Jurisprudência Comentada

CONSELHO FISCAL: AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PROCESSUAL DE ACIONISTA PARA OBTENÇÃO DE INFORMAÇÃO EM NOME DE CONSELHEIRO*

Comentários de FREDERICO SIMIONATO
ao acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo
na Apelação Cível n. 131.697-1

Ap. 131.697-1, 1ª C., j. 6.12.90, rel. Des. Roque Komatsu.

Sociedade Anônima - Acesso a informações e documentos pertinentes aos negócios sociais - Ação proposta por sócio em nome do conselheiro fiscal por ele indicado - Ilegitimidade ad causam - Titularidade do direito atribuída ao Conselho Fiscal e seus membros, responsáveis pelo controle e fiscalização dos órgãos da administração - Irrelevância de ter sido o conselheiro eleito por grupo de acionistas - Fato que não o confunde com a figura do mandatário ou de representante orgânico - Carência de ação mantida.

O Conselho Fiscal de sociedade anônima é órgão de controle, fiscalização e também de informação cuja atividade não se esgota na mera revisão de contas, vindo a atingir a própria fiscalização da gestão administrativa.

A legislação confere ao membro do Conselho o poder de pedir ao órgão — e este, certamente, não poderá recusar, conforme opinião generalizada da doutrina nacional — que solicite à administração esclarecimentos ou informações, assim como elaboração de demonstrações financeiras e contábeis.

Não pode o sócio exercer esta função em nome do conselheiro, como também não pode em nome deste pleitear em juízo o direito de acesso a informações e documentos, ainda que tenha sido quem o indicou para o cargo, pois o fato de o conselheiro fiscal ter sido eleito por grupo identificado de acionistas não o confunde com a figura do mandatário ou de representante orgânico.

Acórdão — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 131.697-1, da comarca de Santos, em que é apelante Luiz Alberto Azevedo Levy, sendo apelados Cia. Central de Armazéns Gerais (ou Cia. Central) e outros: Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

1. Cuida-se de medida cautelar inominada, requerida por sócio, detentor de 1.522.409 ações ordinárias e nominativas da Cia. Central de Armazéns Gerais, e que deixou, em dezembro/86, o cargo que ocupava na diretoria da companhia. Pretende medidas tendentes a permitir a um conselheiro, indicado pelo autor, ter acesso a todas as informações e documentos pertinentes aos

* Trabalho apresentado no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pp. 282-283.

negócios sociais, em qualquer época e sem qualquer restrição.

A sentença julgou extinto o processo, reconhecendo o autor como carecedor da ação (fls. 80). Recurso do demandante, que pede a reforma e a confirmação da liminar (fls. 112).

2. A ré é uma sociedade anônima fechada. O autor é detentor de mais de 10% do capital social. Em dezembro/86, deixou o cargo que ocupava na diretoria da companhia. Em agosto/88, obteve ele a realização da Assembléia-Geral, na qual foi atendido o seu direito à instalação do Conselho Fiscal, com a indicação de um membro (Sr. Leonídio França) de sua confiança na composição do mesmo. Afirma-se que o citado conselheiro "teve negada, por escrito (docs. 9 e 10), a possibilidade de examinar quaisquer documentos referentes a apurações de exercício anterior (1987)". Alegando a prática de atos danosos dos administradores, o autor propôs a presente demanda, visando a que se permita ao Sr. Leonídio França, conselheiro indicado pelo autor, o acesso a todas as informações e documentos pertinentes aos negócios sociais, em qualquer época, sem nenhuma restrição (fls. 5).

O autor foi julgado carecedor da ação, em face da inexistência do *periculum in mora*. Insurge-se ele e fazendo referência principalmente à exibição de documentos e livros, pede o afastamento da reconhecida carência.

