

**EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL**

EMPRESA BRASILEIRA, FUNDADA EM 20 DE NOVEMBRO DE 2001

RUA SANTO AMARO, 316 - CEP 01315-000

VENDAS: FONE (11) 3101-5780

EMAIL: [quartierlatin@quartierlatin.art.br](mailto:quartierlatin@quartierlatin.art.br)

SITE: [www.quartierlatin.art.br](http://www.quartierlatin.art.br)

**NELSON EIZIRIK**

**A LEI DAS S/A  
COMENTADA**

**VOLUME III**

**ARTS. 138 A 205**

**2ª EDIÇÃO**

**REVISTA E AMPLIADA**

Editora Quartier Latin do Brasil  
São Paulo, 2015  
[quartierlatin@quartierlatin.art.br](mailto:quartierlatin@quartierlatin.art.br)  
[www.quartierlatin.art.br](http://www.quartierlatin.art.br)

**EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL**  
RUA SANTO AMARO, 316 – CENTRO – SÃO PAULO

COORDENAÇÃO EDITORIAL: VINICIUS VIEIRA  
PRODUÇÃO EDITORIAL: JOSÉ UBIRATAN FERRAZ BUENO  
DIAGRAMAÇÃO: EDUARDO NALLIS VILLANOVA  
FINALIZAÇÃO: VICTOR GUIMARÃES SYLVIO  
REVISÃO GRAMATICAL: TARSILA NASCIMENTO MARCHETTI  
PROJETO GRÁFICO DE CAPA: INVENTUM DESIGN

EIZIRIK, NELSON. A LEI DAS S/A COMENTADA. VOLUME III – 2ª  
EDIÇÃO REVISTA E AMPLIADA – ARTIGOS 138 A 205. SÃO PAULO:  
QUARTIER LATIN, 2015.

ISBN 85-7674-802-9

1. DIREITO COMERCIAL. 2. DIREITO SOCIETÁRIO. I. TÍTULO

**ÍNDICES PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO:**

1. BRASIL: DIREITO COMERCIAL
2. BRASIL: DIREITO SOCIETÁRIO

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

**COLABORADORA NO VOLUME III:  
ANDREA BRAGA**

**COLABORAÇÃO DE VINÍCIUS AVERSARI MARTINS  
(ARTIGOS 176 A 188)**

Embora a Lei das S.A. disponha que as normas da Seção IV aplicam-se aos membros dos comitês criados pelo estatuto, o dispositivo deve ser interpretado tendo em vista a natureza e as funções de tais órgãos, que nada podem decidir sobre os negócios sociais, apenas assessorar o processo decisório.

O dever de diligência, que constitui um padrão geral de conduta, é aplicável aos membros dos comitês, que podem ser responsabilizados caso apresentem análises ou opiniões negligentes ou sem qualquer fundamento técnico, que levem os conselheiros ou diretores a adotar decisões equivocadas e lesivas ao patrimônio social. A sua responsabilidade pode ser excluída, nos termos do § 6º do artigo 159, em atenção ao princípio do *business judgement rule*.

O artigo 155 também aplica-se aos membros dos comitês, que devem servir com lealdade à companhia, sendo-lhes vedada a utilização de oportunidades comerciais da companhia, obtidas em razão de seu cargo, assim como de informações confidenciais para negociar com valores mobiliários de emissão da companhia (*insider trading*).

Não cabe a invocação do artigo 156, uma vez que, como o membro do comitê não participa de processo decisório da companhia, não pode ocorrer situação de conflito de interesses.

Com relação ao artigo 157, devem ser aplicados o *caput* e seus §§ 1º, alíneas "a", "b" e "c", 2º e 6º, que permitem o conhecimento das posições acionárias dos membros dos comitês, facilitando a repressão ao *insider trading*, assim como dos benefícios e vantagens que estejam recebendo. Porém, não estão eles obrigados a divulgar deliberações ou fatos relevantes (§ 4º), pois não detêm qualquer poder decisório, cabendo-lhes, no máximo, recomendar aos demais órgãos a sua divulgação, assim como eventualmente assessorá-los na redação do "fato relevante".

## 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, 3 (três) e, no máximo, 5 (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, 0,1 (um décimo) das ações com direito a voto, ou 5% (cinco por cento) 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% (dez por cento) 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. (Incluído pela Lei nº 10.303/2001)

§ 7º A função de membro do conselho fiscal é indelegável. (Incluído pela Lei nº 10.303/2001)”

### 1. ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES

Constitui prática usual, na generalidade dos países dotados de moderna legislação societária, a instituição de órgãos voltados especificamente para o controle e a fiscalização da gestão dos negócios sociais, incluindo seus aspectos contábeis. Assim, por exemplo: na França, os *commissaires aux comptes*; na Itália, o *collegio sindacale*; nos Estados Unidos, o *Audit Committee*. Entre nós, cabe ao conselho fiscal o desempenho de tais funções.

Um dos direitos essenciais dos acionistas é o de fiscalizar a gestão dos negócios sociais<sup>1</sup>. O conselho fiscal constitui o instrumento interno, orgânico e institucionalizado, para o exercício da fiscalização por parte dos acionistas.

Quer no regime legal anterior, quer após a promulgação da vigente Lei das S.A., o conselho fiscal foi sempre alvo de críticas doutrinárias, por não estar dotado de instrumentos para exercer a contento suas funções; por ser dominado pelo acionista controlador, que elege a maioria de seus membros; ou por servir, eventualmente, como instrumento de pressão por parte de acionistas minoritários para forçar o controlador a adquirir suas ações.

Ainda assim, trata-se de órgão que pode desempenhar funções de manifesta utilidade no processo de fiscalização dos administradores. Para tanto, é necessário que as normas que o regulam sejam

<sup>1</sup> Ver os comentários ao art. 109 da Lei das S.A.

interpretadas de molde a alcançar as finalidades para as quais foi instituído. Deve-se, por um lado, interpretar as normas que tratam de seu funcionamento e da sua composição de forma a facilitar, e não dificultar, a sua instalação – quando não é permanente – e a permitir a presença de membros eleitos pelos acionistas minoritários; afinal, a principal justificativa da existência do órgão é a de possibilitar a fiscalização dos administradores por parte dos acionistas não controladores. Da mesma forma, as normas que tratam da competência do órgão devem ser aplicadas de maneira a não dificultar a atuação individual dos conselheiros fiscais, que foi ampliada por ocasião das reformas legais instituídas pelas Leis nºs 9.457/1997 e 10.303/2001. Por outro lado, para evitar que estes conselheiros, ao invés de se concentrarem em suas atividades de fiscalização, exorbitem de suas funções, deve-se interpretar com rigor as normas e os princípios que vedam a sua ingerência nas atividades privativas dos administradores. Cabe ainda ser enfatizado que a atuação do órgão deve ser voltada para o interesse social, não para os interesses dos eleitores dos conselheiros, de forma a se impedir os abusos do controlador e dos minoritários.

A função essencial do conselho fiscal é a de exercer a permanente fiscalização sobre os órgãos de administração da companhia – conselho de administração e diretoria – referentemente às contas e à legalidade e regularidade dos atos de gestão<sup>2</sup>. Tal fiscalização estende-se, também, aos atos praticados por gerentes, supervisores e outros funcionários subordinados aos diretores. Não há, porém, possibilidade de fiscalização, por parte do conselho fiscal, sobre a atuação de eventuais comitês ou órgãos de assessoramento, sejam ou não criados pelo estatuto, por não desempenharem atividades típicas de administração (artigo 160).

<sup>2</sup> NELSON EIZIRIK, “Limites à Atuação do Conselho Fiscal”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84, outubro-dezembro, 1991, p. 14.

A atuação do conselho fiscal é basicamente instrumental, uma vez que objetiva transmitir aos acionistas as informações de que necessitam, quer para exercerem o direito de voto, com o substancial conhecimento do que vem a ser deliberado, quer para fiscalizarem a gestão dos negócios sociais<sup>3</sup>.

O conselho fiscal pode ser qualificado como órgão, dada a forma de eleição, substituição e destituição de seus integrantes, bem como por suas deliberações serem tomadas mediante voto<sup>4</sup>; ademais, nele vige o princípio majoritário, o qual é temperado pela possibilidade de atuação individual dos conselheiros, nos casos previstos na Lei das S.A.

Como se trata de um órgão colegiado, suas decisões somente serão eficazes se obtidas em reunião regularmente convocada e instalada<sup>5</sup>. Constitui o conselho fiscal, porém, órgão de natureza especial, uma vez que nele é admitida a atuação individual de seus membros (artigo 163). A Lei das S.A. optou por um modelo híbrido, de órgão biface, que ora desempenha suas funções de maneira colegiada, ora mediante atos singulares de seus membros.

Trata-se, ademais, de órgão auxiliar da assembleia geral, que, a teor do artigo 122, inciso II, tem competência para eleger e destituir os seus membros. O conselho fiscal é independente com relação ao conselho de administração e à diretoria; assim, não se subordina a tais órgãos, em nenhum aspecto. Por outro lado, não tem poderes hierárquicos sobre eles; os órgãos de administração não devem obe-

3 JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, "O Conselho Fiscal e o Direito à Informação", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, janeiro-março, 1982, p. 30. Conforme a Exposição de Motivos nº 196, de 24.06.1976, o conselho fiscal constitui órgão de fiscalização dos administradores e de informação dos acionistas.

4 WALDIRIO BULGARELLI. *Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 71.

5 MODESTO CARVALHOSA. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. v. 3, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 509-510.

diência ao conselho fiscal, cabendo-lhes atender suas solicitações se e na medida em que decorrerem da lei ou de disposição estatutária.

Além de independente, o conselho fiscal é autônomo, uma vez que, diversamente do que ocorre com a assembleia geral, não depende de outro órgão para ser convocado, realizando-se suas reuniões nas épocas previstas no estatuto ou por iniciativa de seus membros<sup>6</sup>.

## 2. FUNCIONAMENTO EVENTUAL OU PERMANENTE

A existência do conselho fiscal é obrigatória, sendo opcional, a depender do estatuto social, o seu funcionamento permanente, exceto no caso das sociedades de economia mista<sup>7</sup>. Assim, o estatuto deve disciplinar o órgão, dispondo se o seu funcionamento será permanente ou se dependerá da solicitação dos acionistas minoritários para que se instale e passe a funcionar naquele exercício social<sup>8</sup>.

