

Jurisprudência comentada

CONSELHO FISCAL: COMPETÊNCIA ORGÂNICA E ATIVIDADE INDIVIDUAL DE SEUS MEMBROS*

Comentário de DOMÍCIO DOS SANTOS NETO
ao acórdão do TJSP na Apelação Cível 123.032-1-SP

Sociedade anônima — Membro do Conselho Fiscal — Possibilidade deste, por si só, requisitar informações necessárias para o desempenho da função de fiscalização e controle da gestão administrativa da sociedade — Artigo 163, § 2º, da Lei Federal n. 6.404, de 1976 — Sentença anulada — Recurso provido para esse fim.

Apelação Cível n. 123.032-1 — São Paulo — Apelantes e apelados: Washington Hatanaka e Fujiminas S.A. — Agro Pastoral e outros.

ACÓRDÃO

Acordam, em Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento ao recurso do autor, prejudicando o da co-ré.

A principal questão de direito discutida nos autos refere-se à interpretação a ser dada ao § 2º do artigo 163 da Lei Federal n. 6.404, de 15.12.76 (Lei das Sociedades Anônimas), que reza: “O Conselho Fiscal, a pedido de qualquer dos seus membros, solicitará aos órgãos de administração es-

clarecimentos ou informações, assim como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais”. Queixa-se o autor, acionista minoritário, de que o conselheiro fiscal eleito na forma do artigo 161, § 4º, a, da mesma Lei (eleito por acionistas minoritários), solicitou junto à administração da empresa informações relativas às contas do exercício de 1985, que lhe foram negadas sob a justificativa de que só o Conselho Fiscal, não o conselheiro, poderá exigí-las. Entende o contrário o demandante e esse é um dos fundamentos dos pedidos que formulou na inicial. A sentença deu razão aos demandados.

Com a devida vênia, há de entender-se diferentemente.

Os demandados trouxeram à colação lição de Modesto Carvalhosa a propósito do citado artigo 163, no sentido de que a recusa dos administradores em acolher o pedido dos conselheiros fiscais enseja duas medidas: convocação de assembléia para o fim de propor ação de responsabilidade civil contra os administradores, que deveriam dar cumprimento à exigência legal (artigos 158 e 159), ou exigir judicialmente a exibição dos livros.

A hipótese em exame é diversa, pois não se trata de pedido dos conselheiros fiscais, mas de um conselheiro fiscal, que, no entender da sentença, estaria impedido de pessoalmente exigir a exibição.

* Trabalho apresentado no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1997, na disciplina “Administração das Sociedades Mercantis em Direito Comercial Comparado II” (DCO 842), ministrada pelo Prof. Mauro Rodrigues Penteado.

A matéria já foi objeto de apreciação, como consta dos autos (fls. 372), por parte da Egrégia Oitava Câmara Civil desta Corte, que, ao julgar a Apelação Cível n. 62.520-1, de São Paulo, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Arthur de Godoy, adotou a tese ora defendida pelo apelante, com destaque a esse trecho: "Se ao Conselho Fiscal, como órgão, cabe a atividade de fiscalização e controle da gestão administrativa da sociedade, a cada conselheiro, de per si, deve caber o acesso às informações necessárias a essa função. Entender que apenas ao órgão competisse também a requisição de informações, significaria manietar a própria função fiscalizadora, negando a razão de ser do próprio Conselho Fiscal. E, mais que isso, importaria, no caso, em anular os meios de informação da minoria, sabendo-se que o demandado integra o órgão na condição de representante da facção minoritária dos sócios".

Tais considerações são de inteira e manifesta procedência. Num órgão colegiado fiscalizador da gestão administrativa, negar-se acesso ao representante da minoria a informações tidas por ele como necessárias para o desempenho de sua funções — será, no mínimo, anular o efeito que se pretende com a eleição, por essa minoria, de um seu representante.