3. A carência da ação deve ser mantida, mas com outro fundamento. O autor é sócio e não é membro do Conselho Fiscal. E pretende que o conselheiro, que foi por ele indicado (indicação, e não procurador ou mandatário do autor, no Conselho) possa ter acesso a informações e documentos. E aqui no processo, também, o Conselheiro Leonídio França não é procurador do sócio demandante e também não é seu substituto processual, em face de autorização da lei.

O que o autor pretende, deve ser feito pelo Conselho Fiscal ou então pelo Conselheiro. Aquele se caracteriza como órgão de controle e fiscalização e também de informação não se esgotando na mera revisão de contas indo atingir a própria fiscalização da gestão administrativa. Enquanto, de maneira genérica, a competência geral de fiscalizar e informar é conferida ao órgão, o nosso legislador, de maneira específica, refere-se diretamente aos Membros do Conselho, especialmente ao poder de pedir ao Conselho — e este certamente não poderá recusar (opinião generalizada da doutrina nacional) que solicite aos órgãos de administração esclarecimentos ou informações, assim como a elaboração de demonstrações financeiras e contábeis. E no tocante aos deveres e responsabilidades, estão os membros sujeitos ao mesmo regime ditado para os administradores, respondendo pelos danos resultantes de omissão ou cumprimento de seus deveres e atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto.

O pedido foi formulado inadequadamente. O Conselheiro, apesar de indicado pelo autor, é figura autônoma do sócio, na estrutura e organização da companhia. O fato de o Conselheiro Fiscal ter sido eleito por grupo identificado de acionistas não o confunde com a figura do mandatário ou de representante orgânico. Defende-se em seu prol a titularidade orgânica, e com a eleição passaram a declarante da vontade do todo, como órgão, vale dizer, como parte integrante do organismo.

Waldirio Bulgarelli (*O Conselho Fiscal nas Companhias Brasileiras*), em que se colheram as observações acima constantes, reconhece que existe uma ligação direta do Conselho com a minoria. E uma das conseqüências dessa ligação é propiciar à minoria, através de informações, a adoção de medidas também diretamente voltadas para a sociedade, como, p. ex., requerer a instalação da Assembléia-Geral (art. 123), pedir judicialmente a exibição de livros (art. 105) ou, ainda, desencadear a ação direta de acionista prejudicado, como previsto no § 7º do art. 159.

Aqui, não se cuida de adoção de tais medidas. Pede-se que o conselheiro tenha o direito de acesso a informações e documentos. Ele é que deveria ter formulado tal pretensão e não o autor, que não é conselheiro. E não se propôs a exibição de livros, para que o autor pudesse examiná-los.

Assim, a extinção do processo está correta. Nega-se, pois, provimento à apelação.

O julgamento teve a participação do Des. Luiz de Azevedo, pres. e Renan Lotufo, com votos vencedores. São Paulo, 6 de dezembro de 1990, Roque Komatsu, relator (*RT*-670/77).

Comentários ao acórdão

Frederico Simionato

O acórdão trata de caso no qual acionista de uma sociedade por ações fechada, detentor de pouco mais de 10% do capital social em ações ordinárias e nominativas, requereu a instalação e funcionamento do Conselho Fiscal para apuração de possíveis irregularidades na condução dos negócios sociais.

Instalado e funcionando o Conselho Fiscal, o conselheiro indicado pelo referido acionista, ou seja, o "conselheiro da minoria", teve dificuldades no exercício de seus poderes fiscalizatórios, lhe sendo obstada toda e qualquer atuação tendendo à verificação e obtenção de informações sobre a administração.

Diante desta situação, o acionista propôs medida judicial objetivando que fosse expedida uma "ordem" ou um "mandado", obrigando ao órgão administrativo da sociedade o fornecimento de todas as informações necessárias ao "seu conselheiro", para que este as examinasse, emitindo seu parecer.

