

MODESTO CARVALHOSA

COMENTÁRIOS À LEI DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

3º VOLUME - Arts. 138 a 205

6ª edição
revista e atualizada

100 ANOS
 **Saraiva**

MODESTO CARVALHOSA

Advogado

COMENTÁRIOS À LEI DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

3º VOLUME - Arts. 138 a 205

Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976,
com as modificações da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009

6ª edição
revista e atualizada

2014

100 ANOS
 **Saraiva**



CAPÍTULO XIII

CONSELHO FISCAL

COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO

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.

§ 1º O conselho fiscal será composto de, no mínimo, três e, no máximo, cinco membros, e suplentes em igual número, acionistas ou não, eleitos pela assembleia geral.

§ 2º O conselho fiscal, quando o funcionamento não for permanente, será instalado pela assembleia geral a pedido de acionistas que representem, no mínimo, 1/10 das ações com direito a voto, ou 5% das ações sem direito a voto, e cada período de seu funcionamento terminará na primeira assembleia geral ordinária após a sua instalação.

§ 3º O pedido de funcionamento do conselho fiscal, ainda que a matéria não conste do anúncio de convocação, poderá ser formulado em qualquer assembleia geral, que elegerá os seus membros.

§ 4º Na constituição do conselho fiscal serão observadas as seguintes normas:

a) os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger, em votação em separado, um membro e respectivo suplente; igual direito terão os acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, 10% ou mais das ações com direito a voto;

b) ressalvado o disposto na alínea anterior, os demais acionistas com direito a voto poderão eleger os membros efetivos e suplentes que, em qualquer caso, serão em número igual ao dos eleitos nos termos da alínea a, mais um.

§ 5º (Vetado.)

§ 6º Os membros do conselho fiscal e seus suplentes exercerão seus cargos até a primeira assembleia geral ordinária que se realizar após a sua eleição, e poderão ser reeleitos.

• Primitivo § 5º renumerado pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001.

§ 7º A função de membro do conselho fiscal é indelegável.

• Primitivo § 6º renumerado pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001.

LEI DE 1940

Assim como o Diploma de 1976, também o Decreto-Lei n. 2.627, de 1940, adotava o regime orgânico de fiscalização dos atos e contas dos administradores. A matéria constava dos seus arts. 124 e 125.

O art. 124 dispunha: "A sociedade anônima ou companhia terá um conselho fiscal composto de três ou mais membros e suplentes, em igual número, acionistas ou não, residentes no País, eleitos anualmente pela assembleia geral ordinária, os quais poderão ser reeleitos".

E o art. 125 rezava: "É assegurado aos acionistas dissidentes, que representarem um quinto ou mais do capital social, e os titulares de ações preferenciais, o direito de eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente".

O Diploma de 1940 somente fixava o número mínimo de membros do conselho fiscal, deixando ao estatuto liberdade para determinar quantos poderiam ser eleitos.

Falava, outrossim, de eleição de um conselheiro pelos dissidentes. Miranda Valverde¹ definia os dissidentes como aqueles que, por terem direito de voto, manifestaram-se contra a decisão da maioria; nesse caso, representando o percentual mínimo fixado por lei, poderiam eleger um conselheiro fiscal e o respectivo suplente.

Não especificava a Lei de 1940 nem a doutrina, no entanto, a diferença entre dissidência e minoria. Assim, ficava difícil determinar qual o objeto da dissidência. Dever-se-ia entender a dissidência, na espécie, como recusa à indicação pelos majoritários de todos os membros do conselho, mediante a manifestação da vontade da minoria qualificada de eleger representante seu no conselho fiscal².

¹ Miranda Valverde, *Sociedades por ações*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, v. 2, p. 340.

² A Lei francesa vigente, em seu art. 225, determina que acionistas representando um

LEI N. 4.728, DE 1965 – AGENTE FIDUCIÁRIO DOS DEBENTURISTAS

O diploma legal que disciplinou o mercado de capitais – Lei n. 4.728, de 1965 – dispunha, em seu art. 26, § 4º, sobre o direito das instituições financeiras intermediárias, no lançamento de debêntures, de indicar um representante como membro do conselho fiscal da empresa emissora.

A Lei n. 6.404, de 1976, ao regular a matéria de debêntures nos arts. 52 a 74, nada dispôs a respeito desse direito.

Há dúvidas no sentido de saber se estaria revogado esse dispositivo especial³. Deve-se entender que está revogado. Isto porque a Lei posterior especial regulou de forma diversa a fiscalização dos interesses dos debenturistas junto à companhia emissora, através da criação da figura do agente fiduciário, consoante dispõe o art. 66, com a alteração trazida pela Lei n. 12.431, de 2011, e cujos deveres e atribuições (arts. 68 e s.) alcançam e até mesmo excedem aqueles dos conselheiros fiscais⁴.

LEI N. 6.404, DE 1976

A Lei vigente, de 1976, mantém o regime orgânico de fiscalização do movimento econômico e financeiro da companhia e das contas dos administradores, combinando-o obrigatoriamente, no que respeita às companhias abertas, com o regime de auditoria independente.

E ao confirmar o regime de fiscalização pelos conselheiros fiscais no que respeita aos atos da administração financeira da companhia, praticados pelos seus administradores, tendo em vista a observância dos princípios da legalidade e da legitimidade (interesse social, abuso e desvio de poder), a Lei de 1976, reforçada pela Lei n. 10.303, de 2001, instituiu, outrossim, o regime da autonomia individual dos conselheiros fiscais no que respeita ao poder-dever de diligência (art. 163).

décimo do capital social podem recusar os *commissaires aux comptes* designados pela assembleia geral e solicitar judicialmente a designação de outros; podem, ainda, solicitar a designação de *expert* para apresentar relatório sobre as atividades da administração (art. 226).

³ Egberto Lacerda Teixeira entende que não mais subsiste (*Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1979, v. 2, p. 487). Sampaio de Lacerda é de opinião que prevalece o dispositivo, porque as debêntures com cláusula de correção monetária continuam com sua regulamentação própria na lei do mercado de capitais (*Manual das sociedades por ações*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p. 224).

⁴ V. comentários ao art. 68.

Daí ter a Lei Societária vigente – não obstante o regime colegiado do órgão – criado para os conselheiros fiscais o referido poder-dever de diligência (art. 163) de natureza individual, não dependendo qualquer deles, para exercer tal função, de nenhuma autorização do órgão ou de seu presidente, cabendo-lhes tomar a iniciativa de fiscalizar, arguir, verificar documentos e dados, tudo de maneira independente, sem necessidade de prévio aviso aos demais conselheiros.

E ao instituir esse regime de dever-poder de diligência individual aos conselheiros fiscais, a norma contida no art. 163 submete-se aos princípios da efetividade, da funcionalidade e da finalidade.

Tais princípios aplicam-se tanto para as companhias isoladas como para os grupos de sociedades, de fato e de direito.

Nesses grupos de sociedades de fato e de direito os conselheiros fiscais da *holding* de comando têm o dever-poder de individualmente diligenciar a oportuna requisição de informações e dos documentos de natureza financeira, inclusive contratos, produzidos pelas sociedades controladas pela *holding*, na medida em que os mesmos vão formar ou já formaram os resultados consolidados na companhia de comando de que são conselheiros fiscais.

Esses princípios da efetividade, funcionalidade e finalidade do poder-dever individual de diligência, no que respeita aos grupos de sociedades de fato, encontra respaldo no art. 277 da Lei, no sentido de que seria inútil e, portanto, sem função ou finalidade, a norma constante do art. 163, se não pudessem os conselheiros fiscais da sociedade de comando, individualmente, ter acesso e conhecimento de todas as informações, documentos e contratos que afetam a situação financeira das controladas, ou seja, das companhias operacionais, na medida em que são esses dados a fonte primordial da consolidação dos resultados da *holding*⁵.

Isto posto, tanto as companhias abertas como as fechadas são obrigadas a estatutariamente criar o conselho fiscal, cujo funcionamento será facultativo. E as companhias abertas, por sua vez, têm obrigatoriamente de submeter suas demonstrações financeiras a auditoria externa, como referido (art. 177)⁶.

Para as companhias abertas, portanto, há um sistema misto, composto de um órgão social fiscalizador e de uma fiscalização externa feita por profissionais, que têm as mesmas funções daquele órgão, ainda que expressas de forma diversa.

5 V. comentários ao art. 163.

6 Art. 26 da Lei n. 6.385, de 1976.

Em consequência dessa duplicidade de funções idênticas nas companhias abertas, têm os conselheiros fiscais, dentro do seu dever-poder de diligência, acesso oportuno a todos os dados e documentos que são diligenciados, recolhidos e analisados pela auditoria externa, sem qualquer exceção ou ressalva, consoante dispõe o § 4º do art. 163.

Daí terem os conselheiros fiscais, dentro de seu dever-poder de diligência, dupla fonte de informações obrigatórias, quais sejam, os administradores (§ 2º do art. 163) e os auditores externos (§ 4º do art. 163). A propósito, se a companhia fechada tiver auditor externo, também cabe plenamente o exercício oportuno do dever-poder de diligência dos conselheiros fiscais junto a essa mesma auditoria, sem qualquer exceção ou ressalva⁷.

A Lei vigente, de 1976, estabelece o número máximo e mínimo de membros do conselho fiscal, que não poderá ser alterado pelo estatuto. A fixação máxima e mínima por Lei visa a assegurar aos minoritários (com ações ordinárias) e aos preferencialistas dois assentos no conselho fiscal e, ao mesmo tempo, assegurar aos controladores a maioria, elegendo três membros do órgão.

Por outro lado, diminui a percentagem exigida para a formação da minoria capaz de eleger representante.

Ao possibilitar o funcionamento não permanente do órgão, a Lei de 1976 dá-lhe eficiência, na medida em que os minoritários e preferencialistas, quando interessados, é que tornarão o órgão instrumento ativo e, portanto, efetivo do controle da legalidade e da legitimidade (interesse social, abuso e desvio de poder) dos atos dos administradores.

Estabelece a Lei n. 6.404, de 1976, remuneração real aos membros do conselho fiscal, aumentando, com isso, a responsabilidade no cumprimento de suas funções.

LEI N. 9.457, DE 1997 – DERROGAÇÃO PARCIAL DO § 2º

O Diploma de 1997 criou um novo dispositivo, inserido no art. 123, *d*, facultando aos acionistas convocar assembleia geral com o propósito específico de instalar o conselho fiscal. Para tanto, deveriam os ordinaristas reunir no mínimo 5% do capital votante da companhia.

Isto posto, está derogada a exigência, constante da norma ora estudada, do mínimo de 10% para os ordinaristas solicitarem a instalação do conselho fiscal. Isto porque, ao se poder com o percentual mínimo de 5% das ações

7 V. comentários ao art. 163.

votantes convocar a assembleia geral para tal fim, também com esse mesmo percentual de 5% se poderá requerer a instalação do conselho fiscal em assembleia geral em curso, que preveja ou não essa instalação.