Dada a redação do *caput*, poderia parecer que o estatuto deve necessariamente dispor a respeito; na verdade, não há qualquer sanção no caso de ausência de disposição estatutária, a qual ocorre em muitas companhias em que não é permanente o funcionamento do órgão<sup>9</sup>. Trata-se de uma recomendação da Lei das S.A., uma vez que, dispondo o estatuto que o funcionamento do conselho fiscal é permanente, convém que regule algumas questões essenciais de sua atuação, enquanto órgão, tais como: a convocação e o modo de realização das reuniões; a forma de eleição e atribuições do presidente; a posse e a remuneração dos conselheiros fiscais; o registro

6 WALDIRIO BULGARELLI. *Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A...*, p. 60.

7 Ver os comentários ao art. 240 da Lei das S.A.

8 Nesse sentido, a Exposição de Motivos nº 196, de 24.06.1976: "*Daí a solução do Projeto, de deixar ao estatuto da companhia discricção para dispor sobre seu funcionamento permanente, ou apenas quando solicitado por minorias acionárias*".

9 Em sentido contrário, JOSÉ WALDECY LUCENA. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei (arts. 121 a 188)*. v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 674, entende que a Junta Comercial deve recusar o arquivamento de estatuto em que o conselho fiscal não esteja nele instituído.

das conclusões do órgão e o procedimento de sua comunicação aos demais órgãos sociais<sup>10</sup>. No silêncio do estatuto, é recomendável que tais regras constem do Regimento Interno do conselho fiscal ou de outras normas da companhia.

Quando o funcionamento do conselho fiscal não é permanente, a sua instalação ocorrerá na mesma assembleia em que se verificar o requerimento dos acionistas, o qual dispensa qualquer fundamentação, uma vez que reflete o exercício do direito de fiscalizar dos administradores. Uma vez instalado, o conselho fiscal funcionará até a primeira assembleia geral ordinária que se realizar após a sua eleição, quando poderão ser reeleitos os seus membros, nos termos do § 6º.

### 3. PEDIDO DE INSTALAÇÃO

De acordo com o § 3º, pode o pedido de instalação ser apresentado em qualquer assembleia geral, ordinária ou extraordinária, não havendo necessidade de constar do anúncio de convocação da assembleia, nem da ordem do dia; não cabe aos acionistas controladores impedir a instalação do conselho fiscal sob o argumento de que foram surpreendidos pela solicitação. Tampouco é necessária a presença dos candidatos a conselheiro na assembleia geral que os elegerá; na falta de previsão estatutária, sua investidura poderá ser

10 A Instrução CVM nº 481/2009 determina, no art. 10, com as alterações introduzidas pelas Instruções CVM nºs 552/2014 e 561/2015, que sempre que assembleia geral for convocada para eleger membros do conselho fiscal, a companhia deve fornecer: (i) no mínimo, as informações indicadas nos itens 12.5 a 12.10 do "Formulário de Referência" (constante do Anexo 24 da Instrução CVM nº 480/2009, com as alterações da Instrução CVM nº 561/2015), relativamente aos candidatos indicados ou apoiados pela administração ou pelos acionistas controladores; e (ii) o boletim de voto a distância, quando for o caso (art. 21-A). As companhias registradas na categoria B, de acordo com o art. 133, inciso V, da Lei das S.A. e os arts. 21, inciso VIII, e 31, inciso II, da Instrução CVM nº 480/2009, devem enviar todos os documentos necessários ao exercício do direito de voto nas assembleias gerais no prazo de 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembleia geral ordinária, devendo fornecer informações suficientes sobre os candidatos.

feita mediante termo lavrado no livro próprio<sup>11</sup>, em até 30 (trinta) dias seguintes ao de sua eleição, em decorrência da aplicação analógica do artigo 149<sup>12</sup>. Assim, é aconselhável que os acionistas minoritários e os controladores preparem previamente a qualquer assembleia as suas listas de candidatos, a serem apresentadas quando da eventual solicitação de instalação do órgão.

### 4. COMPOSIÇÃO

A composição do conselho fiscal será de no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) membros, e suplentes em igual número, conforme estabelece o § 1º. Diversamente do que ocorria com o conselho de administração, não é necessário que os membros do conselho fiscal sejam acionistas. Para maior autonomia e independência do órgão no desempenho de suas funções de fiscalização, aliás, é recomendável que os conselheiros não sejam acionistas, evitando-se assim conflitos de interesse.

O conselho fiscal é um importante instrumento de proteção de acionistas minoritários, sempre que estes usam do seu direito para eleger em separado um dos membros do conselho, e desde que as pessoas eleitas tenham os conhecimentos que lhes permitam utilizar com eficiência os meios, previstos na Lei das S.A., para fiscalização dos órgãos da administração<sup>13</sup>.

Conforme a redação do § 4º, comentado mais adiante, os acionistas titulares de ações preferenciais sem direito de voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger 1 (um) membro e respectivo suplente, os minoritários com direito a voto representando pelo menos 10% (dez por cento) das ações ordinárias outro membro, sendo os 3 (três) demais eleitos pelo acionista controlador. Assim,

11 Ver os comentários ao art. 100 da Lei das S.A.

12 WALDIRIO BULGARELLI. *Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A...*, p. 106.

13 Exposição de Motivos nº 196, de 24.06.1976.

ainda que o estatuto disponha que o conselho fiscal terá 3 (três) membros, configurada a situação acima, aplica-se a norma legal, não a disposição estatutária, por tratar-se de comando de ordem pública, sendo eleitos até 5 (cinco) membros<sup>14</sup>.

Quando o funcionamento do conselho fiscal não for permanente, conforme a redação do § 2º, a sua instalação dependerá do pedido de acionistas que representem, pelo menos, 0,1 (um décimo) das ações com direito de voto, ou 5% (cinco por cento) das ações sem direito a voto<sup>15</sup>. A norma apresenta contradição com a disposição do artigo 123, alínea “d”, da Lei das S.A., nos termos da qual acionistas com 5% (cinco por cento) do capital votante ou com 5% (cinco por cento) do capital não votante podem convocar a assembleia geral para instalação do conselho fiscal, caso os administradores não atendam ao seu pedido no prazo de 8 (oito) dias. Não faria sentido que a assembleia, uma vez convocada, deliberasse não instalar o conselho fiscal, sob o argumento de que, embora titulados para convocar a assembleia, os minoritários não teriam o *quorum* mínimo para requerer a instalação do conselho. A alínea “d” do artigo 123 foi introduzida mediante a Lei nº 9.457/1997, lei posterior à Lei

14 A CVM, no Parecer de Orientação CVM nº 19/1990, observa que: “*Há na lei societária, um certo número de prerrogativas intangíveis, ou seja, direitos próprios à qualidade de acionistas, os quais não podem ser modificados ou suprimidos, quer pela assembleia geral, quer pelos estatutos. Dentre tais direitos, enumerados no artigo 109 da Lei das Sociedades por Ações, encontra-se o de fiscalizar a gestão dos negócios sociais (item III do citado artigo). Ora, talvez a eleição, em separado, de membros do conselho fiscal seja uma das mais eficazes formas de fiscalização de que dispõem os acionistas portadores de ações preferenciais, bem como os minoritários portadores de ações votantes.*”

15 O art. 291 da Lei das S.A. autorizou a CVM a reduzir tais porcentagens mínimas, com relação às companhias abertas, o que foi feito mediante a publicação da Instrução CVM nº 324/2000. No Ofício Circular CVM/SEP nº 002/2015 que contém orientações gerais sobre procedimentos a serem observados pelas companhias abertas, estrangeiras e incentivadas, a CVM, no item 6.1.4, ao fazer referência à Instrução CVM nº 324/2000, observa que: “*Assim, o acionista minoritário tem direito de requerer, em assembleia geral, a instalação do Conselho Fiscal, observado o quorum especial de instalação previsto na Instrução 324/00.*”

nº 6.404/1976, ficando derogada, por ser incompatível com a nova norma, a parte do § 2º do artigo 161 que exige o percentual mínimo de 0,1 (um décimo) das ações com direito de voto. Assim, foram uniformizados os percentuais para o requerimento de instalação do conselho fiscal: 5% (cinco por cento) das ações votantes ou 5% (cinco por cento) das ações não votantes<sup>16</sup>.

A Lei das S.A. não exige que o voto seja pleno ou dotado de caráter de permanência. Assim, os titulares de ações preferenciais que adquirem o direito de voto por não terem recebido os dividendos a que fazem jus são considerados acionistas com direito de voto<sup>17</sup>, tanto para os efeitos do § 2º como do § 4º<sup>18</sup>.

Com relação à constituição do órgão, devem ser observadas as seguintes regras: os titulares de ações preferenciais sem direito de voto, ou com voto restrito, poderão eleger 1 (um) membro e seu suplente; os acionistas minoritários, titulares de ações com direito de voto, desde que representem, em conjunto, 10% (dez por cento) ou mais do capital votante, elegerão outro membro; os demais acionistas, ou seja, os controladores, elegerão os demais membros, de forma que tenham maioria no conselho fiscal. Ou seja, se os preferencialistas sem direito de voto, ou com voto restrito, elegerem 1 (um) membro e os titulares de ações votantes outro, os controladores elegerão os 3 (três) restantes, perfazendo um total de 5 (cinco) integrantes do conselho fiscal. Se os titulares de ações com direito de voto não tiverem o percentual mínimo, os preferencialistas sem direito de voto, ou com voto restrito, elegerão 1 (um) membro e

16 No mesmo sentido, MODESTO CARVALHOSA. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas...*, v. 3, p. 500; JOSÉ WALDECY LUCENA. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei (arts. 121 a 188)...*, v. II, p. 677.

17 Ver os comentários ao art. 111 da Lei das S.A.

18 A esse respeito, ver a decisão do Colegiado da CVM proferida no Processo Administrativo CVM nº RJ 2002/7152, Rel. Dir. Norma Jonssen Parente, j. em 30.08.2005.

os controladores os outros 2 (dois), de sorte que o conselho fiscal terá 3 (três) membros.

A opção do legislador foi claramente no sentido de permitir que o acionista controlador possa sempre eleger a maioria dos membros do conselho fiscal, em atenção ao princípio majoritário. Ainda que tenha, tal postura, gerado críticas acerbas e propostas de alteração, por ocasião da reforma instituída pela Lei nº 10.303/2001, a modificação sugerida foi vetada, mantendo-se a redação original da Lei das S.A.<sup>19</sup>.

Pode ocorrer uma situação em que os titulares de ações ordinárias tenham a quantidade mínima para pedir a instalação do conselho fiscal – mais de 5% (cinco por cento) das ações – mas não para eleger 1 (um) membro, pois, neste caso, detêm menos de 10% (dez por cento) das ações com direito de voto. Tal circunstância não lhes retira o direito de ver instalado o conselho fiscal, ainda que não possam eleger 1 (um) de seus membros. Com efeito, como os membros do conselho fiscal devem exercer suas funções tendo em vista o interesse social, o fato de não poderem os acionistas de determinada classe eleger 1 (um) deles não lhes retira a legitimidade de requerer a instalação do órgão.

