

O direito de fiscalizar pelo acionista minoritário nas sociedades anônimas abertas e fechadas

João Carlos Adalberto Zolandeck 03/10/2019

A sociedade anônima tem o seu capital dividido em ações e a responsabilidade dos acionistas é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas[i].

Este tipo de sociedade possui regulação especial (Lei 6.404/76), aplicando-se, nos casos omissos e subsidiariamente, o conteúdo do Livro II do Código Civil, que trata sobre o Direito de Empresa.

A sociedade anônima será aberta quando participante do mercado de valores mobiliários, com registro e negociação na Bolsa de Valores, e fechada quando não participar do referido mercado.

Na companhia fechada os atos de disposição de valores mobiliários ocorrem em conformidade com o estatuto social e não mediante a oferta pública (LSA, art. 4 e parágrafos), pois constituída por um grupo de pessoas com propósitos comuns. Neste último caso (companhia fechada) existe a *affectio societatis* enquanto concepção e objetivos originários, no sentido da observação obrigatória dos aspectos fundacionais da companhia, pois suas raízes emanam de uma sociedade *intuitu personae*, erigida para facilitar suas operações e a rampagem de seus negócios, preferida pelos investidores de capital à sociedade limitada, ante a submissão a regras de controle mais efetivas nos termos do que disciplina a LSA.

Percebem-se diferenças gritantes, que não podem ser ofuscadas a pretexto de convenientes, em relação às companhias abertas, de capital pulverizado, onde as ações são livremente negociadas, sendo elas, na essência, sociedades de capital e não de pessoas.

Segundo Nelson Eizirik algumas características essenciais da sociedade anônima podem ser destacadas, quais sejam: a) ela emite títulos representativos da participação no capital social (ações); b) as ações são livremente negociáveis; c) há transferência de riscos para os subscritores ou adquirentes sem alteração da estrutura da companhia; d) há limitação da responsabilidade dos acionistas ao preço de emissão das ações, exceto em relação ao voto abusivo e o abuso do poder de controle[ii].

O entendimento sobre o conceito legal e aspectos fundamentais das sociedades anônimas são necessários para introduzir o tema – o direito de fiscalizar pelo acionista minoritário –. É certo que a implantação de um sistema eficiente de governança corporativa, desde que dialógico e democrático, com órgãos de controle independentes, como é o caso do comitê de integridade/conformidade (*compliance*), além de *software* de compartilhamento de informações, são condições essenciais para dar estabilidade aos negócios da companhia, pois previnem conflitos internos, criam incentivos para dar atendimento ao princípio da transparência e permitem a criação de instrumentos hábeis ao monitoramento da empresa por todos os acionistas. Por consequência, haverá maior equilíbrio e estabilidade nas relações entre os agentes, dentre eles, os representantes legais das controladas e controladoras, acionistas, membros da diretoria, dos conselhos, comitês, administradores e outras estruturas peculiares de natureza prático-funcional.

Há, ainda, quem procure justificar o corriqueiro equívoco de que a assembleia de sócios (Assembleia Geral), realizada nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, responderia plenamente ao direito de fiscalizar, pois é nela que são tomadas as contas dos administradores e deliberadas as demonstrações financeiras (LSA, art. 122, III).

O requisito legal informador sobre a tomada de contas da administração e a respectiva deliberação sobre as demonstrações financeiras é tido como requisito mínimo e não guarda relação apenas com o direito de fiscalizar, mas com a regularidade da companhia, de sua atividade econômica e dos atos que pratica. Assim, caso o direito de fiscalizar não acomodasse espaço bem mais amplo, o legislador não o definiria como direito essencial e não dedicaria a ele um dispositivo legal específico na lei em comentário, espalhando efeitos para outros conteúdos legais previstos na própria LSA, como comenta Eizirik nas observações citadas.

O direito de fiscalizar a gestão social é um direito individual, potestativo e irrenunciável (Lei 6.404/76, artigo 109, III e CC, artigos 1.020 e 1.021), não podendo ser suprimido pelo contrato/estatuto social ou por deliberação[iii].

Antes de adentrar no que envolve propriamente o direito de fiscalizar, conceitua-se o acionista minoritário como sendo “*aquele que não controla a sociedade anônima, mesmo tendo direito a voto. Isso porque a sua quantidade de ações não é suficiente para que faça prevalecer a sua vontade nas deliberações sociais*” [iv].

O direito de fiscalizar é um dos direitos essenciais, previsto no artigo 109, III da LSA. Confirma-se: “*nem o estatuto social nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: (...) III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais*”. Deste modo, indaga-se: qual é a forma prevista na própria lei especial para o exercício deste direito? O posicionamento de Eizirik é no sentido de que o **direito à informação** está ao lado do **direito de fiscalizar**, pois, sem informações, torna-se impossível exercer a fiscalização por quem de direito [v]. Acrescenta o referido autor: “*O acionista pode fiscalizar a gestão dos negócios sociais por meio de: (i) participação na assembleia geral (artigo 121); (ii) recebimento de informações financeiras – balanço e relatórios – (artigos 133 e 135, § 3º); (iii) funcionamento do conselho fiscal (artigo 161); (iv) acesso aos livros da companhia (artigos 100, § 1º e 105); (v) auditoria independente (artigo 177, § 3º); e (vi) acesso às informações referentes a fatos relevantes e operações realizadas pelos administradores (artigo 157, §§ 1º e 4º)*” [vi].