LEI N. 10.303, DE 2001

A Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001, não alterou, de maneira estrutural, o regime jurídico do conselho fiscal, embora tenha introduzido algumas modificações na Lei de 1976 no sentido de institucionalizar orientações já consagradas na doutrina e na jurisprudência, com relação à competência individual de diligência dos conselheiros e aos limites dessa mesma fiscalização, compatibilizando-a com o interesse da companhia.

Houve, durante a tramitação do Projeto de Reforma da Lei das S.A., grande discussão sobre quem deveria eleger a maioria dos membros do conselho fiscal, se os acionistas controladores ou os minoritários. O Projeto de Lei aprovado pelo Congresso propôs nova redação ao § 5º do art. 161 na qual o conselho fiscal das companhias abertas seria necessariamente composto de três membros, da seguinte forma: a) os minoritários, titulares de ações preferenciais, em conjunto com os titulares de ações ordinárias, excluindo o acionista controlador, teriam o direito de eleger, em colégio eleitoral separado, um membro e seu suplente; b) os controladores poderiam eleger um membro e seu suplente; e c) o terceiro membro e seu suplente seriam eleitos em comum acordo pelos acionistas minoritários e controladores, devendo cada grupo indicar um representante para, em assembleia, proceder à eleição.

Caso não houvesse acordo, a assembleia deliberaria por maioria de votos, cabendo a cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, o direito a um voto.

Tal artigo foi vetado pelo Presidente da República, após forte pressão dos controladores, sob o argumento de que criaria a possibilidade de ditadura da minoria e o exercício de pressões ilegítimas por parte de acionistas que poderiam sobrepor seus interesses particulares aos da companhia. Assim, tendo sido objeto de veto a redação proposta pelo Congresso ao § 5º do art. 161, não foi alterada a composição do conselho fiscal.

E, visando reforçar a atuação fiscalizadora independente do conselho fiscal, a Lei n. 10.303, de 2001, aumentou as hipóteses em que o conselheiro pode atuar individualmente.

Assim, como referido, é da competência do conselho ou de cada conselheiro, individualmente: fiscalizar os atos dos administradores e verificar o

cumprimento de seus deveres legais e estatutários; denunciar aos órgãos de administração e à assembleia geral os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à companhia; e apresentar e ler os pareceres e representações na assembleia geral, independentemente de publicação e ainda que a matéria não conste da ordem do dia.

Por outro lado, objetivou a Lei impedir que o cargo de conselheiro seja utilizado como instrumento de abuso por parte de minoritários interessados unicamente em valorizar suas posições acionárias para vendê-las sobrevalorizadas ao controlador (*strickers*).

Nesse sentido, com a redação dada ao § 2º do art. 163, passa a Lei a dispor que os pedidos de esclarecimentos ou informações feitos pelo conselho, a pedido de qualquer de seus membros, devem ser relativos à sua função fiscalizadora.

Com tal dispositivo, fica reforçado o entendimento já existente de que não cabe ao conselho fiscal, a pedido de qualquer de seus membros, solicitar informações sobre matérias estranhas à sua competência, como, por exemplo, política de preços, estratégia de venda dos produtos, *marketing* etc.

A propósito, deve ser reiterado que o conselheiro pode exercer o seu dever-poder individual de diligência diretamente junto à administração e aos auditores externos, sem necessidade de passar pela chancela ou mesmo simples conhecimento do conselho ou mesmo dos demais conselheiros.

A finalidade da norma contida no § 2º é a de restringir o exercício exorbitante das funções do conselho e de seus membros individualmente, excluindo da legitimidade do órgão e dos conselheiros autonomamente arguirmos matérias fora do âmbito financeiro da companhia.

Não é a norma contida no referido § 2º do art. 163 uma regra de procedimento, ou seja, que teria como função exigir que o conselheiro fiscal requeresse ao órgão o pedido de esclarecimentos.

A norma em tela é substantiva, no sentido de delimitar o campo de atuação do órgão e de seus membros individualmente, no exercício da função de fiscalizar permanentemente os atos dos administradores, para situá-los precipuamente no âmbito financeiro.

Evidentemente que no exercício dessa diligência coletiva ou individual e independente cabe requisitar os documentos que refletem ou possam refletir sobre a situação financeira da companhia, como será o caso dos contratos firmados com terceiros e com partes relacionadas⁸.

⁸ V. comentários ao art. 163.

Nesse mesmo sentido, o art. 165, § 1º, estabelece que os membros do conselho fiscal deverão exercer suas atribuições no interesse exclusivo da companhia, considerando-se abusivo o exercício de tal função com o fim de causar dano à sociedade, aos seus acionistas ou aos seus administradores, ou de obter vantagem indevida.

Assim, a Lei n. 10.303, de 2001, criou a figura do "abuso no exercício da função de conselheiro fiscal", e que pode ser praticado pelo conselheiro fiscal representante tanto do controlador como dos minoritários ou de acionistas dispersos, em se tratando de companhia com capital disperso (art. 137, II, b).

O abuso ficará caracterizado quando o conselheiro fiscal utilizar suas prerrogativas legais com o fim de causar dano à companhia ou de obter vantagem para si ou para outrem, em detrimento da companhia, de seus acionistas ou de seus administradores.

Ficando caracterizado o exercício abusivo da função, poderá o conselheiro fiscal responder com perdas e danos pelos prejuízos causados. Uma vez deliberada a proposição de ação de responsabilidade contra o conselheiro fiscal, por parte da companhia, ocorrerá o seu impedimento para o exercício do cargo, e o imediato afastamento de suas funções.

E o art. 165-A, objetivando impedir a utilização de informações confidenciais – *insider trading* –, estabelece que os membros do conselho fiscal de companhia aberta devem informar imediatamente as modificações em suas posições acionárias na companhia à Comissão de Valores Mobiliários e à Bolsa de Valores.

Cabe observar, finalmente, que o *insider trading* praticado pelo conselheiro fiscal constitui não só modalidade típica de abuso no exercício da função como também crime contra o mercado de valores mobiliários, conforme o art. 27-D da Lei n. 6.385, de 1976.

DIREITO ESTRANGEIRO

O Direito estrangeiro sobre a fiscalização dos atos e das contas dos administradores adota a auditoria externa como regra. Mesmo aqueles que adotam o sistema de fiscalização através de órgão social, como o italiano, exigem a profissionalização de, pelo menos, um dos seus membros.

O sistema de fiscalização externa do Direito francês é o mais aperfeiçoado. Consoante os arts. 218 e s. da Lei Societária de 1966⁹, seguindo longa

9 A matéria está contida na Lei Societária de 1966 e no Decreto de 1967 que a regulamentou, bem como no Decreto n. 810, de 1969.

tradição, a fiscalização das companhias é obrigatoriamente exercida por um ou vários *commissaires aux comptes*, que são profissionais que operam individualmente ou através de sociedade civil de profissionais, devidamente inscritos na Ordem dos Peritos Contábeis.

Os *commissaires aux comptes* são nomeados pela assembleia geral por seis exercícios, sendo que qualquer acionista poderá requerer tal nomeação, em caso de omissão dos administradores em promovê-la.

Podem, outrossim, os minoritários, representando, no mínimo, 10% do capital social, recusar a eleição de um ou vários comissários, requerendo, em juízo, a designação de outros, que não poderão ser destituídos pela assembleia geral.

São os comissários competentes para certificar a regularidade e a veracidade das demonstrações financeiras e das contas apresentadas pelos administradores. Têm, outrossim, poderes permanentes de verificação dos documentos que julgarem necessários ao desempenho de seu trabalho profissional, podendo recolhê-los e examiná-los não apenas junto à companhia, mas também junto a terceiros que tenham alguma vinculação com os negócios sociais, seja por relação contratual, seja por vínculo profissional. Consequentemente, o segredo profissional, inclusive dos advogados, não é oponível aos auditores, nesse particular.

Os pareceres dos comissários são encaminhados aos órgãos da administração da companhia, cabendo-lhes, outrossim, comunicar à assembleia geral imediatamente seguinte qualquer irregularidade que julguem tenha ocorrido.

No capítulo das responsabilidades, os *commissaires aux comptes* arcam, tanto em face da companhia como de terceiros, com as consequências danosas de sua ação ou omissão. No entanto, não são responsáveis civilmente pelas infrações cometidas pelos administradores, salvo se, delas tendo conhecimento, não as tiverem revelado à assembleia geral.

Se deixarem de promover a nomeação dos comissários, os administradores ficam sujeitos à pena de prisão de dois anos e multa. Quanto aos comissários, é prevista a pena de prisão de cinco anos e multa, nos casos de falsidade em seus relatórios ou quando deixarem de denunciar ao Procurador da República os fatos delituosos de que tenham conhecimento, no exercício de seus poderes de fiscalização¹⁰.

Esse rígido sistema de fiscalização externa e profissional é também adotado na legislação societária alemã¹¹, que exige a certificação das contas

10 Arts. 455 e s. da Lei Societária de 1966 e 186 e s. do Decreto de 1967.

11 Arts. 142 a 147 e 162 a 169 da Lei de 1965.

pelos profissionais de contabilidade com o título oficial de "fiscalizadores econômicos" (*Wirtschaftsprüfer*).

Já o Direito italiano adota o regime orgânico, *ex vi* dos arts. 2.397 e s. do Código Civil, que institui o *collegio sindacale*. São as companhias obrigadas a escolher, pelo menos, um profissional inscrito na Ordem dos Revisores Oficiais para compor o *collegio*.

Trata-se de um sistema orgânico de fiscalização, mesclado com o requisito de profissionalidade de alguns dos seus membros. São os síndicos solidariamente responsáveis com os administradores pelas fraudes e ilegalidades por estes cometidas.

Ademais, a minoria de 10% do capital social, arguindo suspeita de graves irregularidades no desempenho da administração e do colégio sindical, poderá denunciar tais fatos ao Tribunal, que ordenará a inspeção na companhia, podendo, conforme a gravidade das constatações, revogar os mandatos dos síndicos e administradores, nomeando administrador judicial, por tempo determinado¹².

No Direito Societário inglês, a matéria consta dos arts. 147 a 158 do *Companies Act* de 1967, seções 13 e 14.

O sistema é de fiscalização externa através dos *auditors*. Tal regime influenciou a legislação francesa. Os *auditors* devem fazer relatório, que será breve, se aprovarem as contas verificadas, e longo, se tiverem reservas sobre tais contas. Esse relatório será feito após verificação minuciosa, sendo costumariamente acolhido com irrestrita confiança pela comunidade de negócios.

Os *auditors* são escolhidos junto às corporações de contabilistas, as *chartered accountants*, que são instituições extremamente organizadas, exercendo rígido controle sobre a capacidade e honorabilidade de seus membros. Por essa razão, os seus membros tornam-se consultores financeiros das companhias¹³.

DIREITO NORTE-AMERICANO

O Direito norte-americano também adota o sistema de fiscalização externa, sendo a instituição da *auditing* uma das matérias mais bem estudadas e respeitadas, estando em contínua evolução. Coloca-se, ao

¹² Art. 2.409 do Código Civil italiano.

¹³ Sobre o importante papel dos *auditors*, no Direito Societário inglês, após o *Companies Act* de 1967 (seção 14), Charlesworth and Cain, *Company law*, 10. ed., London, 1972, p. 366 e s., e Palmer's *company law*, v. 1, p. 762 e s.

lado da *disclosure*, como um dos fundamentos do regime jurídico societário naquele país.