Na verdade, esta pretensão é um tanto quanto extremada, em razão que o acionista, por ignorância ou não, sufoca seu próprio conselheiro, retirando-lhe atribuições legislativas, e considerando-o como simples encarregado, esquecendo dos inúmeros poderes-funções que são conferidos ao membro do Conselho Fiscal, quer sejam nos conflitos intra-societários (entre os órgãos), como na possibilidade de atuação judicial.

Entendemos, que a conduta dos membros do Conselho Fiscal se fundamenta sobre uma trilogia, representada pela atuação individual, autonomia e independência, e sequer deve-se falar em decisão majoritária como sua metodologia das decisões.

Tanto é verdade, que o artigo 163 da Lei n. 6.404/76, deve ser interpretado em consonância com estes princípios, ou seja, todas as funções por ele regulamentadas, são mesmo de competência individual do conselheiro, e não lhe pode ser colocada qualquer restrição estatutária.

Com efeito, também na anterior disciplinação revogada pela atual Lei n. 6.404/76, as funções do Conselho Fiscal eram de atribuição individual, e não de atuação coletiva do órgão.[1]

No Direito Comparado, principalmente na Itália, a estruturação do funcionamento da fiscalização societária é conceituada como órgão, que *delibera por maioria*.

Na Itália, o *collegio sindacale*, é considerado um órgão interno da sociedade, composto de membros nomeados pela Assembléia, aos quais é atribuída a função de controlar a administração da sociedade, funcionando colegialmente com deliberação em maioria, salvo algumas exceções.[2]

Vale mencionar a lição de Giuseppe Ferri, quando assinala sobre as funções do collegio sindacale, dizendo que "A tal fine la legge consente ai sindaci di procedere, anche individualmente, ad atti di

1. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre T. Guerreiro, *Das sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1979, v. 2, p. 490.

2. Francesco Galgano, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, Padova, CEDAM, v. 7, 1984, p. 281.

ispezione e di chiedere notizie sull'andamento della gestione sociale o di determinati affari".[3]

Note que neste país o *sindaco* é eleito por um prazo de no mínimo três anos, somente podendo ser destituído por justa causa, e mediante homologação judicial, quando ele terá oportunidade de ser ouvido, e apresentar os esclarecimentos de sua conduta.[4]

Sendo assim, a doutrina italiana é pacífica em considerar o *collegio sindacale* como um órgão que se manifesta por deliberações majoritárias, porém, ressalta da importância da atuação individual.

Na França, o seu sistema de fiscalização é constituído pelos *commissaires aux comptes*, que são pessoas que atuam tanto individualmente, como por sociedades civis registradas.

Neste país também se discute a natureza jurídica das atribuições dos *commissaries aux comptes*, sendo que em virtude do restrito direito de informação individual dos acionistas, a lei encarrega um profissional de verificar as contas *em seu nome*.[5]

Seguindo a esteira do referido autor, pode-se afirmar, que através da Lei de 1º de março de 1984, que alterou algumas disciplinações sobre a fiscalização nas sociedades por ações francesas, colocou-se a discussão da natureza jurídica das atribuições dos *commissaires aux comptes* em nova direção. Com efeito, a partir do momento em que os empregados, o ministério público e, às vezes, a Comissão de Operações em Bolsa, podem intervir na nomeação e revogação destes *commissaires*, tornou-se impossível assimilá-los aos outros órgãos. Na verdade, os *commissaires* tendem a constituir um componente particular da empresa, *ao serviço não somente dos representantes do capital, mas também dos empregados, e também, de maneira mais atenuada, da coletividade*.[6]

No Brasil, estamos com Cunha Peixoto, que considera o Conselho Fiscal um órgão opinativo e nunca força executiva, situação que lhe retira a característica de colegial, sendo que a Assembléia pode mesmo sufragar o voto vencido, em vez daquele pronunciado pela maioria.[7]

O postulado é simples: você pode julgar e administrar por maioria, porém, fiscalizar não.

Sendo assim, andou corretamente o julgado, seguindo a boa doutrina, tanto que ressaltou a característica da atuação individual do conselheiro no cumprimento de suas atribuições.