A participação ativa dos acionistas na Assembleia Geral, inclusive os minoritários, é fundamental para dar efetividade ao direito de fiscalizar, pois previamente à assembleia poderão proceder ao exame e cotejo de documentos, a saber: o relatório da administração sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos do exercício findo; a cópia das demonstrações financeiras; o parecer dos auditores independentes; o parecer do conselho fiscal, inclusive votos dissidentes, e demais documentos pertinentes a assuntos incluídos na ordem do dia, nos termos do que dispõe o artigo 133 da LSA.

No caso de dúvidas decorrentes do exame dos documentos previamente disponibilizados, a AGO servirá para questionar e obter respostas do administrador e do auditor independente. Ocorrerá a suspensão do ato caso haja necessidade de esclarecimentos complementares, com a retomada ulterior das deliberações pautadas.

Em se tratando do direito de fiscalizar, as companhias abertas e fechadas **não são tratadas da mesma forma**, diante de peculiaridades e características bem distintas de uma em relação à outra, especialmente no que se refere aos interesses, ao ingresso e à operação. Explica-se: o capital pulverizado da companhia aberta, suscetível de oferta pública de valores mobiliários negociáveis, típico das sociedades de capital, atraem acionistas com interesses convergentes e ou divergentes aos objetivos sociais, inclusive aqueles de conotação especulativa ou concorrentes, o que não ocorre na companhia fechada, cujo ingresso de acionista passa pelo controle dos demais integrantes da sociedade e pelas limitações e condições impostas nos respectivos estatutos.

Em que pese a LSA trazer certos limites para se examinar e fiscalizar a gestão dos negócios sociais, especialmente sobre situações sensíveis e estratégicas, cabe ressaltar que tal raciocínio foi construído tomando-se por base as companhias abertas, diametralmente opostas, enquanto concepção, às fechadas, cuja intimidade da participação acionária sobressai.

Como já referido anteriormente o Código Civil tem aplicação subsidiária, todavia, no que se refere ao direito de fiscalizar, em se tratando das companhias fechadas, terá aplicação complementar, no sentido de integração com a LSA, reconhecendo-se maior amplitude ao direito essencial reclamado. Isto porque os sócios/acionistas possuem interesses comuns desde a fundação, pois eles mesmos estabeleceram formas de acesso à companhia, inclusive em relação aos sócios de capital, sendo que os valores mobiliários não são pulverizados e negociados no balcão.

Assis Gonçalves, ao comentar sobre o conteúdo do artigo 1.021 do Código Civil, trata, literalmente, sobre o direito de fiscalizar, como se vê da seguinte posição: “*trata-se, como se viu nos comentários do art. 1001, de um direito individual (essencial), que não pode ser suprimido pelo contrato social ou por deliberação dos demais sócios*”. O mesmo Autor vai além ao destacar: “*O exame é amplo. Ao se referir ao estado do caixa e à carteira da sociedade, a regra sob comentário estende ao sócio, além do exame físico dos documentos relativos às receitas e às despesas, a possibilidade de verificação da movimentação bancária e das aplicações financeiras que a sociedade possa manter junto a bancos e a terceiros*” [vii].

Por conta dessas razões e da proximidade entre as características das companhias fechadas e de outras “*sociedades empresárias de pessoas*”, é que se deve dar uma atenção mais detida para este tipo de companhia, cujo direito de fiscalizar não será regido apenas pela LSA.

É o caso concreto, o entendimento sobre a empresa em questão (em foco, em discussão) e o seu percurso desde os atos fundacionais é que trarão subsídios para a amplitude do acesso a informações, ao exame das contas e a documentos.

Abre-se um parêntese para o seguinte exemplo, aplicável mesmo para as companhias abertas: quando as assembleias gerais forem apenas pró-forma (atas pré-prontas e pré-formatadas), sem a realização do ato deliberativo em si e disponibilização prévia dos documentos, em que pese a simulação/dissimulação quanto ao atendimento dos requisitos legais/formais, não há como se desprezar o **princípio da primazia da realidade sobre a forma**. Trata-se de um ato inexistente. Nesta situação-hipótese, admite-se o acesso mais amplo aos documentos da empresa, inclusive os que revelem o estado do caixa e a movimentação bancária plena, aplicando-se os artigos 1.020 e 1.021 do Código Civil em caráter complementar e não subsidiário como antes ficou assente.