Foi do regime norte-americano que se retirou o sistema de auditores independentes, encontrado em nossa legislação, a partir dos anos 60¹⁴.

A fiscalização das demonstrações das companhias e contas dos administradores é feita por auditores públicos e independentes, sob o fundamento de que a informação por eles prestada dá segurança de que tais documentos societários foram apresentados de acordo com os princípios de contabilidade geralmente aceitos.

O relatório dos auditores independentes deve conter: a) o *scope* da análise, ou seja, se o exame foi feito conforme os *standards* geralmente aceitos; b) o *conformity* das demonstrações financeiras, ou seja, se foram elas apresentadas conforme os princípios legais e corporativos estabelecidos; c) a *consistency*, ou seja, se, na preparação das demonstrações financeiras do exercício, foram consistentemente consolidados os elementos patrimoniais do exercício precedente; d) a certificação de *fairness*, na apresentação dos resultados do exercício¹⁵.

Os padrões de contabilidade e auditoria são principalmente originados da legislação e regulamentação da *Securities and Exchange Commission* e corporativamente complementados pelo *American Institute of Certified Public Accountants*. Essa instituição estabelece os *standards* para o exercício da profissão de *auditor* e respectiva *certification*, exigindo para tal mister pessoas com adequado treinamento técnico e alto grau de proficiência.

A posição proeminente e de alta independência dos auditores, nos Estados Unidos, é facilmente verificada pela dificuldade que as companhias encontram na sua substituição. Uma série de restrições, no âmbito da *Securities and Exchange Commission* e do direito corporativo, dá a esses profissionais estabilidade e independência no desempenho de seu trabalho, o que outorga aos seus relatórios uma confiabilidade e certeza invejáveis. Daí a importância dos *auditors*, sempre organizados em grandes sociedades profissionais, no conjunto das instituições norte-americanas.

¹⁴ A literatura sobre a matéria é imensa. Como base legislativa do instituto da *auditing*, v. *Model Business Corporation Act*, art. 52; legislação e regulamentação da *Securities and Exchange Commission* e do *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA).

¹⁵ Henn, *Handbook of the law of corporations and other business enterprises*, 2. ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1970, p. 646 e s.; *Financial Handbook*, 4. ed., New York, The Ronald Press Company, p. 8-27 e s.

FUNDAMENTO DA FISCALIZAÇÃO E DIFERENTES SISTEMAS

Como lembra Valverde¹⁶, a fiscalização das contas dos administradores já aparecia nos primórdios do Direito Societário, nos acordos entre os diretores e coparticipantes das Companhias das Índias, em 1623. Com a codificação napoleônica, o instituto da fiscalização perde substância, pelo silêncio das leis sobre a matéria, sendo, no entanto, restaurado na Lei francesa de 1867, que tornou obrigatória a criação do conselho fiscal.

A partir de então, todas as legislações reconheceram a necessidade de controle e de fiscalização contábil das companhias, sendo diversas, como referido, as modalidades desse controle¹⁷.

Adotam atualmente algumas legislações, como reminiscências do século XIX, o sistema orgânico, tendo a maioria evoluído para o sistema de fiscalização externa e profissional, por auditores independentes. Há, ainda, legislações que dispensam o conselho fiscal, substituindo-o pela auditoria externa, no caso de ter a companhia conselho de supervisão¹⁸.

Em todos esses regimes é reconhecida a necessidade de submeter os membros da administração da companhia ao controle e fiscalização de pessoas ou de outro órgão social, que não participem dos atos e das operações de gestão do patrimônio social¹⁹.

Segundo Halperin, o motivo dessa fiscalização está na necessidade de se controlar institucionalmente a marcha das atividades sociais e a gestão dos negócios realizada pelos administradores, com o fito de prevenir abusos em detrimento da companhia ou dos interesses de seus acionistas, pois o controle ou fiscalização individual de tais atos pelos acionistas é, na prática, impossível²⁰.

16 Valverde, *Sociedades por ações*, cit., v. 2, p. 333 e s.

17 Djian, *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché commun*, p. 11 e s.

18 A Lei argentina dispensa a *sindicatura*, quando o estatuto institui o conselho de supervisão; nesse caso, a *sindicatura* é substituída por auditoria anual, contratada pela administração, que informará a respeito à assembleia geral. A Lei francesa mantém os *commissaires aux comptes*, independentemente de a companhia ter ou não conselho de supervisão. Ripert justifica essa permanência pela necessidade de os *commissaires* esclarecerem o conselho de supervisão sobre as contas do *directoire*, protegendo, assim, os acionistas contra a eventual deficiência deste conselho no controle de legitimidade dos atos dos diretores (*Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1968, v. 1, p. 812).

19 Miranda Valverde, *Sociedades por ações*, 2. ed., Forense, 1953, v. 2, p. 335.

20 Halperin, *Sociedades anônimas*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 517.

Com efeito, em face da escala e da sofisticada organização das companhias, impossível imaginar-se aplicável o dispositivo contido no art. 290 do Código Comercial (revogado pelo art. 2.045 do CC de 2002), ao prescrever 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".

Essa reminiscência, de caráter nitidamente contratual, não mais prevalece, sob o risco de conturbação permanente das atividades normais da companhia e da qual resultaria, outrossim, infrutífera a tentativa de fiscalização individual, em face da complexidade dos negócios e seus registros contábeis.

Esse o motivo da substituição do princípio de fiscalização direta pela institucional, seja pela criação de órgão da companhia, como adotado no Direito brasileiro, seja pelo controle unicamente externo, através de auditores independentes, como em legislações mais avançadas nesse particular.

DIREITO VERSUS DEVER DE FISCALIZAR

O direito de fiscalizar, assegurado ao acionista como prerrogativa essencial, *ex vi* do art. 109, corresponde, no tocante ao controle da legalidade e da legitimidade (interesse social, abuso e desvio de poder) das contas dos administradores, ao dever da companhia de, periodicamente, declarar e informar a respeito de tais matérias²¹.

A iniciativa da fiscalização, portanto, cabe à própria companhia, através de seus órgãos competentes: no caso brasileiro, à assembleia geral e ao conselho fiscal. O primeiro órgão nomeia os membros do segundo, que exercem as competências e poderes que lhes são outorgados pela Lei (art. 163)²².

Temos, assim, que devem os acionistas, em decorrência do seu direito de fiscalizar, ser informados pelo conselho fiscal da veracidade das contas dos administradores e da exatidão das demonstrações financeiras, bem como de eventuais erros ou fraudes que descobrirem e, ainda, das providências que a respeito tomarem (art. 163).

O conselho fiscal é, outrossim, o veículo ou instrumento institucional de exercício, pela minoria, inclusive detentores de ações preferenciais, do direito de fiscalização que lhes cabe, *ex vi* do art. 109.

21 V. comentários ao art. 109.

22 Sobre a matéria, Lyra Machado, O conselho fiscal e a Lei 6.404, de 1976, *RF*, 261:99.

O mesmo se diga dos acionistas dispersos nas companhias com capital disperso (art. 137, II, *b*), sujeitas ao comando autárquico dos administradores.

Nelas cada acionista disperso elege um conselheiro fiscal, não podendo, pelo fato de possuir maior número de ações dispersas, eleger dois, fazendo as vezes do inexistente "controlador de fato", para usar o jargão dos leigos.

Assim, p. ex., um acionista disperso possui 40% das ações ordinárias, sendo fracionada a participação dos demais 60%. Nesse caso, o de 40% elege apenas um conselheiro fiscal e os demais acionistas ou grupos dispersos que congregarem maior número elegerão mais um, e assim sucessivamente.

Tem-se, v. g., que o grupo com 40% elege um conselheiro. O que congrega 16% elege outro e o que congrega apenas 5% elege outro.

Tais grupos de acionistas (controladores, minoritários, preferencialistas e acionistas dispersos – art. 137, II, *b*) elegem os membros do conselho fiscal, que os representarão no exercício da prerrogativa de controlar a legalidade e a legitimidade (interesse social, abuso e desvio de poder) dos atos dos administradores²³.

A RELATIVA RESTAURAÇÃO DA EFICÁCIA NA LEI N. 6.404, DE 1976

O partido tomado pela Lei n. 6.404, de 1976, de atender à tradição de nosso Direito, que adota a fiscalização orgânica desde a Lei n. 3.150, de 1882, confirmada no Decreto n. 434, de 1891, e no Decreto-Lei n. 2.627, de 1940, levou em conta as críticas sobre a ineficiência do conselho fiscal no regime do Decreto-Lei n. 2.627, de 1940, procurando minimizá-las. E o fez a Lei de 1976 através do regime de funcionamento facultativo. O pressuposto é de que, cabendo aos minoritários o direito de fiscalização, estes o exercerão somente quando quiserem, por dissidência ou mera cautela.

Essa fórmula restaura, com efeito, a eficácia do órgão, pois a presença de representante dos minoritários, de titulares de ações preferenciais e de acionistas dispersos (art. 137, II, *b*) no colégio fiscalizador permite revestir o órgão de função e, ao mesmo tempo, de responsabilidade. Essa eficácia é, sobretudo, reforçada pela prerrogativa que tem o representante da minoria, dos preferenciais e dos acionistas dispersos (art. 137, II, *b*) de, individualmente, solicitar aos órgãos da administração esclarecimentos ou informações,

23 Sobre diferentes espécies de fiscalização, Cunha Peixoto (*Sociedades por ações*, São Paulo, Saraiva, 1972, v. 4, p. 127), que as divide em individual, privada e oficial.

a respeito de tudo que respeita à elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais (arts. 163 e 164)²⁴.

Esse poder de diligência que cabe, individualmente, ao representante dos minoritários possibilita o levantamento de fatos, que produzirá efeito ou por deliberação do próprio conselho fiscal ou pela denúncia que o representante dos minoritários ou de acionistas dispersos poderá fazer à assembleia geral sobre tais irregularidades²⁵.

CARACTERÍSTICAS

O conselho fiscal, não obstante haja divergência doutrinária, constitui órgão da companhia. Isso porque não atua em nome de terceiros, ou seja, nem da administração, nem dos acionistas, não estando submetido a nenhum dos demais órgãos sociais, nem sequer à assembleia geral. Ademais, não respondem os seus membros perante terceiros, fazendo-o apenas junto à própria companhia.

Não são os seus membros mandatários da sociedade²⁶, pois não estão encarregados de praticar atos jurídicos nas operações de verificação e de fiscalização.

O conselho fiscal é um aparelho interno da companhia, previsto em Lei, tendo como função exercer o controle e a fiscalização das contas dos administradores e da contabilidade social²⁷.

O fato de possuírem os seus membros poder individual de diligência (arts. 163 e 164) não desnatura o caráter colegial do órgão²⁸, pois este manifesta sua vontade pelo regime de deliberação majoritária, decidindo eficazmente mediante reunião devidamente convocada e desde que se verifique o quórum de instalação e o deliberativo²⁹.