Não há dúvidas, pela atual disciplinação legislativa, que os conselheiros devem atuar individualmente, como dever-função, não apenas nos casos expressos pela Lei, mas devem também, em decorrência do seu cargo, exercitar as funções cometidas ao órgão.[8]

Em realidade, a estruturação do Conselho Fiscal talvez seja a mais debatida em relação aos demais órgãos sociais haja vista que torna-se inegável reconhecer, mesmo que sutilmente, um resquício da teoria do mandato na sua natureza jurídica.[9]

É importante ressaltar que a relação acionista-conselheiro, quanto mais no caso do representante da minoria, possui um liame intersubjetivo muito diferente se o analisamos e comparamos junto aos demais órgãos sociais existentes na sociedade por ações.

3. *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino, UTET, 1972, p. 344.

4. Francesco Galgano, ob. cit., pp. 282-283.

5. Yves Guyon, *Droit des Affaires*, Paris, Economica, t. 1, 1990, p. 363.

6. Ibid., p. 367.

7. Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *Sociedade por ações*, São Paulo, Saraiva, 1973, v. 4, p. 138.

8. Waldirio Bulgarelli, *O Conselho Fiscal nas Companhias brasileiras*, São Paulo, Ed. RT, 1988, p. 185.

9. Na atualidade, a teoria do mandato perdeu toda sua razão, porém vale notar as considerações feitas por Roger Granger, *La nature juridique des rapports entre actionnaires et comissaires charges du controle dans le sociétés par actions*, Paris, 1951.

O caso em questão comprova este matiz específico, e no Direito Comercial deve-se sempre observar sua manifestação fenomenológica como forma de seu desenvolvimento e evolução. Por isso, acreditamos que no julgado acaba transparecendo uma outra situação mais complexa, ou seja, a peculiaridade da utilização da forma acionária (fechada), com a permanência de uma certa postura psicológica entre os acionistas que lembra a administração em uma "sociedade de pessoas", ou mesmo por responsabilidade limitada.

É óbvio que esta situação não é capaz de suplantar os próprios princípios da sociedade por ações, na qual os órgãos administrativos, em sua atuação, são manifestações da própria empresa, possuindo atribuições, deveres e responsabilidades específicas, que não se confundem com os seus acionistas.

Esta circunstância do órgão autônomo, que na verdade teve sua origem em decorrência da evolução do conceito de personalidade jurídica (pessoa distinta de seus sócios e como técnica organizacional) também é verificável, por exemplo, na sociedade por responsabilidade limitada. Todavia, pela característica própria de cada um dos referidos tipos societários, altera-se profundamente a forma de proceder a fiscalização da conduta administrativa.

Em verdade, este caso esconde outra situação, qual seja, a planificação organizativa existente para a estruturação entre uma sociedade por ações do tipo aberta, e para a forma fechada.

Entendemos, e a fenomenologia aqui verificada nos convence cada vez mais, que muitas das sociedades por ações (fechadas) existentes atualmente no Brasil, deveriam estar constituídas sob a forma de sociedade por responsabilidade limitada.

Na verdade, a estrutura do Conselho Fiscal na atual Lei das S.A. brasileira é feita para aquela empresa com elevada dispersão acionária, na qual é impossível permitir a livre investigação da administração pelos acionistas, impondo mesmo a participação de auditorias.

Neste cenário, é importante lembrar que o artigo 290 do Código Comercial estabelece que em nenhuma associação mercantil se pode recusar aos sócios o exame de todos os livros, documentos, escrituração e correspondência, e do estado da caixa da companhia ou sociedade, sempre que o requerer, com a ressalva que o contrato social poderá estipular datas próprias para tal.