O requisito de 10% (dez por cento) previsto no § 4º diz respeito ao número de ações de titularidade de todos os acionistas minoritários da companhia e não ao número de ações detidas pelos minoritários efetivamente presentes à assembleia geral. A interpretação literal da norma indica que o dispositivo deve ser lido da seguinte forma: os acionistas minoritários poderão eleger em separado 1 (um) membro e seu respectivo suplente desde que representem, em conjunto, 10% (dez por cento) ou mais das ações com direito a voto. Não há na norma qualquer menção a “acionistas presentes” ou a qualquer outra expressão que restrinja os titulares de ações votantes

19 A propósito, NELSON EIZIRIK, “Conselho Fiscal”. In: Jorge Lobo e Antonio Kandir (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Inovações e Questões Controvertidas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 457.

aos que efetivamente comparecem à assembleia geral. Ademais, se o propósito da norma é o de garantir a efetiva fiscalização da atuação dos administradores, por parte dos minoritários, o percentual de 10% (dez por cento) deve ser interpretado de forma a facilitá-la, não torná-la mais difícil<sup>20</sup>.

Com relação aos titulares de ações preferenciais sem direito de voto, ou com voto restrito, a Lei das S.A. não faz qualquer exigência de participação acionária mínima. Assim, mesmo o titular de uma ação de tal classe poderá eleger 1 (um) membro do conselho fiscal. Caso o controlador tenha ações sem direito de voto, não poderá utilizá-las na votação em separado dos titulares de ações de tal classe, uma vez que a norma visa a permitir a efetiva participação dos minoritários na fiscalização dos administradores<sup>21,22</sup>.

20 Nesse sentido, a bem fundamentada decisão do Colegiado da CVM proferida no Processo Administrativo CVM nº RJ 2007/11086, Rel. Dir. Marcos Barbosa Pinto, j. em 06.05.2008. Ver, também, Ofício Circular CVM/SEP nº 002/2015, que contém orientações gerais sobre procedimentos a serem observados pelas companhias abertas, estrangeiras e incentivadas.

21 Nesse sentido é pacífica a orientação da doutrina, da jurisprudência dos tribunais e da CVM: JOSÉ WALDECY LUCENA. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei (arts. 121 a 188)...*, v. II, p. 697; FÁBIO ULHOA COELHO. *Curso de Direito Comercial*. v. 2, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 230; JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA. *Direito Societário*. 13ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 442; Decisões da: (i) 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2000.002.06318, Rel. Des. Fabrício Bandeiro Filho, j. em 09.08.2000, publicada no DO em 05.10.2000 e na *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 788, junho, 2001, p. 379-384; (ii) 6ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.392463-8, Rel. Des. Belizário de Lacerda, j. em 22.05.2003, publicada no DO em 11.06.2003; (iii) 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 70.000.416180, Rel. Des. Carlos Alberto Bencke, j. em 07.04.2000, disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Ver, também, as decisões proferidas nos Processos Administrativos Sancionadores CVM nºs 2001/8023, Rel. Dir. Wladimir Castelo Branco, j. em 23.10.2002; 20/2004, Rel. Dir. Eli Lória, j. em 21.08.2008.

22 Ver, também, o Parecer Orientação CVM nº 19/1990 e Pareceres CVM/SJU nºs 077/1983 e 114/1983. No Ofício Circular CVM/SEP nº 002/2015, que contém orientações gerais sobre procedimentos a serem observados pelas companhias abertas, estrangeiras e incentivadas, a CVM, no item 6.1.4, observa que: “Ao

## 5. CONSELHEIRO SUPLENTE

Compete aos conselheiros suplentes substituir os titulares em casos de ausência, impedimento, renúncia ou morte. Cada conselheiro deve ter o seu suplente, em atenção ao sistema da Lei das S.A. de colégios eleitorais diversos: um para os acionistas controladores; outro para os minoritários titulares de ações com direito de voto; e o terceiro para os detentores de ações sem direito de voto ou com voto restrito. Cada colégio elege o titular e o seu suplente, não cabendo a existência de suplentes “rotativos”, disponíveis para substituir qualquer dos titulares.

Assim, é nula, por contrária ao sistema da Lei das S.A., qualquer disposição estatutária que disponha sobre a convocação de suplente eventualmente eleito pelos controladores para substituir o eleito pelos minoritários<sup>23</sup>.

---

*interpretar o artigo 161, parágrafo 4º, letra “a”, da lei nº 6.404/76, a CVM expôs, por meio do Parecer de Orientação CVM nº 19/90, que para não se tornar meramente nominal o direito atribuído por lei aos preferencialistas, deve-se entender que, da votação em separado desses acionistas para a eleição de seu representante no Conselho Fiscal, não poderão participar os acionistas controladores, ainda que detentores também de ações preferenciais. Tal participação, se admitida, redundaria em cerceamento efetivo do direito essencial de fiscalizar e em representação não equitativa dos interesses, não raramente contrários, que a lei buscou proteger”. Face ao fato de o percentual de participação acionária para eleição em separado de que trata a alínea “a” do § 4º não poder ser reduzido por essa Autarquia, uma vez que não se enquadra em uma das hipóteses previstas no art. 291 da Lei das S.A., a CVM assim se manifestou: “(...) nos casos em que (i) não haja acionistas não controladores detentores de ações preferenciais; e (ii) os acionistas minoritários titulares de ações ordinárias não atingirem o percentual para eleição em separado de membro do conselho fiscal, o entendimento da CVM é que os acionistas presentes, inclusive o controlador, poderão eleger os conselheiros fiscais, por maioria de votos. O acionista controlador não é obrigado a participar de eleição dos membros do conselho fiscal na hipótese mencionada, e se não o fizer todos os conselheiros serão eleitos pelo voto dos demais acionistas, qualquer que seja sua participação no capital, pois o conselho estará instalado (artigo 161, parágrafo 2º), sendo obrigatória a eleição de seus membros (artigo 161, parágrafo 4º)”.*

23 MODESTO CARVALHOSA. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas...*, v. 3, p. 515; WALDIRIO BULGARELLI. *Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A...*, p. 125.

## 6. FUNÇÃO INDELEGÁVEL

A Lei nº 10.303/2001 acrescentou o § 7º, nos termos do qual é indelegável a função de membro do conselho fiscal. Com efeito, as atribuições e poderes que a Lei das S.A. confere a determinado órgão não podem ser outorgados a outros, criados por lei ou pelo estatuto<sup>24</sup>. Assim, é vedada tanto a delegação das atribuições do conselho fiscal, como órgão, quanto a delegação das atribuições individuais dos conselheiros fiscais. Não pode o estatuto, por exemplo, estabelecer que determinados poderes de fiscalização previstos na Lei das S.A. como do conselho fiscal ou de cada membro seu, individualmente, sejam exercidos por outro órgão, tal como o comitê de auditoria.

### REQUISITOS, IMPEDIMENTOS E REMUNERAÇÃO

**“Art.162. Somente podem ser eleitos para o conselho fiscal pessoas naturais, residentes no País, diplomadas em curso de nível universitário, ou que tenham exercido, por prazo mínimo de 3 (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 artigo 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**

---

24 Ver os comentários ao art. 139 da Lei das S.A.

**pela assembleia geral que os eleger, e não poderá ser inferior, para cada membro em exercício, a dez por cento da que, em média, for atribuída a cada diretor, não computados benefícios, verbas de representação e participação nos lucros. (Redação dada pela Lei nº 9.457/1997)"**

### 1. REQUISITOS PARA SER MEMBRO DO CONSELHO FISCAL

Visando a garantir maior eficácia da atuação do conselho fiscal, a Lei das S.A. estabelece os requisitos que devem ser preenchidos pelos conselheiros, para que possam ser eleitos, assim como a remuneração mínima a que farão jus. Ademais, disciplina as hipóteses de impedimento, pressupondo que, em determinadas situações, dados os possíveis conflitos de interesse, os conselheiros não terão isenção suficiente para atuarem de forma independente. O artigo, porém, pouco contribui para o melhor funcionamento do órgão, posto que lacunoso e anacrônico, em alguns aspectos.

Em primeiro lugar, a Lei das S.A. determina expressamente que apenas as pessoas naturais podem ser eleitas para o conselho. O dispositivo teve por evidente finalidade excluir as pessoas jurídicas, uma vez que no regime do Decreto-Lei nº 2.627/1940 havia discussões se poderiam elas ser eleitas para membros do órgão. Provavelmente o objetivo foi o de permitir a responsabilização civil dos membros, nos termos do artigo 165, o que também seria perfeitamente possível tratando-se de pessoas jurídicas, como ocorre com os auditores independentes. Dada a redação categórica do *caput*, porém, não há como se admitir pessoa jurídica como membro, o que constitui verdadeiro anacronismo da Lei das S.A., uma vez que poderia ser bastante proveitosa a presença de empresas de auditoria independente, representadas por um sócio ou funcionário qualificado, como integrantes do conselho. Igualmente é polêmica<sup>1</sup>, especialmente no

<sup>1</sup> JOSÉ ANCHIETA DA SILVA. Conselho Fiscal nas Sociedades Anônimas Brasileiras: o Conselho Fiscal à Luz da Lei de Sociedades Anônimas em Vigor. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 72.

caso de companhias multinacionais, embora expressa, a exigência de que o membro do conselho seja residente no País, não indo a Lei das S.A. ao exagero de requerer residência no município onde se localiza a sede social da companhia. Assim, somente poderá ser eleito para o cargo de conselheiro a pessoa física residente no País.

A exigência de capacitação profissional específica do conselheiro também é outro aspecto criticável<sup>2</sup>, uma vez que a Lei das S.A. exige apenas diploma em curso de nível universitário ou exercício, por prazo mínimo de 3 (três) anos, de cargo de administrador de empresa, ou de conselheiro fiscal. Assim, não se exige especialização do membro do conselho fiscal em contabilidade, direito ou ramos afins ao exercício do cargo. Tais requisitos são dispensáveis caso não existam na localidade pessoas habilitadas. Em tal hipótese, permite-se, mediante procedimento de jurisdição voluntária, que o juiz dispense a companhia de satisfazer os requisitos de formação universitária ou experiência. O mais razoável é que a companhia, ao invés de pedir a dispensa ao juiz, recorra a pessoas qualificadas residentes em outras localidades.