NATUREZA

Trata-se de órgão colegiado, necessário e permanente,

24 V. comentários aos arts. 163 e 164.

25 V. comentários ao art. 165.

26 Como entende Halperin, *Sociedades anônimas*, cit., p. 520.

27 Ripert-Roblot, *Traité élémentaire*, cit., v. 1, p. 813.

28 Contrariamente à doutrina de Cunha Peixoto, *Sociedades por ações*, cit., v. 4, p. 137.

29 No Direito argentino, se for plural, considera-se a *sindicatura* "corpo colegiado" (art. 290 da Lei Societária de 1972) (Halperin, *Sociedades anônimas*, cit., p. 528).

porque deve sempre existir, consoante dispuser, quanto à sua organização, o estatuto, mas de funcionamento facultativo³⁰, sendo suas funções as de fiscalização, estabelecidas em Lei, as quais são inderrogáveis (art. 163). E a sua organização estatutária ou por regimento não poderá cercear ou obstruir o poder individual de diligência de seus membros (arts. 163 e 164)³¹.

EFEITOS DOS PARECERES DIANTE DOS DEMAIS ÓRGÃOS SOCIAIS

No que respeita aos atos de vontade, tais como aumento ou redução de capital social (arts. 166 e 173) e outros atos constitutivos, os pareceres do conselho fiscal são opinativos, não vinculando a administração nem a assembleia geral, que poderão contrariá-los.

Em se tratando de atos de verdade, ou seja, quando o conselho fiscal não aprova as contas da administração e respectivas demonstrações financeiras, o seu parecer vincula os demais órgãos sociais. Não pode a assembleia geral desconhecê-lo ou votar favoravelmente à aprovação das contas da administração³².

Assim, com respeito aos atos de vontade, o conselho fiscal é órgão opinativo³³. Com relação aos atos de vontade, os pareceres desfavoráveis à administração são vinculativos. Se, no entanto, forem favoráveis, não serão vinculativos, pois poderá a assembleia geral, não obstante, votar contrariamente à aprovação das contas.

QUEM É ÓRGÃO?

Constitui órgão da companhia o conselho fiscal, enquanto aparelho de sua organização legalmente instituído, e não os seus membros. Não há, portanto, relação intersubjetiva entre o conselho fiscal, enquanto tal, e a companhia. É, portanto, o conselho fiscal juridicamente irresponsável. Não obstante, respondem os seus membros pelos atos que praticarem (art. 165)³⁴.

30 Sobre a matéria, AgI 70006840466, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, da 6ª Cam. Civ. do TJRS, j. em 1ª-10-2003.

31 V. comentários aos arts. 163 e 164.

32 V. comentários aos arts. 163 e 164.

33 Cunha Peixoto, *Sociedades por ações*, cit., v. 4, p. 137.

34 V. comentários ao art. 165.

Têm os conselheiros fiscais relação jurídica com a companhia, em termos de nomeação, destituição, mandato, deveres-poderes (arts. 163 e 164) e responsabilidades (arts. 165 e 165-A). Há, portanto, dualidade entre o órgão – conselho fiscal – e seus titulares e suplentes, não sendo estes o próprio órgão³⁵.

EFICÁCIA DAS DELIBERAÇÕES

Por ser órgão colegiado, as deliberações do conselho fiscal 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 (arts. 163 e 164)³⁶.

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

Delibera o órgão validamente, portanto, por maioria absoluta dos presentes. Assim, a reunião do conselho fiscal, regularmente convocada e instalada, representa a universalidade de seus membros, significando as deliberações tomadas a vontade do órgão.

ÓRGÃO NECESSÁRIO E PERMANENTE

Sendo órgão necessário, porque a Lei determina a sua existência, deverá o estatuto obrigatoriamente instituí-lo. A não inserção da matéria na lei interna da companhia invalida o contrato social, sendo vedado ao Registro do Comércio arquivá-lo. Não estará, portanto, a companhia constituída nessa hipótese.

O conselho fiscal é, ademais, órgão permanente, não podendo o estatuto dispor em contrário. Não se deve confundir permanência do órgão com a faculdade de funcionar apenas quando desejarem os acionistas em geral e os minoritários ou acionistas dispersos em especial.

35 V. comentários aos arts. 165 e 165-A.

36 V. comentários aos arts. 163 e 164.

Temos assim que, como aparelho orgânico da companhia, o conselho é permanente. Seu funcionamento é que poderá ser facultativo, conforme dispuser o estatuto. Se este declará-lo de funcionamento não permanente, cabe à assembleia geral instalá-lo pela vontade dos minoritários, dos titulares de preferenciais sem voto e dos acionistas dispersos nas companhias com capital disperso (art. 137, II, *b*).

AÇÕES SEM DIREITO A VOTO

O fundamento para a distinção que a Lei fez, exigindo um percentual mínimo, é o direito de voto e não a classe ou espécie de ações. Tanto que, ao exigir o percentual mínimo para as ações com direito a voto, não fala em preferenciais ou ordinárias. Consequentemente, as preferenciais que tiverem direito pleno de voto devem alcançar o percentual mínimo de 5% (art. 123, *d*) para se legitimarem à eleição, em separado, de seu representante.

O mesmo se diga no que respeita aos acionistas dispersos (art. 137, II, *b*). Estes, se forem titulares de ações ordinárias, deverão possuir no mínimo 5% do capital votante para eleição de um membro do conselho fiscal. Sendo titulares de ações preferenciais (sem voto) terão direito de eleger um membro do conselho fiscal aquele acionista disperso que alcançar maior número de votos na respectiva eleição em separado.

REDUÇÃO DO PERCENTUAL – COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Consoante o art. 291, poderá a Comissão de Valores Mobiliários reduzir, nas companhias abertas, a porcentagem mínima das ações com direito a voto, para o efeito de se credenciarem à eleição, em separado, de representante seu no conselho fiscal. Essa redução impõe-se no caso de grandes companhias, sendo indeclinável dever da agência governamental implementá-la³⁷.

FUNCIONAMENTO PERMANENTE – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

A Lei determina a obrigatoriedade do funcionamento

³⁷ A exemplo da Instrução CVM n. 164, de 5 de novembro de 1991, que reduziu o percentual mínimo para a adoção do voto múltiplo, tendo sido substituída pela Instrução CVM n. 165, de 11 de dezembro de 1991, posteriormente alterada pela Instrução CVM n. 282, de 26 de junho de 1998.

permanente do conselho fiscal nas sociedades de economia mista, sendo que dois dos seus membros e respectivos suplentes serão eleitos pelos minoritários, um pelos possuidores de ações ordinárias e outro pelos de ações preferenciais sem voto (art. 240).

O conceito de minoritário é aquele de órgão, ou seja, os minoritários constituem uma instituição da sociedade de economia mista. Daí não haver qualquer correlação entre o número das ações que o minoritário possui e o seu direito de eleger membro do conselho fiscal, seja pelos ordinaristas, seja pelos preferencialistas.

Desse modo, tem legitimidade para eleger um representante no conselho fiscal da companhia de economia mista qualquer acionista minoritário, mesmo quando possua uma única ação, seja ela ordinária, seja preferencial. O requisito de minoria não demanda uma quantidade *x* de ações, mesmo porque não prevê a Lei, no caso de sociedade de economia mista, qualquer percentual mínimo para o exercício de tal direito.

O legislador, com efeito, dispensou qualquer quantidade ou percentual para a eleição de membro minoritário do conselho fiscal nas sociedades de economia mista (art. 235), pois tal representante tem a função de fiscalizar os atos de natureza financeira dos administradores não apenas no interesse próprio, mas também no da própria coletividade e ainda do próprio Estado, na medida em que se apresenta como mais um veículo de verificação da legalidade e da legitimidade dos atos dos administradores.

Em consequência, qualquer cerceamento assemblear para a eleição de representante da minoria, pelo motivo de possuir ele uma única ação ou poucas ações, ou ainda percentual menor do que aquele exigido no caso das companhias privadas, será nulo, além de constituir abuso no exercício do poder de controle por parte do ente governamental e também dos componentes da mesa da assembleia geral e de seus administradores envolvidos na negativa. Nula será, assim, a deliberação denegatória.

Ademais, não pode ser eleito, como representante dos minoritários, o acionista que tenha, direta ou indiretamente, vínculo negocial ou político com o governo, de qualquer natureza, inclusive contratual, de prestação, fornecimento, concessões, permissões, ou participação pessoal de seus acionistas relevantes em entes ou conselhos governamentais.

A finalidade da norma de representação minoritária no conselho fiscal das sociedades de economia mista é permitir a fiscalização independente, de que é requisito fundamental a inexistência de qualquer liame, direto ou indireto, com o Poder Público.

E essa independência, como referido, é indispensável, pois a fiscalização dos minoritários protege os interesses não apenas deles próprios, mas de toda a coletividade e do próprio Estado no capítulo do controle da legalidade e da legitimidade da conduta financeira dos administradores da sociedade de economia mista (art. 240).

A eleição de conselheiro com esse vínculo, pretensamente representante dos minoritários e preferencialistas, é nula.

LIQUIDAÇÃO DA COMPANHIA

Afora a hipótese legal acima referida (sociedade de economia mista – art. 240), o funcionamento não é obrigatório, nem mesmo nas companhias em liquidação, salvo se determinado pelo estatuto ou se solicitado por acionistas (art. 208).

Não havendo, durante o processo de liquidação da companhia, qualquer restrição ao direito de voto das ações que estatutariamente não o possuíam (art. 213), prevalecerá, para o efeito de eleição de representantes minoritários no conselho fiscal, o critério percentual de agregação dos grupos de acionistas interessados. Essa aglutinação poderá incluir tanto ações ordinárias como preferenciais em um mesmo grupo, para o efeito de promover a votação em separado.

COMPANHIAS ABERTAS

Não há obrigatoriedade de funcionamento do conselho fiscal nas companhias abertas. Há os que entendem devesse a Lei impor a atividade permanente do órgão³⁸, arguindo que a auditoria externa e independente obrigatória (art. 177) não substitui o conselho fiscal, porque não cuida do controle da gestão financeira dos administradores, mas apenas da veracidade dos documentos e respectivas contas.

Esses respeitáveis argumentos esbarram, no entanto, com a constatação histórica de que os conselhos fiscais que funcionam sem a participação de representantes da minoria são totalmente ineficazes, servindo apenas para o eventual acobertamento de fraudes dos administradores que recebem do órgão fiscalizador, por omissão, atestado de regularidade.

38 Benedito Garcia Hilário, conselho fiscal da S. A., *Revista de Direito Mercantil*, 12:55 e s.

A obrigatoriedade faria com que se voltasse ao formalismo anterior. Esse argumento parece irrefutável. Por isso, conduziu-se bem o legislador, neste passo, não criando a obrigatoriedade do funcionamento permanente nas companhias abertas.

REGRAS ESTATUTÁRIA DE FUNCIONAMENTO

Não constitui o funcionamento permanente direito inderrogável dos acionistas. O direito de fiscalização que lhes é assegurado no art. 109 será exercido na forma prevista na Lei que, ao admitir a facultatividade, garante aos minoritários acionar o conselho fiscal quando acharem oportuno ou conveniente^{39 e 40}.

