça Doutor Joao Mendes, S/N, ., Centro - CEP 01501-000, Fone: (11)
 2171-6632, São Paulo-SP - E-mail: sp2vemp@tj.sp.jus.br
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

o da Companhia.

Este juízo não desconhece as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do que se convencionou denominar conflitos de interesse formal e material ou substancial, diferenciação que Modesto Carvalhosa afirma ser uma “dialética sofisticadamente criada, sem nenhuma base normativa” (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 2º volume. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, fl. 561).

Na verdade, a Lei n. 6.404/76 em seu artigo 115 restringe o exercício de voto do acionista com “interesse conflitante”, sem qualquer diferenciação ou gradação.

O que ocorre é que nem todo exercício abusivo do direito de voto em razão de interesse conflitante pode ser aferido antecipadamente, razão pela qual, em alguns casos, realmente só poderá ser verificado *a posteriori*, por meio de um exame do contexto da deliberação, de seu conteúdo e de suas consequências.

Por esse quadro, observados os fundamentos apresentados acima, não tenho como afirmar, em uma análise de cognição não exauriente, que a requerida, *a priori* estaria em posição de interesse conflitante com a Companhia para o fim de retirar-lhe seu direito de voto na deliberação que ocorrerá amanhã.

Veja-se que nem se trata de fazer um juízo sumário acerca da invalidade da operação de compra antecipada de passagens realizadas entre Smiles e Gol entre março e julho de 2020 ou dos repasses de despesas com serviços prestados em benefício da Gol, como parece postular a parte autora e, de certo modo, leva a requerida a defender-se.

A questão, a meu ver, é antecedente. Não tenho sequer como aferir, a partir dos fatos apresentados em potência pela parte autora, esteja a controladora em posição de conflito de interesses com a Companhia, exatamente por força das questionáveis razões que justificariam a medida a ser tomada na data de amanhã, a qual, repito, decorreu de insistente pedido formulado pelas aqui autoras, na qualidade de acionistas minoritárias, à administração da Companhia Smiles, ausente qualquer notícia de que haveria grave dano em se aguardar alguns dias até que Tribunal Arbitral fosse instalado, exatamente para deliberar sobre o tema que é pano de fundo para a ação de responsabilidade cuja pertinência da propositura pretendem urgentemente deliberar no dia de amanhã.

Não se perca de vista que o deferimento da tutela de urgência aqui postulada, por



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM
 Praca Doutor Joao Mendes, S/N, ., Centro - CEP 01501-000, Fone: (11)
 2171-6632, São Paulo-SP - E-mail: sp2vemp@tjsp.jus.br
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

via transversa, seria o mesmo que conceder às acionistas minoritárias, titulares de aproximadamente 5% do capital social, o direito de decidir pela Companhia SMILES qual seria seu melhor interesse neste momento em relação à pertinência da propositura da ação de responsabilidade contra os administradores, quando a estrutura societária aponta para a prevalência da regra da maioria, ao mesmo tempo em que prevê diversos deveres aos controladores, os quais, sem nenhuma dúvida, ao exercerem seu direito de voto em situações como a presente, sabem perfeitamente do risco de responsabilização em caso de abuso de poder, conforme o já referido artigo 117 da Lei n. 6.404/76.

Por fim, também não se olvide do fato de que acionistas que representem 5% do capital social poderão propor a ação de responsabilidade, caso a assembleia delibere por não o fazer, conforme artigo 159, § 4º, da Lei n. 6.404/76, o que reforça a ausência dos requisitos para o deferimento da tutela de urgência requerida pela autora.

Posto isso, **INDEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA.**

2- Embora o pedido formulado tenha natureza de tutela antecipada antecedente, por se tratar de medida antecedente a procedimento arbitral, o pedido principal será feito perante os árbitros.

Portanto, tendo em vista que este juízo não é competente para processar e julgar a demanda principal, deixo de determinar o aditamento da petição inicial, nos termos do artigo 303, § 6º, do Código de Processo Civil, e aplico o disposto no artigo 306 e seguintes do Código de Processo Civil.

Registro ser necessária a adoção analógica desse regramento, pois, ao se fazerem incidir os dispositivos concernentes à tutela antecipada antecedente, chegar-se-ia a um ponto sem solução, para o caso específico das medidas antecipatórias pré-arbitrais, já que, como dito, haveria necessidade de aditamento para o procedimento comum e o juízo não seria o competente para julgá-lo.

Por consequência, nos termos do artigo 306 do Código de Processo Civil, defiro à requerida o prazo de cinco dias para contestar o pedido.

3- Após, manifeste-se a parte autora em réplica, no prazo de cinco dias, e venham para sentença.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM
Praça Doutor Joao Mendes, S/N, ., Centro - CEP 01501-000, Fone: (11)
2171-6632, São Paulo-SP - E-mail: sp2vemp@tjsp.jus.br
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

4- Fls. 999/1001: recebo como emenda à inicial. Anote-se o novo valor dado à causa. Providencie a serventia a conferência da guia, nos termos das NSCGJ.

5- Cumpra-se.

6- Intimem-se.

São Paulo, 04 de fevereiro de 2021.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**