É recomendável, particularmente em companhias abertas, que o estatuto supra a omissão legislativa, exigindo formação específica em contabilidade, direito ou administração de empresas e experiência profissional comprovada em grandes sociedades ou empresas de auditoria.

### 2. IMPEDIMENTOS

O § 2º estabelece que, além dos impedimentos gerais previstos no artigo 147, há outros, específicos, cuja presença, presume a Lei das S.A., afetar a imparcialidade do conselheiro. O objetivo da norma é o de evitar que o conselho fiscal não cumpra adequadamente as suas funções de fiscalização, em virtude de vínculos de subordinação

<sup>2</sup> MODESTO CARVALHOSA. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. v. 3, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 520-522.

ou de dependência, evitando-se, assim, situações que caracterizem o conflito de interesses. Nesse sentido, veda-se a eleição de membros de órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, assim como do cônjuge ou parente, até o terceiro grau, de administrador da companhia. Nada impede que o estatuto estabeleça outros impedimentos, como o de número máximo de conselhos fiscais dos quais o conselheiro pode participar, desde que não importem em cerceamento do direito dos acionistas minoritários de eleger 1 (um) ou 2 (dois) membros do órgão.

A Lei das S.A. é clara no sentido de que o administrador – membro do conselho de administração ou da diretoria – ou empregado da companhia não pode ser eleito membro do conselho fiscal, uma vez que, se tal ocorresse, os conselheiros fiscais estariam fiscalizando os seus próprios atos.

Da mesma forma, o administrador ou empregado da sociedade controlada não pode integrar o conselho fiscal da controladora. Tendo em vista a relação de subordinação existente entre sociedade controlada e controladora, não teriam, os conselheiros fiscais, isenção e independência para fiscalizar os administradores da sociedade controladora.

Dúvidas podem surgir com relação à expressão “sociedade do mesmo grupo”, se abrangendo apenas os grupos de direito ou também os de fato.

A sociedade controladora e suas controladas e coligadas constituem o chamado “grupo de fato”<sup>3</sup>, não previsto expressamente na Lei das S.A., em oposição ao “grupo de direito”<sup>4</sup>. No grupo de fato, as sociedades encontram-se vinculadas por meio de participação acionária, sem qualquer vínculo obrigacional, devendo as relações entre elas mantidas obedecer a condições estritamente comutativas,

3 Ver os comentários ao art. 243 da Lei das S.A.

4 Ver os comentários ao art. 265 da Lei das S.A.

respondendo a sociedade controladora pelos danos causados à controlada mediante atos caracterizadores do abuso do poder de controle<sup>5</sup>.

Já no grupo de direito, único expressamente reconhecido em lei, as sociedades dele integrantes, ao firmarem uma “convenção de grupo”<sup>6</sup>, formam uma verdadeira unidade, uma vez que desenvolvem uma política empresarial comum. No grupo de direito, a sociedade de comando exerce, de modo permanente, o controle das filiadas, podendo orientar as suas atividades. Após a assinatura da convenção, a administração geral do grupo pode adotar legitimamente medidas contrárias ao interesse dos acionistas minoritários de cada sociedade que o integra, desde que nela previstas; daí a existência do direito de recesso para os acionistas dissidentes da deliberação de se associar em grupo<sup>7</sup>. Assim, diversamente do que ocorre no grupo de fato, as relações entre as sociedades integrantes do grupo de direito não necessitam observar o padrão de comutatividade.

Tendo em vista as características diversas das 2 (duas) modalidades de grupos, a Lei das S.A., ao referir-se às “sociedades do mesmo grupo”, disciplinou apenas aquelas integrantes de grupo de direito. Em primeiro lugar, somente no grupo de direito existe a possibilidade de uma administração centralizada, devendo o administrador de uma sociedade dele integrante lealdade à administração geral do grupo e não apenas à sociedade na qual exerceria a função de conselheiro, daí decorrendo a presunção absoluta de conflito de interesse e a vedação do § 2º. Diversa é a situação no grupo de fato, no qual não há administração centralizada, muito menos a possibilidade jurídica de o administrador favorecer uma sociedade em detrimento da outra, dada a exigência legal do tratamento comutativo. Ademais, existe interesse efetivo por parte da sociedade controladora no sentido de que os membros do conselho fiscal da

5 Ver os comentários ao art. 245 da Lei das S.A.

6 Ver os comentários ao art. 269 da Lei das S.A.

7 Ver os comentários ao art. 260 da Lei das S.A.

controlada cumpram adequadamente a sua função de fiscalizar a condução dos negócios sociais pelos administradores.

Assim, o § 2º, ao vedar a eleição para o conselho fiscal de membros de órgãos de administração e de empregados do mesmo grupo, está referindo-se apenas ao grupo de direito, tal como definido no Capítulo XXI da Lei das S.A. Daí decorre que não existe vedação legal a que empregados ou administradores de sociedade controladora integrem o conselho fiscal de sociedade controlada<sup>8</sup>. Por outro lado, pode o estatuto expressamente prever o impedimento de administradores ou empregados de companhias integrantes do mesmo grupo de fato.

### 3. REMUNERAÇÃO

Com relação à remuneração, a Lei das S.A. adota 2 (dois) princípios: (i) os honorários devem ser compensatórios, tendo em vista os serviços e a responsabilidade dos membros do conselho fiscal; e (ii) os conselheiros, dada a natureza de suas funções, não devem ter interesse patrimonial nos resultados da gestão, não podendo assim participar nos lucros sociais ou na remuneração indireta dos administradores<sup>9</sup>.

A Lei nº 9.457/1997 alterou a redação original do § 3º, que disciplina a remuneração dos conselheiros fiscais. A redação original era omissa com relação à obrigatoriedade de a companhia suportar os custos de locomoção e estada dos membros do conselho. Com a modificação, supriu-se a lacuna, restando inequívoco que a companhia está obrigada a desembolsar tais despesas. Caso o conselheiro resida em cidade diversa da sede da companhia, suas despesas de passagens, estada e alimentação, enquanto estiver no desempenho de suas funções, devem ser pagas pela companhia.

8 NELSON EIZIRIK. *Temas de Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 52.

9 MODESTO CARVALHOSA. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas...*, p. 523.

Com a nova redação dada ao § 3º, pode-se entender como letra morta a disposição do § 1º, restando claro que, inexistindo na localidade pessoas habilitadas, deve a companhia trazer outras, devidamente capacitadas, suportando suas despesas.

A segunda parte do § 3º, em sua nova redação, dispõe que a remuneração de cada conselheiro fiscal não poderá ser inferior a 10% (dez por cento) da que, em média, for atribuída a cada diretor, excluídos benefícios, verbas de representação e participação nos lucros, para não vincular tal remuneração aos resultados da companhia. A redação original estabelecia o mesmo percentual de remuneração, dele excluindo apenas a participação nos lucros. Daí decorreu certa discussão se o percentual deveria ser calculado sobre a remuneração direta e indireta dos administradores, ou seja, se deveriam também ser computados os *fringe benefits* (benefícios de seguros, planos de saúde, aluguel de automóvel, etc.). Com a alteração introduzida nesse parágrafo, ficou claro que os benefícios, verbas de representação e participação nos lucros não são computados na remuneração de cada diretor, para o efeito de sobre ela calcular-se a remuneração dos membros do conselho fiscal.

A remuneração deve ser paga mensalmente, a partir do momento em que o conselheiro toma posse de seu cargo. Nada impede que o estatuto ou a assembleia geral estabeleça, adicionalmente, remuneração por reunião (*jetons*) como forma de estimular o comparecimento dos membros do órgão. Como a remuneração é devida pelo efetivo exercício do cargo, os suplentes, enquanto permanecerem em tal condição, a ela não fazem jus.

#### 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; (Redação dada pela Lei nº 10.303/2001)**

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; (Redação dada pela Lei nº 10.303/2001)

V - convocar a assembleia geral ordinária, se os órgãos da administração retardarem por mais de 1 (um) mês essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes, incluindo na agenda das assembleias as matérias que considerem necessárias;

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

VII - examinar as demonstrações financeiras do 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 conselho fiscal, dentro de 10 (dez) dias, cópias das atas de suas reuniões e, dentro de 15 (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. (Redação dada pela Lei nº 10.303/2001)

§ 3º Os membros do conselho fiscal assistirão às reuniões do conselho de administração, se houver, ou de diretoria, em que se deliberar sobre os assuntos em que devam opinar (nºs 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. (Redação dada pela Lei nº 9.457/1997)

§ 5º Se a companhia não tiver auditores independentes, o conselho fiscal poderá, para melhor desempenho de 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% (cinco por cento) 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. (Incluído pela Lei nº 9.457/1997)"

## 1. ALCANCE DOS ATOS DE FISCALIZAÇÃO

Constituem as principais funções do conselho fiscal as de fiscalização e controle da legalidade dos atos dos administradores, informação aos acionistas e revisão das contas. O seu adequado funcionamento interessa primordialmente aos acionistas minoritários; pode também ser útil ao controlador, para melhor aquilatar o desempenho dos administradores, cuja maioria ele elege.

A fiscalização e o controle exercidos pelo conselho fiscal e seus membros alcançam os atos de administração praticados pelos diretores e pelo conselho de administração. Tais atos podem ser agrupados em 2 (duas) funções da atividade administrativa: a organização societária e a organização empresarial. A primeira compreende os atos de convocação e realização de assembleias gerais, reuniões do conselho de administração e da diretoria, arquivamento e publicação de atas, etc. A segunda diz respeito à gestão do patrimônio: utilização da empresa para a consecução do objeto social, verificação de quem é competente para a prática de atos de gestão ordinária, de alienação e oneração de bens da companhia, etc.<sup>1</sup>

A ação fiscalizadora do conselho e de seus membros, ainda que abranja também a gestão do patrimônio, centra-se no exame da legalidade dos atos dos administradores, não de sua conveniência ou oportunidade; ou seja, o órgão fiscalizador não tem competência para apreciar o mérito e o conteúdo da gestão societária, muito menos para recomendar aos administradores que pratiquem ou deixem de praticar determinados atos que entenda mais ou menos adequados ao exercício da atividade empresarial.

As atribuições do conselho fiscal são de vigilância, jamais de administração<sup>2</sup>, não lhe cabendo imiscuir-se no mérito dos atos de

1 WALDIRIO BULGARELLI. *Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 138 e seguintes.

2 RUY CARNEIRO GUIMARÃES. *Sociedade por Ações (Notas de Doutrina e Jurisprudência)*. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 134.

gestão, mas tão somente apreciar sua legalidade. Tal significa que não cabe ao conselho fiscal verificar se os administradores administram bem, mas se o fazem conforme a Lei das S.A. e o estatuto<sup>3</sup>. Da mesma forma que ocorre com o ato administrativo, o mérito, a conveniência e a oportunidade dos atos praticados pelo conselho de administração e pelos diretores não podem ser reavaliados pelo conselho fiscal, incumbindo-lhe apenas dizer se foram praticados de acordo com a Lei das S.A. e se os administradores cumpriram seus deveres legais e estatutários<sup>4</sup>.