Aliás, diga-se, esse conselheiro, como consta dos autos, teria solicitado a intervenção do Conselho Fiscal para o fim de obter as informações — sem êxito. Dizer-se, como os demandados, que caberia a esse conselheiro, unicamente, tomar as medidas que a lei lhe coloca ao alcance para exigir as informações desejadas, sem possibilidade de fazê-lo qualquer acionista interessado, será ignorar o disposto no artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas, que permite a ele promover ação de responsabilidade contra o administrador, pelos prejuízos causados à empresa (cf. *caput* e § 4º do referido artigo). Note-se que o acionista autor se absteve de votar as contas que lhe foram apresentadas exatamente em razão

desse fato, como consta da ata cuja cópia se lê às fls. 31.

Ora, adotando-se essa interpretação do artigo 163, § 2º, da Lei citada, conclui-se que o mínimo que se poderá deferir ao autor, afinal, será o acesso a tais informações, tidas como tão importantes para o exame das contas. Daí a necessidade de produção de provas, que foram negadas pelo eminente Magistrado de Primeiro Grau. Considere-se que a sentença, após destacar que cabe ao Conselho Fiscal coordenar as diligências pedidas pelos seus membros, inexistindo o dever de prestar informações a cada conselheiro, frisou ser "óbvio que o Conselho não pode deixar de atender aos pedidos de seus membros, salvo flagrante abuso ou quando aqueles pedidos já foram atendidos por outras requisições" (fls. 697). Mas — anota-se agora — se o Conselho, não obstante não se tratar de pedido abusivo ou repetitivo, deixou de atender ao pedido de um dos seus membros; e se, por outro lado, esse mesmo conselheiro não tomou as medidas legais que poderia eventualmente tomar para ter acesso às informações — seria de muito rigor entender-se que o sócio minoritário há de conformar-se com a situação, impedido que diz ter ficado de examinar as contas, por deficiência de informações. Entre outras provas que o autor pretende se inclui — e principalmente — a relativa a tais informações, negadas ao conselheiro fiscal. Que venham elas para os autos, afinal, para que se possa apreciá-las.

Acrescente-se que ao pedir a declaração de responsabilidade dos administradores de empresa, evidentemente o demandante alega prejuízos causados por eles (cf. *caput* do artigo 159 da Lei Especial); e sem os elementos pretendidos à disposição não poderá especificar tais prejuízos.

Quanto às demais questões versadas nas razões de apelação do demandante, não convém sejam agora ventiladas, como as relativas ao contrato de mútuo de que participou a empresa. De qualquer forma, com a anulação da sentença e produção de provas, haverão de ser reapreciadas em Primei-

ro Grau, então com mais elementos de convicção.

Igualmente o apelo da ré reconvinte não pode ser apreciado agora, pois trata de alegada má-fé por parte do reconvindo, questão que fica em suspenso até nova apreciação do mérito em Primeiro Grau.

Ante o exposto, prejudicado o apelo da reconvinte e expressamente adotado o relatório de fls. 788 como parte integrante deste, dão provimento ao recurso do autor para anular a sentença de fls. 693.

O julgamento teve a participação dos Senhores Desembargadores Luiz de Azevedo (Presidente sem voto), Álvaro Lazzarini e Renan Lotufo (com declaração), com votos vencedores.

São Paulo, 28 de agosto de 1990. Luis de Macedo, relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR DO DES. RENAN LOTUFO

A respeitável sentença de fls. 693/702, após reputar confusas a inicial da ação e a contestação, resolveu não seguir a ordem das preliminares.

Começou por apreciar diretamente o pedido, dizendo que o fundamento do mesmo anulatório é a sonegação de informações a conselheiro fiscal e concluindo não assistir razão, por entender que o artigo 163, § 2º, da Lei Federal n. 6.404, de 1976, só protege o órgão enquanto colegiado, não seu membro individualmente.