Nas sociedades coletivas e também na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, se permite que os próprios sócios vigiem e fiscalizem *pessoalmente* a sociedade, entretanto, esta situação é diferente na sociedade por ações, quando estas podem conter centenas e milhares de acionistas.[10]

Evidentemente, em razão da escala e da sofisticada organização das companhias, é impossível entender aplicável este dispositivo às sociedades por ações, representando uma reminiscência de caráter contratual que não prevalece sob o risco da conturbação permanente das atividades da empresa.[11]

Desta feita, no caso em análise, o procedimento judicial apresentado pelo acionista minoritário confirma a tradição na qual, muitas vezes, o empresariado escolhe a forma acionária como representadora de *status* e posição social, ou também por incentivos de toda ordem.

Em realidade, neste julgado, ele (acionista) se julga como "dono da empresa", assim como se fosse sócio de uma sociedade por quotas ou coletiva (compartilhadores de algo comum), considerando o conselheiro fiscal como um reles encarregado, ali colocado para seguir suas ordens, jamais

10. Felipe de Solá Cañizares, *Tratado de Sociedades Anonimas en el Derecho Español e en el Derecho Comparado*, Barcelona, 1953, p. 285.

11. Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 368.

consistindo um órgão completamente distinto dos acionistas.[12]

Note que no momento do embate entre os acionistas, representado pela obstação de informações, ele (acionista) já se dirige diretamente ao judiciário — e não acreditamos que seu postulante ignorasse a via judicial correta — pedindo uma "ordem" que mande o órgão social prestar as informações devidas, relegando a participação do conselheiro.

Fica claro que o acionista teve que proceder à fiscalização da administração social, a qual ele inclusive participou em determinado momento, através do órgão competente apresentado pela legislação acionária, ou seja, o Conselho Fiscal, mas, quando o seu encarregado (menos até que mandatário) encontrou dificuldades em sua atuação, a acionista não teve receio de *em nome próprio* postular algo que não lhe cabia, pelo menos na forma por ele seguida.

Portanto, competiria ao conselheiro fiscal requerer judicialmente a medida necessária para a perfeita realização de suas atribuições, as quais poderiam ser tanto a convocação da Assembléia, e promoção da ação responsabilizatória, ou mais corretamente, seguindo a lição de Cunha Peixoto, ingressar em juízo requerendo a exibição dos livros.[13]

Sustentando a atuação individual do conselheiro, José Alexandre Tavares Guerreiro, considera, por sua vez, que não cabe ao membro do Conselho Fiscal requerer a exibição judicial de livros, no caso de imposição de óbices pelos demais órgãos administrativos à sua atuação fiscalizatória. Nesta esteira, afirma o referido Professor, que em razão da atual Legislação Processual Civil, e seus "rígidos esquemas de legitimação *ad causam*", constituiriam impedimento ao exercício do Direito de Ação do membro do Conselho Fiscal.[14]

Note que o referido questionamento possui uma enorme ligação com o objeto do Acórdão.

Com efeito, seria lícito questionar sobre o caso em questão: será que o membro do Conselho Fiscal, sabedor de sua fragilidade processual, deixou que o próprio acionista agisse judicialmente em seu nome? Note, ainda, que neste caso não haveria delegação de funções do conselheiro, proibida pela nossa legislação, haja vista que se ele não pode atuar judicialmente (exibição de livros), obviamente ele não pode delegar algo que não lhe pertence?!

Ainda sobre o tema, citamos diretamente o referido autor, quando comenta: "... a inexistência, no ordenamento positivo, de regras expressas que consagrem os conselheiros fiscais *como autênticos representantes legais dos acionistas* ou que autorizem a *substituição processual* destes últimos por aqueles, pode implicar em objeções de caráter formal, inibidoras, na prática, do *ius actionis dos commissaires aux comptes*".[15]

Desta premissa, tanto seria lícito ao Conselheiro requerer judicialmente medidas a permitir sua fiscalização, como, *se ele é um representante do acionista*, também a este (acionista) seria possível requer uma "ordem judicial" que obrigasse à administração fornecer todas as informações necessárias para que o seu representante pudesse agir na fiscalização. Parece, que esta é uma conclusão vedada pelos artigos 161, § 6º e 163, § 7º da Lei n. 6.404/76, e pela própria sistematização da estrutura orgânica da sociedade por ações brasileira.