## 2. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO E DE SEUS MEMBROS

Trata-se o conselho fiscal de um órgão colegiado, a deliberar segundo o princípio majoritário, o qual é “temperado” mediante a previsão da atuação individual de seus membros. Com efeito, a existência de poderes individuais dos conselheiros visa a impedir que algum acionista controlador, que pode eleger a maioria dos membros do conselho fiscal, eventualmente frustrar a atuação fiscalizadora do conselho fiscal para acobertar a atuação dos administradores.

A composição heterogênea do conselho fiscal, que se manifesta na origem de seus membros<sup>5</sup>, apenas faz sentido se for conferida a cada um deles a possibilidade de atuar individualmente. Se o órgão apresentasse uma feição puramente colegiada, decidindo sempre pela maioria e sem possibilidade de atuação singular, os conselheiros não poderiam, em alguns casos, exercer as funções para as quais foram eleitos, já que sempre prevaleceria a vontade dos controladores.

3 ALFREDO LAMY FILHO, “Competência do Conselho Fiscal”. In: Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (Coord.). *A Lei das S.A.: (pressupostos, elaboração, aplicação)*. v. II, 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 453.

4 JOSÉ WALDECY LUCENA. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei (arts. 121 a 188)*. v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 723.

5 Ver os comentários ao art. 161 da Lei das S.A.

Ainda que a Lei das S.A. estabeleça o regime de competências do conselho fiscal, nada impede que o estatuto acrescente-lhe algumas feições adicionais, desde que não invada a esfera de atuação dos outros órgãos sociais. Na prática dos negócios, verifica-se em determinadas companhias a criação dos chamados “conselhos fiscais turbinados”, com algumas das seguintes características: (i) composição apenas por conselheiros independentes, sem qualquer tipo de vínculo, direto ou indireto, com qualquer acionista, seja controlador, seja minoritário; (ii) exigência de formação especializada dos membros, em contabilidade, direito ou finanças; (iii) número mínimo de reuniões do órgão por exercício social (em média uma vez por mês); (iv) disponibilização de salas e pessoal próprio para secretariar as reuniões; (v) estabelecimento de regras para que os membros tenham disponibilidade de tempo, como vedação a que pertençam a mais de 3 (três) ou 5 (cinco) conselhos fiscais; e (vi) competência para opinar sobre outras operações, além das previstas no inciso III, como constituição de subsidiária integral, aquisição de controle acionário de outra sociedade, participação em consórcio, etc.<sup>6</sup>

Existe, em nosso modelo legal, para algumas hipóteses, a competência concomitante ou concorrente do órgão e do conselheiro fiscal, e, para outras, a competência exclusiva do órgão. Ao longo do tempo, as reformas legislativas à Lei das S.A. foram ampliando os casos em que a competência é não só do conselho fiscal, como órgão, mas também do seu membro, mediante atuação individual<sup>7</sup>.

6 A Lei *Sarbanes-Oxley*, que deve ser observada pelas companhias emissoras de valores mobiliários no mercado de capitais norte-americano, exige a manutenção de um *Audit Committee*; assim, as companhias brasileiras que emitam valores mobiliários no mercado de capitais norte americano devem criar um Comitê de Auditoria, nos termos da *SOX*, ou ampliar as atribuições conferidas ao conselho fiscal para compatibilizá-lo às suas regras dirigidas sobre o *Audit Committee*. Sobre esse assunto, ver LUIZA RANGEL DE MORAES, “As Novas Atribuições do Conselho Fiscal Diante da Lei *Sarbanes-Oxley* e da Legislação Brasileira”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, julho-setembro, 2005, p. 47-65.

7 NELSON EIZIRIK, “Conselho Fiscal”. In: Jorge Lobo e Antonio Kandir (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Inovações e Questões Controvertidas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 453.

Há competência do órgão e do conselheiro nos seguintes casos previstos no dispositivo legal: incisos I, IV e §§ 2º, 3º e 4º. A competência é apenas do conselho fiscal nas seguintes hipóteses: incisos II, III, V, VI, VII, VIII e §§ 5º, 6º e 8º. De modo geral, os atos de análise, opinião e convocação de assembleia são de competência do órgão; já os atos de fiscalização, denúncia e solicitação de informações são de competência concorrente, do conselho e de seus membros.

O inciso I estabelece que cabe ao conselho fiscal, por qualquer de seus membros, o poder-dever de fiscalizar os atos dos administradores, verificando se cumpriram seus deveres legais e estatutários. Trata-se de norma abrangente, devendo ser entendida em seu sentido positivo e negativo. No primeiro, significa que, em princípio, todos os atos dos administradores são passíveis de fiscalização; no segundo, que a fiscalização centra-se no exame da legalidade, não do mérito, conveniência ou oportunidade.

Para viabilizar a fiscalização exercida pelo conselho fiscal sobre os administradores, devem os órgãos de administração colocar à disposição de seus membros cópias das atas de suas reuniões, dentro de 10 (dez) dias (§ 1º).

Cabe ainda ao conselho fiscal, a pedido de qualquer de seus membros, solicitar aos órgãos de administração esclarecimentos e informações. Tais informações devem ser pertinentes à função fiscalizadora do órgão. Podem ser legitimamente recusados, por exemplo, pedidos referentes à política de preços praticada pela companhia, estratégias para conquista de novos mercados, operações projetadas de aquisição de outras empresas, e quaisquer outros que não se refiram ao controle das contas e da legalidade da gestão<sup>8</sup>.

8 Em sentido contrário, ver o Processo CVM nº RJ 2734/2005, Rel. Dir. Sérgio Weguelin, j. em 30.08.2005, em que foi decidido que os conselheiros fiscais “em princípio, para examinar e emitir sua opinião sobre as demonstrações, devem ter acesso às mesmas informações e documentos aos quais a controladora e seus respectivos administradores e empregados tiveram acesso para elaborar

Assim, o direito de pedir informações é instrumental, diz respeito ao exercício da função fiscalizadora; não pode, portanto, ser ampliado a ponto de instituir uma “administração paralela” na companhia<sup>9</sup>.

A fiscalização limita-se ao exercício social em curso, sem remontar à vida pretérita da companhia, não podendo alcançar, assim, períodos da administração já abrangidos por aprovações das assembleias gerais ordinárias anteriores<sup>10</sup>. Com efeito, não compete ao conselho fiscal, sob pena de exorbitar de suas atribuições legais, reexaminar atos e contas referentes a exercícios anteriores<sup>11</sup>; se tal fosse possível, a gestão empresarial ficaria paralisada, à espera de nova aprovação de seus atos, a cada instalação de um conselho fiscal.

A competência do conselho fiscal para fiscalizar os administradores não importa na possibilidade de interferência na gestão ordinária conduzida pelos diretores nem na orientação geral dos negócios da companhia, estabelecida pelo conselho de administração.

---

*as demonstrações (...), isto é, aos balancetes e demonstrações financeiras das controladas e toda e qualquer informação utilizada, referida ou considerada nas demonstrações, necessárias para a emissão de sua opinião”.*

9 NELSON EIZIRIK. **Sociedades Anônimas – Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 733.

10 NELSON EIZIRIK. **Sociedades Anônimas – Jurisprudência...**, p. 729; NELSON EIZIRIK, “Limites à Atuação do Conselho Fiscal”, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84, outubro-dezembro, 1991, p. 16.

11 No mesmo sentido, a decisão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo proferida na Apelação Cível nº 62.520-1, j. em 06.11.1985 (publicada na **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 605, março, 1986, p. 58-59). Observa CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, “Conselho Fiscal de Sociedade Anônima: Atuação Individual e Autônoma de seus Membros”, **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, julho-setembro, 2005, p. 178-179, que, nos termos do § 3º do art. 134, “*não se justifica erguer barreira intransponível à atuação do Conselho Fiscal para examinar atos de exercícios cujas contas e demonstrações financeiras tiverem sido aprovadas sem reserva, pois os atos da administração em tais exercícios podem ser anulados ou gerar responsabilidade se praticados com erro, dolo, fraude ou simulação*”; também, nesse sentido, WALDÍRIO BULGARELLI. **Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A...**, p. 74 (nota de rodapé nº 133).

Os incisos II, VI e VII referem-se a atos de competência do conselho fiscal, como órgão colegiado, e que constituem suas funções primordiais: (i) opinar sobre o relatório anual da administração; (ii) analisar, ao menos trimestralmente, o balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas pela companhia; e (iii) examinar e opinar sobre as demonstrações financeiras do exercício social. Também com o objetivo de fiscalizar as contas da administração pode o conselho, no caso a pedido de qualquer de seus membros, requerer a elaboração de demonstrações financeiras especiais (§ 2º).

A referência à análise ao menos trimestral de balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas pela companhia pode gerar dúvidas. Embora as companhias abertas devam elaborar demonstrações trimestrais<sup>12</sup>, não há tal obrigação para as companhias fechadas. Assim, deve-se entender que, quando forem produzidas informações financeiras com tal periodicidade, cabe a sua análise pelo conselho.

Compete à assembleia geral ordinária tomar as contas dos administradores, bem como examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras (artigo 132). Entre os documentos que devem ser apresentados aos acionistas pelo menos 30 (trinta) dias antes da assembleia geral ordinária estão incluídos o relatório da administração e as demonstrações financeiras (artigo 133). Tanto o relatório de administração como as demonstrações financeiras objetivam informar os acionistas sobre os resultados do exercício, distinguindo-se apenas pela forma de comunicação: em linguagem literal no primeiro caso, em termos contábeis no segundo.

A aprovação das demonstrações financeiras, do relatório e das contas da administração constitui ato de competência privativa dos acionistas, reunidos em assembleia geral ordinária. Cumpre ao conselho fiscal opinar sobre tais documentos, mediante parecer fundamentado, contendo eventualmente informações complementares,

---

12 Ver a Instrução CVM nº 480/2009, com as alterações introduzidas pela Instrução CVM nº 488/2010.

necessárias a uma deliberação consciente dos acionistas. Mediante seu parecer, o órgão informa os acionistas sobre a regularidade dos documentos técnicos da prestação de contas, recomendando ou não a sua aprovação. Tal recomendação não vincula os acionistas, de vez que a competência é privativa da assembleia; por outro lado, aprovar as contas contra o parecer do conselho fiscal pode constituir indício de acobertamento, por parte dos controladores, de atos ilegais da administração.