Por outro lado, também a facultatividade poderá ser alterada estatutariamente, para tornar o funcionamento permanente, através do mesmo processo de modificação da lei interna da companhia (art. 135).

NÚMERO DE CONSELHEIROS

A disposição contida no § 1º da norma ora comentada suscitou controvérsias desde o início da vigência da Lei de 1976. Para alguns, o *numerus* deveria constar do estatuto que o fixaria em três, quatro ou cinco membros. Para outros, a regra legal é autoaplicável, não demandando a menção do número de conselheiros na lei interna da companhia.

Tratar-se-ia de dispositivo que pela sua flexibilidade relativa (três a cinco) permitiria o prevalecimento da maioria de conselheiros eleitos pelos controladores (três), na hipótese de pleitearem vagas tanto os minoritários votantes (um) como os preferencialistas não votantes (um).

A razão está obviamente com esta última corrente. Trata-se da interpretação razoável da norma, que, redigida canhestamente, levou à reiteração inútil da prática estatutária adotada na vigência da Lei de 1940, que falava em três ou mais membros, sem determinar, portanto, o número máximo. Entendia-se que seria necessário o estatuto determinar o número exato, diante da indefinição legal.

39 V. comentários ao art. 109.

40 Sampaio de Lacerda critica a facultatividade do conselho fiscal, perguntando como será feita a fiscalização que lhe compete, se não houver auditores independentes, já que este regime não é obrigatório para as companhias fechadas (*Manual*, cit., p. 221 e s.).

E na vigência do Diploma de 1976 ainda se pratica o mesmo costume de o estatuto determinar o número de membros do conselho fiscal, geralmente fazendo-o pelo mínimo. E ao continuar a se estabelecer no estatuto o número mínimo, visa-se, bisonhamente, a impedir a eleição cumulativa dos representantes dos minoritários votantes e dos preferencialistas.

Assim, a mesa dos trabalhos, sendo apenas três os membros estatutários, e dentro do princípio da eleição majoritária, admitiria apenas um representante dos minoritários, já que pelo menos dois fiscais deveriam ser eleitos pelos controladores.

Os equívocos que decorrem dessa inútil inserção estatutária mínima são infundáveis, originando-se sempre da tentativa de cerceamento do direito de terem os não controladores dois representantes no conselho (minoritários votantes e não votantes).

Por isso essa interpretação equivocada do lacunoso dispositivo legal não pode prevalecer. Deve-se entender que a regra legal de regência é autoaplicável para garantir, ao mesmo tempo, a eleição, no conselho fiscal, de dois representantes dos minoritários e de três dos controladores.

Em consequência, não cabe ao estatuto dispor sobre o número de membros do conselho fiscal, deixando que a flexibilidade relativa da norma legal possa ser utilizada no caso de o requerimento de representação advir, ao mesmo tempo, dos minoritários votantes e dos não votantes.

Se dispuser o estatuto de apenas três membros, tal dispositivo não pode prevalecer sobre a norma de ordem pública consubstanciada no direito de eleição concomitante tanto dos minoritários votantes (um) como dos não votantes (preferencialistas) (um).

Tal ocorrendo, o conselho fiscal necessariamente será composto de cinco membros. A disposição estatutária restritiva é inútil e contraria a regra imperativa de dupla representação minoritária no órgão fiscalizador da companhia. Entendendo-se o inverso, ou seja, de que prevaleceria o número mínimo de conselheiros estabelecido no estatuto, teríamos a eleição de dois membros dos minoritários e apenas um dos controladores. Tal situação, por sua vez, contrariaria o regime de controle das companhias, instituído no art. 116.

Como referido, essa questão se coloca também nas companhias com capital disperso (art. 137, II, *b*) em que os preferencialistas poderão eleger um representante no conselho fiscal e os ordinaristas as restantes quatro vagas, dentro do critério decrescente de participação dispersa. Não prevalece, no caso, tanto quanto não ocorre nas companhias com controlador (art. 116), o número consignado no estatuto de três membros.

Desse modo, nas companhias com capital disperso sempre poderão ser eleitos cinco membros, cabendo a cada acionista ou grupo eleger um representante, não podendo cumular mais de uma vaga sob o fundamento de ter maior número de ações dispersas, como reiterado.

Por outro lado, a disposição estatutária que fixa em cinco o número de conselheiros é igualmente inútil, pois levaria a companhia a despesas desnecessárias (art. 162) na hipótese de se apresentar apenas um representante dos minoritários. Seria o caso de companhias que não emitam ações preferenciais, ou que nelas havendo tal classe os controladores tenham mais de 0,9 décimos das ações votantes.

Em ambas as hipóteses a eleição de cinco membros do conselho fiscal levaria ao referido desperdício ao se formar um colégio com quatro membros eleitos pelos controladores e apenas um pelos minoritários.

Por aí se vê a inconformidade da fixação estatutária do número de conselheiros. Se tal ocorrer, será a regra interna inteiramente inútil e incompatível com a norma imperativa que flexivelmente disciplina a matéria, exatamente para possibilitar a representação plena e suficiente tanto dos minoritários (votantes e não votantes) como, majoritariamente, dos controladores (art. 116)⁴¹.

FRAUDE DOS CONTROLADORES

Tem-se notícia de que, em algumas companhias, os controladores vêm tentando utilizar forma grotesca de fraude aos direitos dos minoritários, mediante a aglutinação de ações de acionistas ligados à administração e, portanto, aos controladores, para o efeito de se apresentarem com percentual superior àquele que poderia ser agregado pelos verdadeiros minoritários votantes e os não votantes.

Esse expediente fraudulento constitui nítida modalidade de exercício abusivo do poder do controlador, capitulado no art. 117, *c*, da Lei. Constitui, outrossim, abuso do direito de voto dos acionistas que se prestam a tal fraude, previsto no art. 115.

⁴¹ O substitutivo do Deputado Luiz Carlos Hauly ao Projeto de Lei n. 1.564, de 1996 (Projeto Kandir), que originou a Lei n. 10.303/2001, previa a eleição majoritária dos minoritários votantes e não votantes, restando ao controlador a minoria no conselho fiscal. A proposta subvertia o princípio majoritário e se prestava à formação de *strike*, deturpando as funções do conselho fiscal.

A homologação, pela assembleia geral, de tal fraude será nula, sem embargo da responsabilidade civil dos controladores e dos acionistas com eles conluídos (arts. 115, 117 e 158).

Trata-se, sem dúvida, de uma das mais evidentes fraudes contra os direitos dos minoritários⁴², acarretando a responsabilidade civil de todos os envolvidos, inclusive dos administradores que participarem da fraude, notadamente aqueles integrantes do controle acionário (arts. 117 e 158).

ELEIÇÃO DOS CONSELHEIROS

Uma das formas profiláticas de se cercar a fraude acima apontada é a de a mesa ordenar, em primeiro lugar, a eleição dos membros do conselho indicados pelos controladores⁴³. Em seguida, o presidente da mesa deverá solicitar aos acionistas minoritários com e sem direito de voto que indiquem seus representantes, instalando-se a votação em separado; se houver mais de um candidato – titular e respectivo suplente – para as vagas existentes.

Esse procedimento, se não consegue evitar no todo a fraude montada, logra, no entanto, identificar nitidamente os acionistas conluídos, na denegação ilícita dos direitos dos minoritários votantes (um) dos não votantes (um)⁴⁴, permitindo, assim, responsabilizá-los, bem como promover a nulidade de tal eleição.

DURAÇÃO DO MANDATO E DIREITO DE LIBERAÇÃO

A duração do mandato dos conselheiros fiscais constitui preceito de ordem pública, que não poderá ser alterado pelo estatuto. Conta-se de assembleia a assembleia. Portanto, pode não ser de um ano. Poderá ser menor, se o conselheiro for eleito em assembleia extraordinária, permanecendo o seu mandato apenas até a próxima assembleia ordinária.

Por outro lado, o mandato poderá estender-se por mais de um ano, se decorrer maior tempo entre uma assembleia ordinária e outra. Daí ter o

42 Nesse sentido, v. AgI 2000.002.06318, da 17ª Câm. Civ. do TJRJ, j. em 9-8-2000, e AgI 70000416180, rel. Des. Carlos Alberto Bencke, do TJRS, j. em 6-4-2000.

43 Miranda Valverde, *Sociedades por ações*, cit., v. 2, p. 342.

44 Na França, a eleição dos *commissaires aux comptes* é feita na assembleia geral ordinária, consoante procedimento previsto no art. 223 da Lei de 1966.

conselho competência para convocar a assembleia geral ordinária, se os administradores retardarem por mais de um mês essa convocação (art. 163).

Realizada essa assembleia, a partir daí liberam-se de suas funções. Se, no entanto, deixarem de promover a convocação, continuam em exercício e, portanto, responsáveis (art. 163) até a realização do próximo conclave ordinário convocado pelos administradores ou pelos acionistas (art. 123)^{45 e 46}.

SUPLENTE

Aos suplentes cabe substituir, pelo critério estabelecido no estatuto⁴⁷, os respectivos titulares, em suas ausências, impedimentos, renúncia ou morte.

Cada conselheiro será substituído pelo seu respectivo suplente. Será absolutamente nula a disposição estatutária ou a deliberação da assembleia geral ou da administração que convocar suplente eleito pelos controladores para substituir titulares eleitos pelos minoritários votantes e não votantes. Estes têm seus próprios suplentes.

Qualquer interpretação em contrário dos demais órgãos sociais será fraudatória ao direito dos minoritários, votantes e preferencialistas, podendo constituir-se forma de evitar a eficácia de sua dupla representação no órgão fiscalizador⁴⁸.

Em caso de vacância dos suplentes da minoria, outros devem ser eleitos pelo mesmo processo de votação em separado. A eleição pela assembleia geral também se impõe, no caso de vagarem todas as suplências correspondentes aos conselheiros eleitos pelos controladores.

DESTITUIÇÃO SOMENTE DOS REPRESENTANTES DOS CONTROLADORES

Compete privativamente à assembleia geral destituir, a

45 V. comentários ao art. 163.

46 Na França, os *commissaires aux comptes* são eleitos por seis exercícios – art. 224 da Lei de 1966. Na Argentina, os *síndicos* são eleitos por três anos – art. 287 da Lei de 1972.

47 Sobre a matéria, AgI 1.0024.04.443268-0/001, rel. Des. Isalino Lisbôa, da 8ª Câm. Civ. do TJMG, j. em 16-12-2004.

48 Não é esse o entendimento de Cunha Peixoto, ao comentar o Diploma anterior. Entende que, se o estatuto não estabelecesse regra a respeito, seria lícito convocar qualquer dos suplentes, porque, uma vez eleitos, não havia diferença entre eles (*Sociedades por ações*, cit., v. 4, p. 136).

qualquer tempo, os conselheiros fiscais eleitos pelos controladores da companhia. São eles demissíveis *ad nutum*.

Não pode, no entanto, a assembleia geral destituir os conselheiros fiscais eleitos, em separado, pelos acionistas minoritários votantes e pelos preferencialistas. Isto porque eles não são eleitos pela assembleia geral, que apenas homologa os seus nomes. Os minoritários votantes e os não votantes, separadamente, por sua vez, têm o direito de, em votação separada, deliberar a destituição dos conselheiros por eles eleitos, devendo a mesa promover a eleição, também apartada, dos substitutos por aqueles minoritários que estiverem presentes ao conclave^{49 e 50}.