Afirma a respeitável sentença:

“Admitir outra interpretação, tal como quer o autor, seria descaracterizar o próprio Conselho”.

Após, afasta a pretensão de anulação da Assembléia de 29.5.87 por entender não provado prejuízo, que, ademais, adviria de negócios celebrados pelo próprio autor.

A seguir afasta os demais pedidos e o último reputado principal, isto é, a declaração de impedimento dos membros da administração por não haver fato apurado.

A douta maioria no exame do apelo do autor concluiu pelo provimento por anular a sentença, prejudicado o apelo do reconvinte.

O eminente patrono da co-ré Fujiminas ofertou memorial em reforço à sustentação oral, que ensejou o pedido de adiamento.

Destaca o memorial a distinção entre a *ratio juris* do direito do acionista e o conselheiro fiscal, pelo que sustenta não ser direito do Conselheiro agir direta e isoladamente, se não quando o órgão, pela maioria, haja negado pedido formulado perante o mesmo. Diz: ... “Se ele não tem capacidade processual para postular em nome alheio (artigo 6º do Código de Processo Civil), porque a lei não lhe confere, “nome próprio”, não tem e não pode pedir informações se não cumprir com as prescrições legais...”.

Afirma não ser direito do conselheiro representante da minoria vasculhar, devasar a escrita da empresa, mas sim o de solicitar sobre rubricas determinadas do Balanço.

Conclui dizendo que o conselheiro fiscal não percorreu o *iter* previsto no direito positivo, não compareceu à assembléia, nem o acionista minoritário, que limitou-se a abstenção na votação, o que não implica em recusa das contas e do balanço.

O mais ponderado no memorial não chegou a ser apreciado no voto do Relator.

Impõe-se, em primeiro lugar, o exame da anulabilidade, ou não, da sentença, pelos motivos invocados para que se possa, então, examinar o mais deduzido, se ultrapassada a anulação.

O exame da capacidade do conselheiro leva à mesma conclusão da douta maioria, *data venia*.

Waldirio Bulgarelli em *O Conselho Fiscal nas Companhias Brasileiras*, Editora Revista dos Tribunais, 1988, examina a questão em profundidade e do mesmo se tem:

pág. 169: “O regime legal brasileiro do Conselho Fiscal, em termos de atuação,

o qual, em resumo, pode-se exprimir pelo binômio competência e responsabilidade, ora refere-se ao Conselho como um todo, ora volta-se para os seus membros, sugerindo desde logo a visão de que não foi concebido um órgão cerrado, monolítico, mas sim de certa maneira aberto e flexível, com visível plasticidade”.

Desenvolvendo a diferença entre o órgão e o seu membro diz:

pág. 182: “Em todos os órgãos da companhia, podem-se ver, transparentemente, a presença de atuação das pessoas físicas não absorvidas inteiramente pela figura do órgão, que se apresenta como instituto formal, aliás recurso técnico-jurídico utilizado para marcar a separação quando necessária, que deve existir entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas. Na comparação com os demais órgãos da companhia, não obstante haja sempre essa faixa de atuação individual que apontamos, no Conselho Fiscal ela atinge grau significativo, com a previsão da atividade individual como concorrente ou como disjuntiva, surgindo na normalidade, os conselheiros como projeções orgânicas individuais (355), agrupados sob a armadura legal”.

355 - Carvalhosa capta bem esse aspecto, ao enfatizar que: “Mais do que isso, o conselheiro fiscal, ao agir individualmente, na realidade está corporificando o próprio órgão fiscalizador. Não se submete, este exercício à vontade majoritária dos seus membros, nem à formal solicitação do órgão” (cf. ob. cit., pág. 256). Também Egberto Lacerda Teixeira e José A. T. Guerreiro, ob. cit., pág. 490 (nota de rodapé).