O parecer é do órgão, podendo ser aprovado pela maioria de seus membros. Os membros dissidentes podem consignar sua divergência na ata de reunião do conselho fiscal, comunicá-la ao conselho de administração, diretoria e assembleia geral, cabendo-lhes, se desejarem, manifestar seu entendimento diante de tais órgãos (artigo 165). Assim, se um membro do conselho fiscal é contrário à aprovação das contas, pode apresentar seu parecer na assembleia geral, visando a bem informar os acionistas.

Também é do conselho fiscal, como órgão, a competência prevista no inciso III, de opinar sobre propostas de: (i) modificação do capital social, ou seja, seu aumento ou redução; (ii) emissão de debêntures ou bônus de subscrição; (iii) planos de investimento ou orçamentos de capital; (iv) distribuição de dividendos; e (v) operações de transformação, incorporação, fusão ou cisão. Trata-se de enumeração não exaustiva, que eventualmente pode ser aumentada pelo estatuto social. Inexistindo disposição estatutária, não tem o conselho fiscal competência para opinar sobre matérias não previstas na Lei das S.A.

Deve o conselho fiscal restringir-se ao exame da legalidade e regularidade de tais atos ou operações, sem adentrar o seu mérito nem examinar a sua conveniência e oportunidade<sup>13</sup>. Assim, tratando-se de um aumento de capital, por exemplo, caberá ao conselho fiscal

opinar sobre a sua legalidade, verificando se os atos societários prévios foram regulares, bem como se o preço de emissão das ações está adequado, obedecendo aos parâmetros do artigo 170, § 1º. Também exemplificativamente, numa operação de incorporação o conselho analisará se estão sendo obedecidos os dispositivos legais referentes à convocação da assembleia, regularidade do protocolo, da relação de troca das ações, etc., sem discutir se a operação é conveniente, se trará ou não economias de escala, se a sucessão no patrimônio da incorporada é ou não vantajosa naquele momento, etc.

O inciso IV confere ao conselho fiscal, como órgão, e a qualquer de seus membros, competência para denunciar aos órgãos de administração e à assembleia geral, se ficarem eles inertes, os erros, fraudes ou crimes cometidos pelos administradores, podendo sugerir providências para a sua correção ou reparação dos prejuízos sofridos pela companhia. Caso os administradores nada façam para apurar as denúncias, pode o conselho convocar assembleia geral extraordinária (inciso V). Se o conselho concluir que determinado diretor atuou ilegalmente, utilizando oportunidade comercial da companhia em proveito próprio, por exemplo, poderá sugerir que a companhia proceda ao seu impedimento e mova-lhe ação de responsabilidade civil para indenizar os danos causados ao patrimônio social (artigo 159).

Os membros do conselho fiscal nada podem fazer para sanar as ilicitudes apontadas, apenas denunciá-las, após o que cessa a sua responsabilidade, ficando o órgão que recebeu a denúncia encarregado de sua apuração e de tomar as medidas cabíveis, inclusive na esfera judicial.

Conforme o inciso V, o conselho fiscal pode convocar a assembleia geral ordinária, substituindo-se aos órgãos de administração quando eles não o fizerem, e extraordinária, que é de sua competência originária, quando ocorrerem motivos graves ou urgentes.

13 Nesse sentido, JOSÉ WALDECY LUCENA. *Das Sociedades Anônimas - Comentários à Lei (arts. 121 a 188)...*, v. II, p. 727. Revimos nossa posição anterior (em NELSON EIZIRIK, "Limites à Atuação do Conselho Fiscal", *Revista de Direito*

*Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro...*, v. 84, p. 17) em que admitíamos, na hipótese do inciso III, um exame de conveniência e oportunidade.

Pode também o conselho fiscal solicitar aos administradores que incluam na ordem do dia de qualquer assembleia determinada matéria; se é lícito ao órgão convocá-la, cabe-lhe aproveitar-se de convocação já feita e incluir outros assuntos, desde que compatíveis com a natureza do conclave, ou seja, sem querer tratar de matérias de competência de assembleia ordinária em extraordinária, e vice-versa<sup>14</sup>.

As atribuições do conselho fiscal e de seus membros são exercidas tanto ao longo das atividades normais da companhia como nos períodos de anormalidade, que são na: (i) acefalia, quando convocará assembleia geral que elegerá os novos administradores (artigo 150, § 2º); (ii) liquidação judicial, quando fiscalizará a gestão do liquidante em relação aos deveres relacionados nos artigos 210, 213, 214 e 216; e (iii) falência e liquidação extrajudicial de instituições financeiras<sup>15</sup>.

Nas reuniões do conselho de administração e da diretoria em que se deliberar sobre assuntos inseridos na competência do conselho fiscal de emitir opiniões (incisos II, III e VII), devem seus membros ser convocados para assisti-las (§ 3º). Caso os conselheiros fiscais, uma vez convocados, não compareçam, os órgãos de administração tomarão validamente as suas deliberações e decisões; com efeito, não pode a gestão da companhia ser indevidamente "engessada" pela omissão do conselho fiscal. Os comitês técnicos ou de assessoramento do conselho de administração não constituem órgãos de administração, descabendo, em suas reuniões, a presença dos conselheiros fiscais.

Como o conselho fiscal constitui órgão de informação aos acionistas, a Lei das S.A. estabelece a obrigação de fornecer a acionistas com mais de 5% (cinco por cento) do capital social informações

14 CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO. *Sociedades por Ações*. v. 4, São Paulo: Saraiva, 1972, p. 73, p. 153; JOSÉ WALDECY LUCENA. *Das Sociedades Anônimas - Comentários à Lei (arts. 121 a 188)*..., v. II, p. 731.

15 WALDIRIO BULGARELLI. *Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A...*, p. 170 e seguintes.

sobre matéria de sua competência (§ 6º). Tais informações podem ser requisitadas a qualquer tempo; o conselho não pode recusar-se a prestá-las, exceto se não forem relativas à sua função fiscalizadora. Havendo requisição legítima, o conselho, para atendê-la, pode solicitar aos órgãos de administração esclarecimentos e informações atinentes à matéria.

As demonstrações financeiras das companhias abertas devem ser auditadas por auditor independente registrado na Comissão de Valores Mobiliários<sup>16</sup>. O conselho fiscal, a pedido de qualquer de seus membros, pode solicitar ao auditor esclarecimentos ou informações, bem como a apuração de determinados fatos específicos, desde que necessários ao exercício de sua função fiscalizadora (§ 4º).

Caso a companhia não seja auditada por auditor independente, como ocorre na maioria das companhias fechadas, o conselho fiscal pode escolher contador ou auditor para assessorá-lo em suas funções, fixando seus honorários, a serem pagos pela companhia (§ 5º).

Pode ainda o conselho fiscal, nos termos do § 8º, escolher perito para apurar fato cujo esclarecimento seja necessário ao exercício de suas funções. A competência, no caso, é do órgão, não de qualquer conselheiro; caso um conselheiro proponha a medida, o conselho deliberará por maioria se a adota ou não.

Tanto a requisição de contador como de perito devem ser justificadas e estar inseridas no âmbito de competência do conselho fiscal; caso contrário podem ser recusadas pela diretoria. Assim, por exemplo, se o conselho requer a contratação de perito para opinar sobre a conveniência e oportunidade de uma incorporação de ações de outra companhia, tal pedido pode ser legitimamente recusado, por importar em invasão da esfera de competência dos órgãos de administração.

16 Ver os comentários ao art. 177 da Lei das S.A. Sobre o registro do auditor independente na CVM e a fiscalização por ela exercida, ver, também, a Instrução CVM nº 308/1999; NELSON EIZIRIK. *Temas de Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157.

A Lei das S.A. segue o princípio segundo o qual cada órgão tem competência privativa para a prática de determinados atos, que não pode ser delegada a outros órgãos, quer sejam previstos em lei, quer sejam criados pelo estatuto. A proibição alcança o conselho fiscal, que não pode delegar a outros órgãos, nos termos do § 7º, os poderes que lhes foram atribuídos na Lei das S.A. A Lei nº 10.303/2001 acrescentou o mesmo dispositivo no § 7º do artigo 161. Com efeito, as atribuições e poderes conferidos pela Lei das S.A. a determinado órgão não podem ser outorgados a outros, criados por lei ou pelo estatuto<sup>17</sup>. Assim, é vedada tanto a delegação das atribuições do conselho fiscal, como órgão, quanto a delegação das atribuições individuais dos conselheiros fiscais. Não pode o estatuto, por exemplo, estabelecer que determinados poderes de fiscalização previstos na Lei das S.A. como do conselho fiscal ou de cada membro seu, individualmente, sejam exercidos por outro órgão, tal como o comitê de auditoria<sup>18</sup>.

O direito societário, desde o século XIX, nas mais diversas legislações, atribui caráter cogente às normas que definem as atribuições dos órgãos pelo fato de terem as sociedades anônimas características diferentes das demais sociedades: grande número de sócios, todos com responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, que podem a qualquer momento transferir suas ações. Tais características sempre exigiram regulação estatal para proteger tanto os acionistas e os investidores do mercado como terceiros que negociam com a companhia.

Além de tais características, as leis societárias, ao estabelecerem a indelegabilidade de funções dos órgãos, consagram o princípio da especialização, nos termos do qual a sociedade anônima constitui um empreendimento institucionalizado, um grupamento de pessoas com interesses comuns, visando à realização do objeto social de for-

17 Ver os comentários ao art. 139 da Lei das S.A.

18 Ver os comentários ao art. 160 da Lei das S.A.

ma lucrativa, na qual, por imposição legal, cada órgão tem funções determinadas, das quais não pode ser privado nem a elas renunciar<sup>19</sup>.

#### PARECERES E REPRESENTAÇÕES

**“Art. 164. Os membros do conselho fiscal, ou ao menos um deles, deverão comparecer às reuniões da assembleia geral e responder aos pedidos de informações formulados pelos acionistas.**

**Parágrafo único. Os pareceres e representações do conselho fiscal, ou de qualquer um de seus membros, poderão ser apresentados e lidos na assembleia geral, independentemente de publicação e ainda que a matéria não conste da ordem do dia. (Redação dada pela Lei nº 10.303/2001)”**

A Lei das S.A. exige o comparecimento dos conselheiros fiscais ou pelo menos de 1 (um) deles às assembleias gerais ordinárias ou extraordinárias para responder eventuais pedidos de informações apresentados pelos acionistas. Como o conselho fiscal constitui órgão de informação aos acionistas, é necessária a presença de seus membros na assembleia geral, que constitui, por definição, o órgão no qual se forma a vontade social. Para que possam votar conscientemente, os acionistas devem estar devidamente informados; cabe aos membros do conselho fiscal contribuir para o completo esclarecimento das matérias que serão postas à deliberação dos sócios.