- 49 Na França, os *commissaires aux comptes* somente poderão ser destituídos pela assembleia geral, em caso de culpa ou impedimento – art. 227 da Lei de 1966. Na Itália, o art. 2.400 do Código Civil dispõe que os síndicos somente poderão ser destituídos com justa causa.
- 50 Sobre a matéria há uma significativa série de decisões judiciais e administrativas. Assim: 1) O conselho fiscal é órgão de existência obrigatória e de funcionamento facultativo: TJRS, 6ª Câmara, AgI 70006840466, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, j. em 1ª-10-2003. 2) A existência de auditoria independente na companhia não impede a instalação do conselho fiscal: Colegiado da CVM, Proc. RJ 2007/3246 e RJ 2006/5701, rel. Presidente Marcelo Fernandez Trindade, j. em 10-7-2007. 3) Havendo requerimento de instalação, o funcionamento do conselho fiscal se torna obrigatório: TJSP, 4ª Câmara, AC 317.660-4/2-00, rel. Des. Jacobina Rabello, j. em 18-12-2003. 4) O cargo de conselheiro fiscal não é privativo dos acionistas: TJMG, 8ª Câmara, AgI 0024.04.443268-0/001(I), rel. Des. Isalino Lisboa, j. em 16-12-2004. 5) No cômputo do quórum de 5% para a instalação do conselho fiscal, não podem ser incluídas as ações gravadas objeto de divergência entre o usufrutuário e seu proprietário: Parecer CVM/AJU 005/80. 6) Sobre a prerrogativa legal de a CVM diminuir o percentual necessário ao pedido de instalação do conselho fiscal: Instrução CVM n. 324, de 2000. 7) O direito previsto no § 2º do art. 161 será exercido em votação em separado, ao passo que o estipulado no § 4º poderá ser exercido por qualquer acionista de maneira isolada, desde que possua ele 10% das ações com direito a voto: Colegiado da CVM, Proc. RJ 2007/11086, rel. Diretor Marcos Barbosa Pinto, j. em 23-9-2008. 8) A aquisição, pelos preferencialistas, do exercício do direito de voto por força do disposto no art. 111, § 1º, não transforma as ações preferenciais em ordinárias, nem elimina os demais direitos assegurados pela Lei ou pelo estatuto aos preferencialistas: Colegiado da CVM, Proc. RJ 2002/7152, voto da Diretora Norma Jonssen Parente, j. em 30-8-2005. 9) Parecer de Orientação CVM, de 1990, sobre as regras de constituição do conselho fiscal. 10) Não há possibilidade de adoção de voto múltiplo para a eleição do conselho fiscal: Colegiado da CVM, Consulta Ref. 3649/2002, rel. Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos, j. em 16-4-2002. 11) A ausência de participação acionária suficiente para que as minorias acionárias, de que trata o § 4º do art. 161, possam proceder à eleição em separado não constitui impedimento à constituição do conselho fiscal quando preenchido o quórum específico para a exigência de seu funcionamento: Colegiado da CVM, Proc. RJ 2007/3246 e RJ 2006/5701, rel. Presidente Marcelo Trindade, j. em 10-7-2007. 12) Sendo o preferencialista com maior número de ações também o controlador, não

poderá ele se prevalecer dos critérios da alínea a do § 4º para eleger mais um conselheiro fiscal: TJRJ, 17ª Câmara, AgI 2000.002.06318, rel. Des. Frabricio Bandeira Filho, j. em 9-8-2000. 13) O controlador não pode impedir a eleição de um conselheiro fiscal pelos preferencialistas sob o argumento de que a finalidade da fiscalização seria “desvirtuada”: RT 788/380. 14) O conselheiro fiscal eleito pelos minoritários somente poderá deixar de ser empossado no cargo nos casos de inelegibilidade previstos no art. 162, não tendo a assembleia geral poder de destituí-los: TJSC, 4ª Câmara, AgI 8.775, rel. Des. Anselmo Cerello, j. em 25-8-1994. 15) O direito de eleição pelos minoritários de um membro do conselho fiscal, pode ser pleiteado judicialmente: TJRS, 6ª Câmara, AgI 70006840466, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, j. em 1ª-10-2003. 16) O controlador não pode criar artifícios nem fazer manobras para tentar suprimir dos minoritários o exercício dos seus direitos assegurados pela Lei: TJSP, 5ª Câmara, AC 253.789.4/5-00, rel. p/ acórdão Des. Carlos Renato, j. em 11-9-2003. No mesmo sentido: TAMG, 6ª Câmara, AgI 392.463-8, rel. Belizário de Lacerda, j. em 2-5-2003. Também RT 624/76. Também Parecer CVM/SJU 018/90. 17) Pela efetividade dos direitos dos minoritários, estabelecidos neste art. 161: TJMG, 10ª Câmara, AC 1.0702.03.069046-6/001, rel. Des. Roberto Borges de Oliveira, j. em 4-4-2006. 18) Sobre a efetiva independência do minoritário com respeito ao controlador, direta ou indiretamente, para o exercício do direito de eleger conselheiro fiscal minoritário: Parecer de Orientação CVM n. 19, de 1990, e Colegiado da CVM, PAS 07/05, rel. Presidente Marcelo Trindade, j. em 24-4-2007. 19) Sobre o absoluto impedimento do controlador participar do processo de votação em separado para eleição de conselheiro fiscal representante dos minoritários: Colegiado da CVM, PAS 02/07, rel. Diretor Eliseu Martins, j. em 8-12-2009. 20) Os filhos do controlador não poderão ser considerados minoritários para o efeito de eleger representante no conselho fiscal, a não ser que haja prévia e inequívoca dissidência: Colegiado da CVM, IA RJ 2001, rel. Diretor Wladimir Castelo Branco Castro, j. em 23-10-2002. 21) O fato de ter sido empregado da companhia e de ter, ainda, outras relações obrigacionais com ela, faz pressupor a falta de independência, que é o requisito essencial para eleger representante dos minoritários no conselho fiscal: Colegiado da CVM, Proc. RJ 2003/10946, rel. Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos, j. em 9-3-2004. 22) A propriedade de uma única ação preferencial legitima o seu titular a eleger um membro do conselho fiscal, na forma e para os efeitos do § 4º do presente art. 161: Colegiado da CVM, Proc. RJ 2007/11086, rel. Diretor Marcos Barbosa Pinto, j. em 23-9-2008. 23) O requisito de 10% estabelecido na letra a do § 4º deste art. 161 refere-se ao capital social e não ao quórum verificado na assembleia geral: Colegiado da CVM, Proc. RJ 2007/11086, rel. Diretor Marcos Barbosa Pinto, j. em 23-9-2008. 24) O controlador não pode participar da votação em separado do representante dos minoritários no conselho fiscal: Colegiado da CVM, PAS RJ 2001/9686, rel. Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos, j. em 12-8-2004. 25) A participação de acionistas controladores, proprietários de ações preferenciais, no colégio que eleger o representante dos preferencialistas no conselho fiscal, constitui claro cerceamento do exercício de um direito essencial, previsto no art. 109 da Lei Societária: Parecer CVM/SJU 077/83. No mesmo sentido: Parecer CVM/SJU 114/83. 26) Sobre o direito de o controlador eleger a maioria dos membros do conselho fiscal: TJRS, 6ª Câmara, AgI 7000/3718, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, j. em 10-3-2004. No mesmo sentido: Colegiado da CVM, Proc. RJ 2003/3716, rel. Diretor Wladimir Castelo Branco Castro, j. em 10-6-2003, cit. Também o Colegiado da CVM, Proc. RJ 2003/3127, voto do Presidente Luiz Leonardo Cantidiano, j. em 17-6-2003. In: Lazzareschi, op. cit., p. 521 e s.

No caso de companhia com capital disperso (art. 137, II, *b*) a destituição pela assembleia geral somente será eficaz se tal for solicitado pelo acionista ou grupo disperso que elegeu o representante no conselho fiscal.

REQUISITOS, IMPEDIMENTOS E REMUNERAÇÃO

Art. 162. *Somente podem ser eleitas para o conselho fiscal pessoas naturais, residentes no País, diplomadas em curso de nível universitário, ou que tenham exercido, por prazo mínimo de três anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal.*

§ 1º *Nas localidades em que não houver pessoas habilitadas, em número suficiente, para o exercício da função, caberá ao juiz dispensar a companhia da satisfação dos requisitos estabelecidos neste artigo.*

§ 2º *Não podem ser eleitos para o conselho fiscal, além das pessoas enumeradas nos parágrafos do art. 147, membros de órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia.*

§ 3º *A remuneração dos membros do conselho fiscal, além do reembolso, obrigatório, das despesas de locomoção e estada necessárias ao desempenho da função, será fixada pela assembleia geral que os eleger, e não poderá ser inferior, para cada membro em exercício, a 10% da que, em média, for atribuída a cada diretor, não computados benefícios, verbas da representação e participação nos lucros.*

• *Parágrafo com redação dada pela Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997.*

LEI DE 1940

A matéria estava contida nos arts. 124 e 126 do Decreto-Lei n. 2.627, de 1940. O art. 126 dispunha: "Não podem ser eleitos para o conselho fiscal os empregados e os que se acharem nas condições previstas no § 4º do art. 116". E o parágrafo único do art. 124: "A remuneração dos membros do conselho fiscal será fixada, anualmente, pela assembleia geral ordinária que os eleger".

Não havia, portanto, qualquer exigência de profissionalidade ou experiência para a eleição dos membros do órgão fiscalizador. E os impedimentos não eram tão explícitos, embora tivessem o mesmo alcance.

Por outro lado, outorgava a Lei de 1940 à assembleia a livre determinação da remuneração dos conselheiros fiscais, sem qualquer critério mínimo.

LEI N. 4.595, DE 1964

O Diploma que organizou o Sistema Financeiro Nacional – Lei n. 4.595, de 1964 –, em seu art. 33, submete a investidura dos conselheiros eleitos pelas assembleias gerais de instituições financeiras à aceitação e, portanto, à aprovação do Banco Central⁵¹.

LEI N. 6.404, DE 1976

A Lei n. 6.404, de 1976, estabelece requisitos de competência e experiência profissional para o exercício das funções de conselheiro fiscal, levando em conta, ademais, as disparidades regionais do País, aventando, em consequência, a dispensa judicial de tal requisito, na hipótese que especifica.

Ademais, adapta os impedimentos específicos às companhias coligadas, controladas ou do mesmo grupo. E, ao fazê-lo, a norma estabelece o conceito de grupo, o qual deve ser aplicado não apenas para vedar a eleição, mas, sobretudo, para abranger a fiscalização pelos conselheiros fiscais da *holding* controladora, no exercício do dever-poder de fiscalização individual, as contas das sociedades controladas, com atividade operacional, na medida em que são elas que formam a consolidação.

O conceito de grupo, inserido na presente norma, abrange tanto os grupos de fato como aqueles de direito, como têm reiteradamente entendido a jurisprudência da Comissão de Valores Mobiliários, em suas decisões.