Ao concluir sua tese, vitoriosa no âmbito universitário, diz Bulgarelli:

pág. 206 “O pedido de informações à administração, a nomeação de perito e os pedidos de informações e de apuração de fatos específicos aos auditores independentes são medidas que a lei conferiu ao Conselho, como órgão, o que operacionalmente impõe uma deliberação coletiva, também com predominância volitiva. ... Retorna,

pois, novamente a questão já levantada por ocasião do primeiro exame da atividade concorrente dos membros em relação ao órgão, referida à dualidade de posições, uma voltada para a operacionalidade e a outra para a responsabilidade. ..., a questão centra-se na análise do alcance de poder de agir do Conselho, vale dizer, se com a recusa dos órgãos ou funcionários de atender às suas petições, pode ele agir diretamente, designando peritos para a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais” (artigo 163, § 2º, *in fine*, para obter esclarecimentos e apurar fatos específicos (artigo 163, §§ 4º e 5º) e tudo o mais que entenda necessário, e, ainda, se esse poder de agir estende-se, nas hipóteses específicas apontadas, aos próprios membros diretamente.

pág. 213: “... A conciliação a ser feita entre a exigência da deliberação coletiva e a admissão (e até imposição) da divergência indica, como primeiro fundamento, a natureza da ação fiscalizatória que, naturalmente, inflete sobre o tipo de declaração produzida pelos membros e sobre a deliberação orgânica, e que vai ainda alcançar, como vimos, a admissão de uma competência concorrente disjuntiva dos membros, tendo como efeito reduzi-lo, no órgão, a meramente homologatória”.

pág. 218: “Certamente as declarações dos conselheiros nos casos de pareceres, denúncias ou representações não serão mais ou menos verídicas, mais ou menos judiciosas, por força da vinculação ao princípio majoritário; a *major pars* aqui sem dúvida, não pode ser tida como a *melior pars*; se o princípio majoritário não serve para amortecer ou absorver as manifestações divergentes, até porque não lhes pode mudar a natureza, não haveria porque ser aceito. ...

pág. 219: “...; acreditando-se ainda que os conselheiros devem ter funções próprias, à ilharga do próprio órgão, e que sua atuação interessa não só aos minoritários, mas também a todos, deve-se também admitir a competência concorrente disjuntiva dos membros, ficando relegada a competência

do órgão a um papel meramente homologatório.

É bem verdade que posição doutrinária não impõe como a lei, mas, sempre ensaja melhor compreensão da mesma.

Logo, não cabe falar-se em *iter* obrigatório para o conselheiro minoritário, quando desatendido pode exigir o cumprimento dos deveres dos demais órgãos.

Inadmissível é a negativa de direito do membro, condicionando-o ao exercício conjunto e admitido majoritariamente.

Parece claro que violação houve ao direito da minoria quanto à informação.

Logo, a demanda merece seguir, porém, reconhecido tão-só o cerceamento de defesa.

Isto não afasta a hipótese, a meu ver, de possível inépcia parcial, posto que o exame subsequente ensinará a confirmação cabal, ou não, de que atos reputados lesivos à sociedade podem ter sido praticados originalmente pelo próprio autor, ainda que seus efeitos tenham ocorrido sob outra administração. Af, sim, poder-se-á aferir da inépcia da integridade ou de parte de premissões.

COMENTÁRIO

Domício dos Santos Neto

A questão não é nova. Na verdade, desde a época do Decreto-lei n. 2.627/40 se discute acerca da característica colegial do órgão "Conselho Fiscal" e da extensão das atividades individuais de seus membros.

Não obstante, verifica-se, ainda, uma certa confusão no que tange à interpretação desses dois aspectos relativos ao Conselho Fiscal, chegando a se entender em determinados casos, inclusive, que eventual característica colegial do órgão implicaria na exclusão da função individual dos membros.

E foi o que ocorreu no caso acima citado, onde o juiz de primeiro grau inadmitiu

a atuação individual de um membro do Conselho Fiscal, no tocante à solicitação de informações necessárias ao exercício da competente fiscalização, decisão posteriormente anulada em sede recursal.