De modo a cumprir seu dever de comparecimento, os membros do conselho fiscal devem ser cientificados do local, dia e hora, bem como da ordem do dia da assembleia. Como a presença dos conselheiros fiscais é obrigatória, não é necessário que os acionistas a requeiram, cabendo à administração da companhia cientificá-los,

19 MODESTO CARVALHOSA. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. v. 3, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94.

ainda que da ordem do dia não conste matéria de sua competência. Essa obrigação decorre do parágrafo único, nos termos do qual os pareceres e representações do conselho fiscal ou de qualquer de seus membros podem ser apresentados e lidos na assembleia, mesmo que a matéria não conste da ordem do dia.

O conselho fiscal deliberará se todos os seus membros comparecerão ou se indicará um deles para representar o órgão. Se o conselho fiscal deliberar sobre o conteúdo da representação ou do parecer, caberá ao membro presente à assembleia simplesmente proceder à sua leitura; no caso, a deliberação apresentada ao conclave é colegial do órgão, respondendo todos os seus membros, exceto o dissidente. Caso o conselho fiscal apenas indique 1 (um) membro para comparecer, sem deliberar sobre o assunto, a responsabilidade será individual, do conselheiro presente à assembleia<sup>1</sup>.

A assembleia geral ordinária, mediante deliberação unânime dos acionistas presentes, pode dispensar o comparecimento dos membros do conselho fiscal, conforme o § 2º do artigo 134, que também se aplica, analogicamente, à assembleia extraordinária. Inexistindo dispensa da presença dos membros do conselho fiscal, a assembleia deve ser adiada, conforme o mesmo dispositivo legal. Aliás, é recomendável, em tal hipótese, que se proceda ao adiamento, ficando os conselheiros fiscais responsáveis pelas despesas da nova convocação, até mesmo para se evitar possíveis discussões judiciais sobre a anulabilidade da assembleia.

Se for realizada a assembleia sem a presença dos conselheiros? É preciso, em primeiro lugar, verificar se a matéria em discussão estava incluída entre aquelas sobre as quais o órgão deve opinar<sup>2</sup>. Em caso negativo, não há que se cogitar da anulabilidade da assembleia.

1 Em sentido contrário, JOSÉ ANCHIETA DA SILVA. *Conselho Fiscal nas Sociedades Anônimas Brasileiras: o Conselho Fiscal à Luz da Lei de Sociedades Anônimas em Vigor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 105.

2 Ver os comentários ao art. 163 da Lei das S.A.

Por outro lado, se a deliberação não podia prescindir da opinião do conselho fiscal – um aumento de capital, por exemplo – os acionistas que se sintam prejudicados pela ausência dos conselheiros podem lavrar seu protesto em ata e depois, demonstrando a ocorrência de prejuízos para a companhia ou para os acionistas, pleitear a anulação da deliberação.

Se um conselheiro fiscal comparece e anui tacitamente com a deliberação, não há fundamento legal para a ação de anulação da deliberação; em princípio, deve-se manter as deliberações assembleares, necessárias à continuidade dos negócios da companhia, evitando-se demandas judiciais fundadas na mera ausência de emissão formal de um parecer, quando caracterizado o consentimento do conselho fiscal ou de seu membro presente<sup>3</sup>.

Os pareceres e as representações apresentados e lidos na assembleia não vinculam os acionistas, que livremente formam a vontade social. Ademais, não é necessária a sua publicação, uma vez que se destinam aos acionistas, reunidos em assembleia geral, não ao público em geral<sup>4</sup>.

Os pareceres são documentos que contêm opiniões do conselho fiscal, como órgão, ou de seus integrantes, individualmente, sobre a legalidade dos atos da administração, praticados ou por praticar. É importante observar que, como os conselheiros fiscais não têm qualquer poder de veto sobre as decisões da assembleia geral ou dos órgãos de

3 Em sentido contrário, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferida na Apelação Cível nº 595.160.417, publicada na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v. 178, p. 274; e em NELSON EIZIRIK. *Sociedades Anônimas: Jurisprudência*. t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 222.

4 Nesse sentido, JOSÉ WALDECY LUCENA. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei (arts. 121 a 188)*. v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 751. A Exposição de Motivos nº 196, de 24.06.1976, explica que a dispensa de publicação dos pareceres e representações foi adotada para que os eventuais prejuízos que a companhia possa sofrer com a sua divulgação não inibam os conselheiros de relatar à assembleia fatos que não eram do conhecimento dos acionistas.

administração, tais documentos não vinculam nem os acionistas nem os administradores. Assim, não estão os destinatários dos pareceres obrigados a adotar as providências neles sugeridas ou aconselhadas.

As representações constituem peças mediante as quais os membros do conselho fiscal levam ao conhecimento dos acionistas atos ilegais praticados pelos administradores, para que eles possam tomar as providências cabíveis, notadamente a destituição dos infratores e a promoção de ação de responsabilidade pelos prejuízos causados.

Na prática, muitas vezes é difícil estabelecer a distinção precisa entre os pareceres e as representações, não importando a eventual confusão terminológica, desde que os fatos sejam reportados com clareza aos seus destinatários.

#### DEVERES E RESPONSABILIDADES

**“Art. 165. Os membros do conselho fiscal têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os artigos 153 a 156 e respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto. (Redação dada pela Lei nº 10.303/2001)”**

**§ 1º Os membros do conselho fiscal deverão exercer suas funções no exclusivo interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o exercício da função com o fim de causar dano à companhia, ou aos seus acionistas ou administradores, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia, seus acionistas ou administradores. (Redação dada pela Lei nº 10.303/2001)”**

**§ 2º O membro do conselho fiscal não é responsável pelos atos ilícitos de outros membros, salvo se com eles foi conivente, ou se concorrer para a prática do ato. (Redação dada pela Lei nº 10.303/2001)”**

**§ 3º A responsabilidade dos membros do conselho fiscal por omissão no cumprimento de seus deveres é**

**solidária, mas dela se exime o membro dissidente que fizer consignar sua divergência em ata da reunião do órgão e a comunicar aos órgãos da administração e à assembleia geral. (Incluído pela Lei nº 10.303/2001)”**

#### 1. DEVERES

A Lei das S.A. estabeleceu, de maneira inadequada, que as normas relativas aos deveres e responsabilidades dos administradores são comuns, aplicando-se aos membros do conselho de administração, diretores e integrantes do conselho fiscal. Ao fazê-lo, incluiu no mesmo centro de imputação de deveres e responsabilidades pessoas que desempenham funções de natureza diversa, o que obriga o intérprete a adequar o comando legal às distintas realidades que disciplina<sup>1</sup>.

O artigo 153, que trata do dever de diligência, é aplicável aos membros do conselho fiscal; com efeito, deles espera-se uma atuação competente no desempenho de suas funções de fiscalização. Tratando-se de uma obrigação de meio, o conselheiro fiscal não pode ser responsabilizado, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa, pela Comissão de Valores Mobiliários, pelo fato de ter os administradores praticado ato ilícito. Deve-se verificar se ele atuou com a diligência requerida no exame das contas e dos atos da administração incluídos em sua esfera de competência; sua responsabilidade decorrerá da falta de zelo no desempenho de suas funções, não da simples ocorrência de algum ilícito ou irregularidade na gestão social.

Para a verificação do comportamento diligente do membro do conselho fiscal, deve-se examinar se ele atendeu aos seguintes deveres: (i) de se qualificar para o cargo; (ii) de se informar; (iii) de investigar; e (iv) de comparecer às reuniões do conselho<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ver os comentários ao art. 145 da Lei das S.A.

<sup>2</sup> Ver os comentários ao art. 153 da Lei das S.A.

O conselheiro fiscal, em primeiro lugar, deve possuir conhecimentos específicos sobre as matérias incluídas em sua esfera de atuação, sendo desejável que tenha boa formação técnica em questões contábeis, financeiras e legais. Caso ele não tenha conhecimentos que lhe permitam fiscalizar a legalidade dos atos dos administradores, não deve aceitar o cargo, uma vez que a falta de formação técnica não constitui excludente de sua responsabilidade. Um conselheiro fiscal, por exemplo, não pode alegar desconhecimento de contabilidade para justificar a sua omissão na emissão de parecer apontando erros nas demonstrações contábeis da companhia.

Em segundo lugar, o conselheiro fiscal deve se informar, obtendo todos os dados necessários ao desempenho de suas funções. Deve estar familiarizado com os negócios desenvolvidos pela companhia, assim como com os atos societários praticados, cuja regularidade deverá aferir. Para tanto, deve ter acesso aos documentos societários da companhia do exercício social em curso, a respeito dos quais opinará. Tais documentos – como as atas das reuniões dos órgãos de administração, cópias de balancetes e demais demonstrações financeiras – devem ser colocados à disposição do conselho fiscal, para que ele possa cumprir com o seu dever de se informar<sup>3</sup>.

Ademais, deve o membro do conselho fiscal investigar, sempre dentro dos limites de sua competência, analisando criticamente e de forma independente, as informações que recebe e sobre as quais deve opinar. Nesse sentido, pode, caso a companhia não tenha auditor independente, escolher contador para assessorá-lo (artigo 163, § 5º), bem como requerer à companhia a contratação de perito para apurar fato necessário ao desempenho de suas funções (artigo 163, § 8º). Assim, por exemplo, diante de uma operação complexa de incorporação, para opinar sobre sua legalidade, pode solicitar a contratação de um advogado, especialista na matéria, formulando questões a serem por ele respondidas.

3 Ver os comentários ao art. 163 da Lei das S.A.

O dever de investigar não acarreta a responsabilidade automática do membro do conselho fiscal por qualquer ato ilegal dos administradores, nos quais, em princípio, ele pode legitimamente confiar. Com efeito, cabe-lhe investigar com maior profundidade na presença das chamadas *red flags*, ou seja, de sinais de alerta de que ilegalidades podem estar sendo cometidas<sup>4</sup>.