A propósito, aproveita aos grupos de fato o que, a respeito do poder-dever de diligência dos conselheiros fiscais da companhia de comando sobre as contas e documentos das controladas, consta do § 2º do art. 277, que trata dos poderes do conselho fiscal em grupo de sociedades de direito⁵².

E, querendo dar maior responsabilidade ao exercício das funções dos conselheiros e, ainda, no pressuposto da sua profissionalidade, estabeleceu a Lei de 1976 critério de remuneração mínima, que deverá ser observado pela assembleia geral.

⁵¹ A competência do Banco Central, na espécie, encontra-se no art. 10, X, da referida Lei n. 4.595, de 1964.

⁵² Colegiado da CVM, Proc.2000/4860, rel. Diretor Wladimir Castelo Branco Castro, j. em 13-2-2001; PAS CVM, RJ 2007/3822, MEMO/GJURR/n. 276, de 1992, e MEMO/CVM/GJU de 2000; Proc. RJ 2009/6720, voto condutor do Diretor Eli Loria, j. em 8-12-2009. In: Lazzareschi, op. cit., p. 534 e s.

LEI N. 9.457, DE 1997

O Diploma de 1997 melhor explicitou os direitos de remuneração e instituiu a reposição de gastos dos conselheiros fiscais no exercício de suas funções colegiadas no conselho e no exercício de seu direito-dever individual de diligência (art. 163)⁵³.

Assim, em função da competência da assembleia geral para deliberar e declarar também os honorários indiretos da administração, consoante a redação dada pela Lei n. 9.457, de 1997, ao *caput* do art. 152, o presente artigo expressamente determina que o cálculo de 10% (e não mais 1/10) seja feito apenas sobre a remuneração direta dos diretores (excluída a remuneração dos conselheiros de administração). Não contam no cômputo da remuneração dos conselheiros fiscais, portanto, os *fringe benefits* e as verbas de representação que devem ser declarados na assembleia geral a favor dos diretores⁵⁴.

A redação do § 3º dada pela Lei de 1997 obriga a companhia a pagar aos conselheiros fiscais as despesas de locomoção e estada para o exercício de suas competências individuais e colegiadas. O dispositivo é voltado, em primeiro lugar, para os conselheiros residentes fora da localidade em que se encontra a sede da companhia, onde são realizadas as reuniões do conselho fiscal, as assembleias gerais e as reuniões do conselho de administração e da diretoria a que os conselheiros fiscais têm o dever de comparecer (arts. 134, § 2º, e 163).

Ademais, ao reiterar o direito-dever individual de diligência dos conselheiros, manda a presente norma, alterada pela Lei n. 9.457, de 1997, que a companhia também reembolse as despesas de locomoção e estada ocorridas no curso dessa função. Está assim a companhia obrigada a reembolsar essa atividade isolada do conselheiro fiscal (art. 163).

Sendo o direito-dever de diligência de natureza individual e não colegiada, não depende o reembolso da aprovação do conselho fiscal reunido. Se assim fosse, estaria cerceado o direito-dever de diligência (art. 163), cujo exercício dependeria do beneplácito da maioria dos conselheiros, sempre ligados aos controladores⁵⁵.

A companhia está obrigada a proceder ao reembolso, observados padrões de moderação. O parâmetro para tais dispêndios será o que a com-

53 V. comentários ao art. 163.

54 V. comentários ao art. 152.

55 V. comentários ao art. 163.

panhia aceita para a locomoção e estada de seus administradores fora da sede social.

Em consequência, não poderá o conselheiro fiscal demandar reposições de locomoção e estada que fujam àqueles padrões. Por outro lado, não poderá a companhia submeter a restrições as despesas ocorridas com o conselheiro residente fora do município da sede, em seus deslocamentos e permanências fora da sede social.

A obrigação do reembolso cabe à administração diretamente, independente de qualquer autorização ou ingerência na fixação de critérios por parte do próprio conselho fiscal ou de seu presidente, como referido.

Desse modo, entendem-se como despesas de locomoção e de estada aquelas realizadas pelos conselheiros residentes em outros municípios, seja para comparecerem à sede social para reuniões e assembleias, seja as que despendem no exercício de seu direito-dever de diligência fora do município onde se encontra a sede social (art. 163).

TENTATIVA DE PROFISSIONALIZAÇÃO – LEI N. 6.404, DE 1976

Tendo o legislador de 1976 tomado posição conservadora no que respeita à permanência do regime de fiscalização orgânica das contas dos administradores e das demonstrações financeiras, procurou, por diversas formas, restaurar o prestígio desse órgão, notadamente, como referido⁵⁶, pela facultatividade de seu funcionamento, do que resulta que caberá aos minoritários, em princípio, agilizar-lo e, portanto, torná-lo efetivamente fiscalizador dos atos da administração.

O mesmo ocorre nas companhias com capital disperso (art. 137, II, b), em que os acionistas interessados na fiscalização da gestão financeira dos administradores que a comandam podem requerer o seu funcionamento.

Outras medidas foram previstas pelo legislador de 1976 para melhorar o papel do órgão. São essas medidas a profissionalização e a remuneração efetiva dos seus membros, mais bem explicitadas na redação dada ao § 3º pela Lei n. 9.457, de 1997.

Ao estabelecer o requisito de título ou experiência profissional, a Lei de 1976 procurou aproximar a fiscalização orgânica da externa, utilizada na maioria dos países. Tentou, dessa forma, trazer para o conselho certo nível

56 V. comentários ao art. 161.

de conhecimento técnico e de independência. Nesse sentido, a Lei n. 9.457, de 1997, trouxe novos mecanismos de integração, nos §§ 4º e 8º do art. 163⁵⁷.

A profissionalidade dos *commissaires aux comptes* e dos *auditors* certamente deve ter inspirado, ainda que timidamente, o legislador de 1976, nesse particular. Isto porque não admitiu ele o exercício da função fiscalizadora por sociedades de profissionais, explicitando que apenas pessoas físicas poderão ser eleitas conselheiros fiscais.

De qualquer forma, as três medidas – profissionalidade, remuneração e reembolso – constituíram um passo que, somado à facultatividade do funcionamento, dá maior eficácia ao órgão.

PESSOA FÍSICA

A exigência de que seja o eleito pessoa física liga-se certamente ao capítulo da responsabilidade civil (art. 165), cujo caráter personalíssimo deve ter preponderado⁵⁸. Ocorre que se esqueceu o legislador de 1976 que a responsabilidade profissional individual não desaparece quando a função é exercida por sociedade civil de profissionais.

Tanto assim que as demais legislações, visando à maior eficiência e profissionalidade da fiscalização da companhia, acolhem como “sindicos” ou “auditores”, preferencialmente, pessoas jurídicas de profissionais do setor.

É o caso, v. g., da Lei argentina de 1984, que, em seu art. 285, admite sociedade civil de profissionais constituída de advogados ou contadores públicos. É exemplo fundamental a Lei francesa de 1966 – art. 218 –, que também admite pessoa jurídica, desde que atenda aos requisitos de inscrição junto ao Ministério das Finanças e perante o órgão corporativo dos *commissaires aux comptes*. O mesmo ocorre no Direito norte-americano e no inglês.

Quanto ao nosso sistema jurídico, na interpretação da Lei de 1940, divergiam os autores, sendo de se ressaltar o magistério de Cunha Peixoto, que entendia não haver razão para negar a eleição de pessoa jurídica de profissionais⁵⁹.

57 V. comentários ao art. 163.

58 V. comentários ao art. 163.

59 Contrariamente a Miranda Valverde (*Sociedades por ações*, cit., v. 2, p. 344), que entendia que não podiam ser eleitas pessoas jurídicas.

ACIONISTA OU NÃO

Não pode o estatuto estabelecer o requisito de ser eleito apenas acionista para cargo de conselheiro fiscal. Tal regra seria nula, porque agravaria o direito dos minoritários votantes, dos preferencialistas e dos acionistas dispersos (art. 137, II, *b*) de se fazerem representar no órgão, por não poderem livremente escolher profissionais habilitados ou com experiência para tais funções.

Ademais, podendo a sociedade anônima constituir-se ou remanescer com apenas dois sócios, haveria uma incompatibilidade técnica intransponível na espécie⁶⁰.

RESIDÊNCIA NO PAÍS

O requisito de residência no País para o exercício dessa função remunerada é constitucional. Não pode, no entanto, o estatuto estendê-la, para exigir, v. g., que o conselheiro fiscal seja domiciliado no município onde se encontra a sede social, ou qualquer outro requisito semelhante.

Tais disposições seriam também ineficazes, por representarem agravamento do direito dos minoritários de livremente indicarem seus representantes, que podem, eventualmente, residir em outros locais do território nacional⁶¹. A redação do § 3º do artigo em pauta assegura o reembolso das despesas de locomoção e estadia dos conselheiros residentes em outras localidades (Lei n. 9.457, de 1997), como referido.

PROFISSIONALIDADE

A profissionalidade, determinada na Lei é bastante inespecífica, não importando na especialização do conselheiro nos ramos afins ao exercício de seu mister, como o de contador, economista ou advogado.

Essa inespecificidade segue longa tradição doutrinária brasileira, como se pode ver em Valverde, que defendia a não obrigatoriedade de contadores

60 Sobre a matéria, tendo em vista o estatuto social do Banco do Brasil S. A., de 1942, v. Cunha Peixoto, *Sociedades por ações*, cit., v. 4, p. 129.

61 Contrariamente à douta opinião de Fran Martins, que entende implícita a exigência de domicílio do conselheiro na localidade em que a empresa tem sua sede (*Comentários*, cit., v. 2, t. 2, p. 428).

para o conselho fiscal⁶². Baseava-se ele na extensão geográfica do País – o que é admitido na Lei de 1976 –, seus diferentes níveis de cultura e diversidade de meios econômicos.

Essa diversidade cultural e regional é admitida na França para os *commissaires aux comptes*. Como lembra Roblot⁶³, a Lei regulamentadora do exercício da profissão de *commissaire aux comptes*, de 1969, admite dois níveis de inscrição dos comissários – o regional e o nacional –, muito embora se reconheça a necessidade progressiva de os comissários terem, todos eles, condições de se habilitar nacionalmente.

Ademais, a profissionalidade não importa necessariamente experiência. Basta, em princípio, a diplomação em curso superior, pressupondo a Lei que tal qualificação garante melhor capacitação intelectual para o exercício das funções. Não pode, portanto, o estatuto especificar a natureza dos diplomas, pois tal requisito acarretaria agravamento dos direitos de eleição de representantes dos minoritários, pelas razões acima apontadas.

EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL

A ausência de diplomação superior poderá ser suprida por experiência profissional específica nos campos de administração de empresa ou no exercício do cargo de conselheiro fiscal.

A experiência como administrador de empresas tem sentido amplo, podendo ser incluídos tanto os empresários individuais⁶⁴ como os administradores em geral de sociedades anônimas ou por quotas de responsabilidade limitada.

Compreendem-se, nessa qualificação, os gerentes e pessoal de nível superior ou, no mínimo, intermediário da administração. Será fundamental o exercício de funções de administração em empresas comerciais, não se podendo entender preenchido o requisito quando se tratar de sociedades ou instituições civis ou da administração pública.