Neste mesmo contexto, avaliando a empresa em concreto, será possível desvendar o papel de cada sócio/acionista e o poder exercido pelo acionista administrador e controlador nas deliberações sociais, bem como as razões e os direitos vinculados ao ato de exigir, segundo as relações do acionista questionante e exercente dos direitos a ele assegurados, enquanto reveladores de uma postura empresarial inadequada daqueles que exercem o controle e agem em abuso de poder.

Sob o pretexto de impedir o acesso a dados, documentos e informações, os administradores, acionistas ou não, apegam-se a um discurso que não faz mais sentido, mormente simplista e despropositado, de que a abertura de contas prejudicaria a operação e as atividades empresariais. Tal argumento, na era digital, diante de um direito patrimonial e da prevalência dos princípios da transparência e da boa fé objetiva, não mais convence, até porque os acionistas (minoritários ou majoritários), interessados em fiscalizar a gestão poderão disponibilizar a estrutura, objetivando auditar a empresa, pelo seu esforço financeiro próprio, sem qualquer ato de embaraço ou descontinuidade das atividades econômicas.

Por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 0000541-63.2010.8.26.0299, o TJSP, assim se posicionou: *“Desta forma, evidente o interesse da apelada em postular a exibição de documentos que lhe forneçam maiores elementos para que possa exercer seu direito de fiscalização sobre a administração da sociedade da qual é sócia minoritária (...), ainda que em tal pedido incluam-se documentos pertencentes às empresas controladas pela holding, uma vez que sem tais elementos não teria a sócia minoritária condições para analisar, com segurança, a correção das contas que foram apresentadas pela Administração em Assembleia Geral Ordinária”*. (...) *Frise-se apenas a necessidade de se decretar, na instância de origem, o segredo de justiça sobre os documentos sigilosos (extratos bancários e declaração de imposto de renda)*^[viii].

Assim, o direito de fiscalizar, em regra, é amplo, prevalente e irrestrito, cujo raciocínio também se aplica para as sociedades coligadas, na hipótese de existir sociedade controladora (*holding*) e controladas, especialmente quando nestas (controladas) estejam concentradas todas as atividades econômicas e se tratem de subsidiárias integrais, hipóteses em que o direito de fiscalizar abrange todas indistintamente^[ix].

Ressalva-se que eventuais limitações ao exercício pleno do aludido direito são exceções, devendo ser muito bem sustentadas e trabalhadas segundo a realidade do caso concreto, sendo mais razoáveis para companhias abertas, mas não para as fechadas, pois nada impede que o acionista audite as contas por si e auxiliado por consultores, podendo examinar documentos e o estado do caixa, questionar e indagar sobre dúvidas e irregularidades encontradas, inclusive fixar procedimento, caso silencie o estatuto social a este respeito e não exista uma forma de monitoramento democraticamente construído pelos acionistas/sócios, em uma sociedade em que os propósitos são comuns.

Estas e outras situações concretas é que darão ao juiz ou ao árbitro elementos para formar o convencimento sobre a extensão do direito essencial em comentário, pois o patrimônio do acionista, representado pelos ativos mobiliários que detém, é que está em jogo nesta complexa e intensa vida das sociedades empresárias.

Notas e Referências

[i] Artigo 1º da Lei 6.404/76.

[ii] EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada. Vol. I, 2ª Ed. São Paulo: Quartier, 2015, p. 35-36.

[iii] Lei 6.404, art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: (...) III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais (...).

Código Civil, art. 1.020. Os administradores são obrigados a prestar aos sócios contas justificadas de sua administração, e apresentar-lhes o inventário anualmente, bem como o balanço patrimonial e o de resultado

econômico.

Código Civil, art. 1.021. Salvo estipulação que determine época própria, o sócio pode, a qualquer tempo, examinar os livros e documentos, e o estado da caixa e da carteira da sociedade.

[iv] TEIXEIRA, Tarcisio. Direito empresarial sistematizado. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 175.

[v] EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada. Vol. I, 2ª Ed. São Paulo: Quartier, 2015, p. 149.

[vi] EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada. Vol. I, 2ª Ed. São Paulo: Quartier, 2015, p. 149-150

[vii] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de empresa. 7ª ed. 2017, p. 279.

[viii] TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal. Apelação Cível nº 0000541-63.2010.8.26.0299. Relator: Des. JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

[ix] ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Subsidiária integral e a necessidade da implantação de um sistema eficiente de governança*. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/subsidiaria-integral-e-a-necessidade-da-implantacao-de-um-sistema-eficiente-de-governanca>>. Acesso em: 01 out 2019.

Imagem Ilustrativa do Post:justiça // Foto de: moritz320 // Sem alterações

Disponível em: <https://pixabay.com/pt/photos/justitia-justi%C3%A7a-jurisprud%C3%Aancia-4137448/>

Licença de uso: <https://pixabay.com/en/service/terms/#usage>

O texto é de responsabilidade exclusiva do autor, não representando, necessariamente, a opinião ou posicionamento do Empório do Direito.