É preciso ressaltar que a relação entre acionista-conselheiro se restringe à forma de nomeação, impondo, conseqüentemen-

12. Quanto à sociedade por responsabilidade limitada, parece, que a melhor forma de fiscalizar a sua administração seria a contratação de peritos, para que agissem junto com os sócios, e não pelos sócios.

13. Ob. cit., p. 150.

14. "O Conselho Fiscal e o Direito à Informação", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 45, ano XXI, jan-mar, 1982, Nova Série, p. 33.

15. Ibid., (grifos nossos).

te, uma atuação isolada, porém, não "a serviço daquele que o indicou".

O Conselho Fiscal é o local em que se encontram representados os vários segmentos acionários (minoria, preferencialista e controlador), sendo que a atuação fiscalizatória de cada um é volvida para a verificação de atos prejudiciais à companhia, o que redunda na sua atribuição específica, que não deve ser confundida com a sujeição àqueles mesmos segmentos.

Em virtude destas características, que são demonstradoras da complexa natureza jurídica da estrutura do Conselho Fiscal, resta considerar que, em nosso entendimento, existiriam procedimentos diferenciados a cada qual. Por conseguinte, o conselheiro teria legitimidade para propor, judicialmente, as ações que entendesse necessárias, inclusive exibição de livros,[16] com toda a responsabilização que deste ato pudesse sofrer; o acionista, já possui toda uma disciplinação específica, e deveria agir sob o princípio do Direito à informação, seja qual for a medida judicial apresentada (responsabilização dos administradores ou exibição de livros). Ainda, nos parece um tanto quanto equivocada, a permissibilidade de autorizar o acionista à agir em nome do conselheiro haja vista que sua fundamentação seria a seguinte: se o conselheiro não agir judicialmente, eu (acionista) o faço em nome dele; esta situação é de todo confusa, porque tanto a atuação do conselheiro como do acionista são diversificadas, ou seja, cabe ao conselheiro e ao acionista promoverem a medida judicial que pretenderem, porém não é correto um aguardar o outro, ou mesmo, agir em nome do representado.

A medida correta, seria: se o conselheiro não agiu contra a administração, cabe ao acionista promover a medida adequada, não em nome daquele, mas, pelo contrário, em nome próprio, quando poderá inclusive responsabilizar não só a administração como também o conselheiro que se omitiu no seu poder-função ao deixar de propor as medidas judiciais necessárias para fazer valer sua atuação fiscalizatória.

Assim tudo se esclarece, ou seja, tanto conselheiro como acionista possuem mecanismos judiciais específicos a serem colocados em movimento em dado momento; se o conselheiro (que é a pessoa incumbida nas S.A. para promover a fiscalização) não a executar corretamente (seja não informando à Assembléia ou requerendo medidas judiciais), cabe ao acionista agir por sua própria conta, responsabilizando aquele que não cumpriu seus deveres societários.

No que toca à esfera processual, poderia se questionar: não teria sido um formalismo processualista julgar pela ilegitimidade do acionista? É verdade que o Acórdão se prendeu ao conhecido princípio processual de somente julgar aquilo que foi pedido, porém, entendemos que seria mais justo e razoável que o Tribunal houvesse convertido o referido pedido, aproveitando-o como exibição de livros, para que assim se observasse aos princípios da fungibilidade e economicidade dos atos processuais, dando solução ao caso, o que, em verdade, o julgado não o fez.

16. Esta é a lição de Yves Guyon, fundamentando-se na representação do acionista pelo *commissaires aux comptes* na fiscalização da companhia, ob. cit., p. 373.