Substitui-se, dessa forma, a titulação universitária pela experiência no setor específico empresarial⁶⁵.

62 Miranda Valverde, *Sociedades por ações*, cit., v. 2, p. 337.

63 Ripert-Roblot, *Traité élémentaire*, cit., v. 1, p. 813.

64 Sampaio de Lacerda, *Manual*, cit., p. 227.

65 A Lei argentina, em seu art. 287, determina que os profissionais sejam contadores ou advogados. Halperin defende tal restrição, argumentando que a experiência profissional, nesses campos, permite atuar com mais idoneidade (*Sociedades anônimas*, cit.,

DISPENSA DE PROFISSIONALIDADE

A dispensa de titulação universitária ou de experiência profissional específica deverá seguir este procedimento: eleito conselheiro que não preencha os requisitos legais de profissionalidade ou titulação, será requerida ao juiz da comarca onde a companhia tem a sua sede a respectiva dispensa, consoante o processo de jurisdição graciosa, previsto nos arts. 1.103 e s. do Código de Processo Civil.

Instruirá o pedido a ata da assembleia geral que procedeu à eleição respectiva, na qual constará expressamente a declaração de inexistência, na localidade, de pessoas habilitadas em número suficiente, com remissão ao artigo da lei.

Consequentemente, a autorização será dada pelo juiz em cada pleito, convalidando, dessa forma, a deliberação da assembleia geral ou a homologação que o conclave fizer dos conselheiros eleitos pelos minoritários.

Não será, portanto, a autorização judicial feita de forma abstrata, nem antes da realização da assembleia geral, pois não se pode presumir universalmente tal insuficiência de pessoas habilitadas, mesmo porque poderão – como referido – ser eleitos conselheiros residentes em qualquer localidade do território nacional e não necessariamente domiciliados no município onde se encontra a sede social.

O requerimento será feito pelos administradores da companhia, em conformidade com o estatuto, e não pelos conselheiros fiscais interessados.

IMPEDIMENTOS ESPECÍFICOS

Além dos impedimentos gerais (art. 147), a norma enumera situações que impossibilitam o conselheiro de cumprir, com independência, os deveres que lhe são impostos^{66 e 67}.

Entre os impedidos incluem-se também os profissionais, que, embora não tenham vínculo empregatício com a companhia, com coligadas ou pertencentes ao grupo de fato ou de direito (art. 265), prestam-lhes serviços profissionais autônomos por contrato escrito ou que se configuram pela

p. 541 e s.). É o mesmo fundamento da moralidade e qualificação profissional que se encontra no Decreto francês de 1969, que regulamentou por último a profissão dos *commissaires aux comptes*.

66 V. comentários ao art. 147.

67 Miranda Valverde, *Sociedades por ações*, cit., v. 2, p. 344.

habitualidade. Consequentemente, estão impedidos de exercer as funções de conselheiros fiscais os advogados, economistas e demais profissionais de partido, tanto da própria companhia quanto de sociedades que compõem o grupo de fato ou de direito⁶⁸.

REQUISITOS

Não pode o estatuto, como referido, estabelecer nenhum requisito para investidura dos conselheiros fiscais, por se presumir que constituiriam tais exigências agravamento dos direitos de livre escolha pelos minoritários de seus representantes. Somente lei especial poderá fazê-lo, como é o caso já citado da Lei n. 4.595, de 1964, quanto à homologação, pelo Banco Central, dos conselheiros fiscais eleitos.

REMUNERAÇÃO – LEI N. 9.457, DE 1997

A Lei n. 9.457, de 1997, no capítulo da remuneração dos conselheiros fiscais, adota dois princípios. Primeiro, os honorários devem ser compensatórios, tendo em vista os serviços e a responsabilidade pessoal que decorre do exercício de tais funções. Segundo, os conselheiros, pela natureza fiscalizadora de suas funções, não devem ter interesse patrimonial nos resultados da gestão, razão pela qual a Lei não contempla a sua participação nos lucros sociais ou na remuneração indireta dos administradores (art. 152).

Essa participação não seria, com efeito, admissível, porque subordinaria a remuneração dos conselheiros ou, pelo menos, parte substancial dela à existência de lucros, induzindo-os a coonestar, em seus pareceres, a existência de lucros fictícios⁶⁹.

Assim, a Lei de 1976 descarta a possibilidade de remuneração simbólica, de um lado, e a participação interessada nos resultados positivos do exercício, de outro. Substitui, outrossim, a remuneração por comparecimento às reuniões (*jetons*) pelo critério fixo como percentual da remuneração direta dos administradores.

68 Sampaio de Lacerda, *Manual*, cit., p. 228 e s. Cunha Peixoto também considera inelegíveis os funcionários dos administradores (*Sociedades por ações*, cit., v. 4, p. 141).

69 Halperin (*Sociedades por ações*, cit., p. 526) é de opinião que, embora possível, não é recomendável tal participação, pois o síndico não é acionista, nem exerce cargo com esse caráter.

REMUNERAÇÃO MÍNIMA

A remuneração mínima será o resultado da soma da remuneração direta global da diretoria e sua divisão pelo número de diretores. Daí resultará a média aritmética da qual se extrairá um décimo e que será a remuneração mensal mínima dos membros do conselho fiscal em exercício. Os valores de referência serão os votados na última assembleia geral ordinária para os membros da diretoria.

Há notícia de que algumas companhias têm procedido a esse cálculo, incluindo os membros do conselho de administração. Tal fraude não pode subsistir, pois a Lei é clara ao mencionar como base de cálculo a remuneração global da diretoria, excluídos, portanto, os membros do conselho de administração.

REMUNERAÇÃO MENSAL

A remuneração dos membros do órgão fiscalizador da companhia é devida mensalmente. Não poderá ela, ademais, ser atribuída por reunião ou comparecimento, que é critério descartado pela Lei, como referido. O que determina o direito à remuneração é o efetivo exercício. Consequentemente, aos suplentes, quando não estiverem em exercício, não será devida remuneração.

COBRANÇA JUDICIAL

O não pagamento da remuneração devida aos conselheiros fiscais, em exercício, enseja a sua cobrança pelo rito sumário⁷⁰, consoante o art. 275 do Código de Processo Civil, se não exceder vinte vezes o maior salário mínimo vigente no País. Acima desse valor, o procedimento a ser adotado é o ordinário, na forma do art. 282 do referido Código⁷¹.

70 V. Ap. Cív. 2003.001.25324, rel. Des. José C. Figueiredo, da 11ª Câm. Cív. do TJRJ, j. em 3-12-2003.

71 Sobre as matérias tratadas no presente art. 162, há algumas decisões judiciais e administrativas (CVM). Assim: 1) A assembleia geral somente poderá destituir conselheiro fiscal eleito pelos minoritários se ele não preencher os requisitos estabelecidos em Lei: TJSC, 4ª Câm., AC 39.44/833, rel. Des. João Jose Shaefer, j. em 17-12-1992. 2) Parecer CVM/SJU 063/83: A Lei Societária não exige que o conselheiro fiscal seja residente no local da sede da empresa; o requisito legal do art. 162 restringe-se à residência no país. 3) Parecer CVM/SJU 114/83, sobre o suprimimento, pelo exercício de

COMPETÊNCIA

Art. 163. Compete ao conselho fiscal:

I – fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários;

• Inciso com redação dada pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001.

II – opinar sobre o relatório anual da administração, fazendo constar do seu parecer as informações complementares que julgar necessárias ou úteis à deliberação da assembleia geral;

III – opinar sobre as propostas dos órgãos da administração, a serem submetidas à assembleia geral, relativas a modificação do capital social, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamentos de capital, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão ou cisão;

IV – denunciar, por qualquer de seus membros, aos órgãos de administração e, se estes não tomarem as providências necessárias para a proteção dos interesses da companhia, à assembleia geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia;

• Inciso com redação dada pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001.

V – convocar a assembleia geral ordinária, se os órgãos da administração retardarem por mais de um mês essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes, incluindo na agenda das assembleias as matérias que considerarem necessárias;

VI – analisar, ao menos trimestralmente, o balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente pela companhia;

VII – examinar as demonstrações financeiras de exercício social e sobre elas opinar;

VIII – exercer essas atribuições, durante a liquidação, tendo em vista as disposições especiais que a regulam.

§ 1º Os órgãos de administração são obrigados, através de comunicação por escrito, a colocar à disposição dos membros em exercício do con-

gerência de sociedade limitada, do conselho fiscal sem diploma universitário. 4) PAS CVM 32/2000: conselho fiscal que é sócio de uma empresa de auditoria que assiste a companhia caracteriza conflito de interesses, não podendo ser eleito. 5) O acionista não pode renunciar à remuneração devida ao conselho por ele eleito: TJRJ, 11ª Câmara, AC 2003.001.25324, rel. Des. José C. Figueiredo, j. em 3-12-2003. 6) A inadimplência reiterada da companhia no que respeita ao pagamento dos honorários de conselho fiscal constitui infração administrativa, da competência da CVM: Parecer CVM/SJU 083/80. In: Lazzareschi, op. cit., p. 533 e s.

selho fiscal, dentro de dez dias, cópias das atas de suas reuniões e, dentro de quinze dias do seu recebimento, cópias dos balancetes e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente e, quando houver, dos relatórios de execução de orçamentos.

§ 2º O conselho fiscal, a pedido de qualquer dos seus membros, solicitará aos órgãos de administração esclarecimentos ou informações, desde que relativas à sua função fiscalizadora, assim como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais.

• Parágrafo com redação dada pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001.

§ 3º Os membros do conselho fiscal assistirão às reuniões do conselho de administração, se houver, ou da diretoria, em que se deliberar sobre os assuntos em que devam opinar (n. II, III e VII).

§ 4º Se a companhia tiver auditores independentes, o conselho fiscal, a pedido de qualquer de seus membros, poderá solicitar-lhes esclarecimentos ou informações, e a apuração de fatos específicos.

• Parágrafo com redação dada pela Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997.

§ 5º Se a companhia não tiver auditores independentes, o conselho fiscal poderá, para melhor desempenho das suas funções, escolher contador ou firma de auditoria e fixar-lhes os honorários, dentro de níveis razoáveis, vigentes na praça e compatíveis com a dimensão econômica da companhia, os quais serão pagos por esta.

§ 6º O conselho fiscal deverá fornecer ao acionista, ou grupo de acionistas que representem, no mínimo, 5% do capital social, sempre que solicitadas, informações sobre matérias de sua competência.

§ 7º As atribuições e poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal não podem ser outorgados a outro órgão da companhia.

§ 8º O conselho fiscal poderá, para apurar fato cujo esclarecimento seja necessário ao desempenho de suas funções, formular, com justificativa, questões a serem respondidas por perito e solicitar à diretoria que indique, para esse fim, no prazo máximo de trinta dias, três peritos, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, de notório conhecimento na área em questão, entre os quais o conselho fiscal escolherá um, cujos honorários serão pagos pela companhia.

• Parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997.

LEI DE 1940

A matéria era tratada no art. 127 e no parágrafo único