Os demais deveres comuns, previstos nos artigos 154 a 156, dirigem-se, quase todos, aos diretores e membros do conselho de administração, descabendo sua aplicação aos conselheiros fiscais, que não exercem funções de gestão e representação da companhia. Dentre as normas previstas no artigo 154, podem ser invocadas apenas as do § 1º e da letra “c” do § 2º, a saber: (i) o de ter para com a companhia os mesmos deveres que os demais membros do seu órgão, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres; e (ii) o de não receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo. A norma do artigo 156 – que veda ao administrador intervir em qualquer operação em que tenha interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores – é inaplicável, pois pressupõe que o infrator tenha poder de tomar decisões negociais ou de aprová-las.

O padrão geral de lealdade à companhia e de reserva sobre seus negócios, previstos no *caput* do artigo 155, deve ser obedecido pelo conselheiro fiscal. Dentre os deveres de lealdade previstos no artigo 155, os únicos aplicáveis aos membros do conselho fiscal, tendo em vista a natureza de suas funções, são os de, no caso da companhia aberta, guardar sigilo sobre informações confidenciais e não uti-

4 FLÁVIA PARENTE. *O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 101 e seguintes. Ver, também, os comentários ao art. 153 da Lei das S.A.

lizar-las em proveito próprio. Da mesma forma que os diretores e membros do conselho de administração, o conselheiro fiscal deve guardar sigilo sobre informação ainda não divulgada ao mercado e capaz de influir de modo ponderável na cotação dos valores mobiliários. Ademais, não pode utilizar tais informações para obter vantagem, para si ou para outrem, mediante a compra ou venda de valores mobiliários, sob pena caracterizar-se o *insider trading*, com a consequente aplicação de sanções nas esferas civil, administrativa e criminal<sup>5</sup>. Dada a posição que ocupa, o conselheiro fiscal pode ter acesso a informações confidenciais da companhia, particularmente as de natureza financeira e contábil, devendo agir com discrição, mantendo em sigilo as informações, não as repassando a terceiros nem as utilizando em proveito próprio.

Como não é obrigado a cumprir o dever de informar, previsto no artigo 157, exceto no que toca ao dever de declarar os valores mobiliários que detêm e negocia de emissão da companhia<sup>6</sup>, caso o membro do conselho fiscal tenha acesso a alguma informação relevante que, a seu juízo, deve ser divulgada, cabe-lhe reportar o fato ao conselho de administração ou à diretoria, com o que estará isento de qualquer responsabilidade. Tratando-se de companhia aberta, o conselheiro fiscal deve comunicar ato ou fato relevante de que tenha conhecimento ao diretor de relações com investidores, que promoverá a sua divulgação. Verificando a omissão do diretor de relações com investidores no cumprimento de seu dever de comunicação e divulgação, os membros do conselho fiscal se eximirão de responsabilidade caso comuniquem imediatamente o ato ou fato relevante à Comissão de Valores Mobiliários<sup>7-8</sup>.

5 Ver os comentários aos arts. 155 e 165-A da Lei das S.A.

6 Ver os comentários ao art. 165-A da Lei das S.A.

7 Art. 3º, § 1º, da Instrução CVM nº 358/2002, com as alterações introduzidas pelas Instruções CVM nºs 369/2002 e 449/2007.

8 Art. 3º, § 2º, da Instrução CVM nº 358/2002, com as alterações introduzidas pelas Instruções CVM nºs 369/2002 e 449/2007.

## 2. ABUSO DO CONSELHEIRO FISCAL

O § 1º deste artigo, incluído pela Lei nº 10.303/2001, estabelece norma de grande importância, antes prevista, genericamente, no § 1º do artigo 154, visando a reprimir o abuso do membro do conselho fiscal. Com efeito, deve ele atuar sempre tendo em vista o interesse social, não o de seus eleitores. Ocorrendo situação de conflito entre os interesses da companhia e os do grupo que o elegeu, é dever do conselheiro fiscal atender aos da companhia, mesmo que sacrificando os interesses individuais de seus eleitores. Os membros do conselho fiscal, embora eleitos por determinada categoria de acionistas, após sua posse não podem agir no interesse individual de seus eleitores, mas somente naquilo que coincidir com o interesse social. Daí decorre a absoluta ilegalidade de atuarem seguindo as instruções dos que o elegeram, ou de deles receberem uma suplementação de honorários<sup>9</sup>.

Assim, por exemplo, não pode o membro do conselho fiscal eleito por acionista minoritário passar-lhe informações confidenciais da companhia, obtidas em razão de seu cargo, ou utilizar seus poderes individuais para exercer, sem fundamentação, oposição sistemática a toda e qualquer deliberação dos administradores. Da mesma forma, não podem os conselheiros fiscais eleitos pelo controlador obstruir as iniciativas de fiscalização propostas pelos membros do órgão eleitos pelos minoritários para acobertar atos ilegais dos administradores.

## 3. RESPONSABILIDADE

A Lei das S.A. equiparou a natureza da responsabilidade dos membros do conselho fiscal à dos integrantes do conselho de

9 Em sentido contrário, WALDIRIO BULGARELLI. *O Conselho Fiscal nas Companhias Brasileiras*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988, p. 120.

administração e da diretoria<sup>10</sup>. Assim, respondem eles pelos danos causados pela omissão no cumprimento de seus deveres e pelos atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto.

A responsabilidade do conselheiro fiscal, tratando-se de atos comissivos, é, em princípio, individual; cada membro do conselho fiscal responde por seus próprios atos. Para que seja solidariamente responsável com o ato de outro conselheiro, deve ficar demonstrado que ele foi conivente ou que concorreu para a sua prática. Assim, por exemplo, se um membro do conselho fiscal utiliza informações confidenciais da companhia em proveito próprio, às quais teve acesso no curso de uma reunião do órgão, os demais, se souberem da prática ilícita e não a denunciarem, serão solidariamente responsáveis por conivência.

Se os membros do conselho fiscal omitem-se no cumprimento de seus deveres, há uma presunção de sua responsabilidade solidária; exime-se o conselheiro que manifestar em ata sua divergência e comunicá-la aos órgãos de administração e à assembleia geral. Não há, em tal comunicação, qualquer formalidade a ser atendida, bastando a comprovação de que os destinatários a receberam. Assim, por exemplo, se o conselho fiscal opina favoravelmente a aumento de capital manifestamente ilegal, por descumprimento aos princípios legais relativos ao preço de emissão das ações, há responsabilidade solidária de todos os seus membros. Da mesma forma, também há responsabilidade solidária se nenhum dos conselheiros fiscais comparece a uma assembleia geral em que se deliberará matéria incluída em sua competência de fiscalização.

Caracterizado o ato ilícito do membro do conselho fiscal e deliberada a proposição de ação de responsabilidade contra ele por danos causados à companhia, ocorrerá o seu impedimento, mediante aplicação analógica do § 2º do artigo 159.

<sup>10</sup> Ver os comentários aos arts. 158 e 159 da Lei das S.A.

**“Art. 165-A. Os membros do conselho fiscal da companhia aberta deverão informar imediatamente as modificações em suas posições acionárias na companhia à Comissão de Valores Mobiliários e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de Valores Mobiliários. (Incluído pela Lei nº 10.303/2001)”**

Os membros do conselho fiscal não podem utilizar informações confidenciais da companhia em proveito próprio ou de terceiros, mediante a compra ou venda de valores mobiliários (artigo 155).

O objetivo da norma, acrescentada pela Lei nº 10.303/2001, é permitir à Comissão de Valores Mobiliários e aos próprios acionistas o controle das operações dos conselheiros fiscais com ações da companhia. Ao tomar posse, deve o membro do conselho fiscal, mediante aplicação analógica do artigo 157, *caput*, declarar as ações e outros valores mobiliários conversíveis em ações de emissão da companhia<sup>1</sup>. Quaisquer modificações em suas posições em tais títulos devem ser declaradas, permitindo-se o conhecimento das compras e vendas realizadas com papéis de emissão da companhia.

Os membros do conselho fiscal são tidos como *insiders* primários, uma vez que têm acesso direto às informações confidenciais da companhia, no exercício de suas funções como órgão social<sup>2</sup>. Assim, tendo eles comprado ou vendido ações imediatamente antes da divulgação de fato relevante referente à matéria incluída em sua competência fiscalizadora, presume-se que operaram com uma informação privilegiada. Trata-se de presunção relativa, incumbindo ao conselheiro o ônus da prova de que não negociou com base em

<sup>1</sup> Ver, a propósito, o art. 11 da Instrução CVM nº 358/2002, com as alterações introduzidas pela Instrução CVM nº 449/2007.

<sup>2</sup> Ver os comentários aos arts. 177 e 165 da Lei das S.A.

tal informação, ou porque já vinha reiteradamente comprando ou vendendo tais ações, ou porque as informações não chegaram ao conhecimento do órgão, ou porque já eram de domínio público.

Da mesma forma que ocorre com os administradores, os membros do conselho fiscal, ficando demonstrado que praticaram o *insider trading*, podem ser responsabilizados na esfera civil<sup>3</sup>, administrativa<sup>4</sup> e criminal<sup>5</sup>.

3 Ver os comentários ao art. 155 da Lei das S.A.

4 Arts. 1º e 13 da Instrução CVM nº 358/2002, com as alterações introduzidas pelas Instruções CVM nºs 369/2002 e 449/2007.

5 O art. 27-D da Lei nº 6.385/1976, com a redação dada pela Lei nº 10.303/2001, é aplicável aos membros do conselho fiscal, ao dispor que: “Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa de até três vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime”.

## CAPÍTULO XIV

### MODIFICAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL

#### SEÇÃO I

#### AUMENTO

##### COMPETÊNCIA

“Art. 166. O capital social pode ser aumentado:

I – por deliberação da assembleia geral ordinária, para correção da expressão monetária do seu valor (artigo 167);

II – por deliberação da assembleia geral ou do conselho de administração, observado o que a respeito dispuser o estatuto, nos casos de emissão de ações dentro do limite autorizado no estatuto (artigo 168);

III – por conversão, em ações, de debêntures ou parte beneficiárias e pelo exercício de direitos conferidos por bônus de subscrição, ou de opção de compra de ações;

IV – por deliberação da assembleia geral extraordinária convocada para decidir sobre reforma do estatuto social, no caso de inexistir autorização de aumento, ou de estar a mesma esgotada.

§ 1º Dentro dos 30 (trinta) dias subsequentes à efetivação do aumento, a companhia requererá ao registro do comércio a sua averbação, nos casos dos números I a III, ou o arquivamento da ata da assembleia de reforma do estatuto, no caso do número IV.

§ 2º O conselho fiscal, se em funcionamento, deverá, salvo nos casos do número III, ser obrigatoriamente ouvido antes da deliberação sobre o aumento de capital.”

As companhias podem financiar o desenvolvimento de suas atividades de várias maneiras: (i) mediante a obtenção de empréstimos,