Da exegese do sistema adotado pela lei de Sociedades Anônimas depreende-se a sua natureza de órgão colegial. Com efeito, o primeiro ponto a ser ressaltado é o princípio majoritário existente na composição e funcionamento do Conselho Fiscal. Nos termos do § 1º, do artigo 161, da Lei n. 6.404/76, o Conselho Fiscal deve ser composto de *no mínimo* 3 (três) membros, podendo-se extrair daí a necessidade de decisões coletivas do Conselho Fiscal.

A par disso, o § 7º, do artigo 163, estabelece a indelegabilidade das atribuições e poderes conferidos pela Lei ao Conselho Fiscal — e não aos membros individuais — bem como há a expressa menção na Lei à obrigatória existência de atas de reuniões e pareceres e ao registro da dissidência do membro divergente, para exclusão de responsabilidade (§ 2º, do artigo 165).

Todos esses fatores militam a favor da natureza colegial do Conselho Fiscal.

Nelson Eizirik ressalta essa característica, esclarecendo que "a Lei 6.404/76 conferiu ao Conselho Fiscal a natureza de órgão colegial, a deliberar pela maioria de votos de seus membros. O art. 163 da lei das S/A estabeleceu expressamente a competência do Conselho Fiscal (não dos conselheiros, individualmente considerados), tanto no "caput" como no seu § 7º, referindo, ademais, a existência de atas de reuniões e pareceres, somente possíveis em órgãos colegiados. Além disso, a menção ao registro da dissidência (art. 165, § 2º) pressupõe a deliberação colegiada e a decisão pelo voto da maioria".¹

Em face dos argumentos acima, não há dúvida — ao menos no que tange à melhor doutrina — quanto à natureza colegial

1. In *Reforma das S.A. & Mercado de Capitais*, Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p. 185.

do Conselho Fiscal. Resta, por outro lado, saber se tal natureza exclui de alguma forma a atuação individual dos membros do Conselho Fiscal em determinados casos.

O Conselho Fiscal, por dever legal está obrigado a exercer a fiscalização dos atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários (art. 163, I), devendo, inclusive, denunciar aos órgãos de administração ou à assembléia geral, conforme o caso, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem (art. 163, IV).

Constata-se, portanto, a verdadeira natureza fiscalizatória do Conselho Fiscal, a qual de maneira alguma poderá ser manipulada, em prejuízo dos minoritários e preferencialistas, amparando-se no fundamento de ser órgão colegial.

Vale dizer, a se entender o Conselho Fiscal como órgão estritamente colegial, de forma a vincular suas deliberações em razão da maioria de seus membros, estaria, na prática, impedindo a real consecução dos objetivos naturais de tal órgão, e, principalmente, esvaziando a atuação dos representantes dos minoritários e preferencialistas, o que tornaria inócuo o preceito contido na letra "a", do § 4º, do artigo 161, da Lei, que enseja a participação no Conselho de representantes dos minoritários e dos preferencialistas.

Assim, a atuação direta e individual do membro do Conselho Fiscal, sem estar adstrito a eventual deliberação majoritária do mesmo, se justifica exatamente na natureza das funções fiscalizatórias e informativas que lhe são imanentes.

Ademais, a própria Lei dispõe em seu artigo 163, § 2º, que: "o Conselho Fiscal, a pedido de qualquer dos seus membros, solicitará aos órgãos de administração esclarecimentos ou informações, assim como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais" (grifo nosso).

Cabe, portanto, ao membro do Conselho Fiscal, solicitar as devidas informa-

ções necessárias ao exercício da fiscalização. Tal solicitação deve, num primeiro momento, ser dirigida ao próprio órgão, que não terá nenhum poder para recusá-la, devendo acatá-la e encaminhá-la devidamente, salvo, é lógico, nos casos de abuso de direito.

Acrescente-se a tal argumento, a recente alteração do § 4º, do artigo 163, possibilitando ao Conselho Fiscal, *a pedido de qualquer de seus membros*, solicitar aos auditores independentes, se a companhia os tiver, esclarecimentos ou informações, e a apuração de fatos específicos.

Portanto, conforme Modesto Carvalhosa, "têm os conselheiros, individualmente, o poder de diligência".²

Além de tudo o que foi acima exposto, cabe lembrar que a Lei responsabiliza solidariamente os membros do Conselho Fiscal pela omissão no cumprimento de seus deveres, chegando o Prof. Waldírio Bulgarelli a concluir que, "para que dela possam eximir-se, é indispensável que procurem cumprir o determinado por lei. E se a maioria mancomunada com os diretores, procura impedir, cabe-lhe agir individualmente".³

Portanto, mais que um poder decorrente da lei ou da natureza do órgão de fiscalização, a atuação individual dos membros do Conselho Fiscal é até mesmo um ônus decorrente da função, ou, conforme define o Prof. Bulgarelli, um *dever-função*,⁴ tendente à liberação de uma eventual responsabilização.

Por esta razão é que Modesto Carvalhosa conclui que, "não obstante tais características que são próprias de todo organismo colegiado, o Conselho Fiscal, tendo por objetivo fiscalizar os atos dos administradores, não pode, por deliberação majoritária

2. In *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3ª v., Saraiva, São Paulo, 1997, p. 395.

3. In *O Conselho fiscal nas companhias brasileiras*, Ed. RT, São Paulo, 1988, p. 185.

4. Ob. cit., p. 185.

ria, cercear, sob qualquer forma, a iniciativa dos seus membros, no sentido de esclarecê-lo e informá-lo sobre as matérias de sua competência. Assim, será ineficaz qualquer regra estatutária ou regimental da administração ou do próprio Conselho Fiscal que retire, cerceie ou dificulte o exercício do poder de diligência. A nulidade desses impedimentos grosseiros de obstrução é inquestionável”.⁵

Assim, e calçados ainda no referido mestre, não poderá o Conselho, por decisão majoritária, negar qualquer pedido de informação que façam seus membros individualmente à administração ou aos auditores independentes; deliberar contrariamente ao direito individual de qualquer conselheiro de assistir às reuniões do Conselho de Administração e da diretoria, o de comparecer às assembléias gerais da companhia; cercear o direito individual dos conselheiros de contratar contador ou firma de auditoria, para assessorá-lo no desempenho de suas funções; deixar de atender à solicitação, de qualquer de seus membros, de convocação de assembléia geral; ou, deixar de denunciar aos órgãos sociais os erros ou fraudes que forem descobertos por quaisquer de seus membros individualmente.

Considerando, pois, segundo ainda Modesto Carvalhosa, que o poder de deliberação do Conselho Fiscal é restrito, porquanto não pode cercear, impedir ou negar qualquer providência de fiscalização indicada ou praticada individualmente pelos conselheiros, o regime deliberativo é meramente *homologatório* das medidas solicitadas pelos conselheiros, sendo *decisório* tão somente no que tange aos pareceres do Conselho.⁶

Portanto, a característica de órgão colegiado do Conselho Fiscal não afasta as competências individuais de seus membros, que deverão sempre exercer o poder de diligência, como próprio da natureza de suas atividades, e, mais que isto, como ato de rigor e vinculado às suas responsabilidades, sendo que nesses casos agiria o conselheiro corporificando o próprio órgão fiscalizador.

Neste particular, agiu bem o Tribunal de Justiça de São Paulo, nos termos do Acórdão acima, anulando a Sentença de primeiro grau, para permitir ao membro do Conselho Fiscal, por si só, requisitar as informações necessárias para o desempenho da função de fiscalização e controle da gestão administrativa da sociedade.

5. Ob. cit., p. 388.

6. Ob. cit., p. 389.