

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

VERA AMARAL CARVALHO MOMO

**CONSELHO FISCAL DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E O DIREITO
DE FISCALIZAÇÃO DA GESTÃO DOS NEGÓCIOS SOCIAIS**

DISSERTAÇÃO EM DIREITO COMERCIAL

SÃO PAULO

2016

VERA AMARAL CARVALHO MOMO

**CONSELHO FISCAL DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E O DIREITO
DE FISCALIZAÇÃO DA GESTÃO DOS NEGÓCIOS SOCIAIS**

DISSERTAÇÃO EM DIREITO COMERCIAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Maria Eugênia Reis Finkelstein.

SÃO PAULO

2016

BANCA EXAMINADORA

*Aos meus pais,
Maria Conceição
e José Vicente*

AGRADECIMENTOS

A realização desta dissertação só foi possível devido ao auxílio e ao apoio de diversas pessoas. A todas manifesto minha gratidão. De modo particular, à minha orientadora, Maria Eugênia Reis Finkelstein, pela atenção dispensada ao longo da orientação.

RESUMO

Conselho fiscal é o órgão responsável pela fiscalização da companhia. Tem a finalidade de verificar o cumprimento dos deveres legais e estatutários dos administradores. Atua também como órgão de informação aos acionistas. O objetivo deste trabalho é identificar se as normas legais relativas ao funcionamento do órgão são eficazes na tutela do direito essencial de fiscalização dos negócios sociais por parte dos acionistas. Busca-se compreender o papel do conselho fiscal no âmbito societário, sob o ponto de vista da harmonização dos diversos interesses sociais buscada pelo legislador.

Palavras-chave: Conselho fiscal; fiscalização; informação; interesse social.

ABSTRACT

Supervisory Board is the body responsible for the company's supervision. It is intended to verify compliance with legal and statutory duties of directors. It also acts as an information organ to shareholders. The objective of this study is to identify if the legal rules of the functioning of the body are effective in protecting the basic right of supervision of the company business by the shareholders. We seek to understand the role of the supervisory board in the corporate context, from the point of view of the harmonization of the various social interests pursued by the legislature.

Keywords: Supervisory board; surveillance; information; social interest.

SUMÁRIO

Introdução	10
1. Contexto histórico da Lei n. 6.404/76 e evolução das discussões	15
2. A harmonização de interesses na Lei n. 6.404/76.....	21
2.1 O interesse social	21
2.2 O sócio majoritário e o interesse social	24
2.3 Os “custos de agência”	28
3. Abuso de minorias.....	34
4. Direito à informação	41
4.1 Previsão na Constituição Federal e na LSA	41
4.2 Aspecto informativo do conselho fiscal.....	46
5. Conselho fiscal	49
5.1 Conselho fiscal e o direito de fiscalização dos acionistas.....	49
5.2 Composição.....	55
5.3 Funcionamento (permanente ou não permanente).....	57
5.4 Competências.....	62
5.5 Conselho fiscal e comitê de auditoria – Lei Sarbanes-Oxley	68
5.6 Remuneração dos conselheiros fiscais.....	71
5.7. Pareceres do conselho fiscal – Disponibilização aos acionistas.....	71
6. Deveres e responsabilidades dos conselheiros fiscais	75
6.1 Contextualização do tema	75
6.2 Dever de diligência	79
6.3 Dever de lealdade.....	84
6.4 Conflito de interesses	87

7. Requisitos e impedimentos dos conselheiros fiscais.....	91
8. Votação em separado dos conselheiros fiscais (art. 161, § 4º, da Lei n. 6.404/76)	94
8.1 Não participação do acionista controlador	94
8.2 Participação dos preferencialistas e minoritários	96
8.3 Mecanismo do proxy voting – um estímulo para comparecer à assembleia por intermédio de procurador.....	101
9. Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)	103
9.1 Abrangência da Lei n. 12.846/2013	103
9.2 Condutas lesivas à administração pública	104
9.3 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva – Aspectos gerais.....	108
9.4 Responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei n. 12.846/2013 – independência em relação à responsabilidade subjetiva da pessoa natural .	110
9.5 Responsabilidade subjetiva dos administradores	113
9.6 Sanções administrativas (art. 6º) e judiciais (art. 19).....	117
9.7 Regime de conformidade – Compliance (art. 7º, VIII).....	118
9.8 Acordo de leniência (art. 16).....	121
10. Função promocional do direito – uma fiscalização ativa da gestão social	123
Considerações finais	126
Referências	129

INTRODUÇÃO

O conselho fiscal constitui um mecanismo interno e institucionalizado que viabiliza o exercício de um dos direitos essenciais dos acionistas: o de fiscalização dos negócios sociais.

Tanto no regime anterior do Decreto-lei n. 2.627/40 como na atual disciplina da Lei n. 6.404/76 – Lei das Sociedades por Ações (LSA), o conselho fiscal tem sido alvo de críticas doutrinárias, por não estar dotado de instrumentos adequados para exercer satisfatoriamente suas funções, quer por ser dominado pelo acionista controlador, que elege a maioria dos seus membros, quer por servir, eventualmente, como instrumento de pressão por parte de acionistas minoritários.¹

Tais críticas servirão de hipótese para este trabalho.

Pretende-se aqui verificar se atualmente o conselho fiscal é um órgão útil no processo de fiscalização da companhia e se consegue cumprir as finalidades para as quais foi criado.

Busca-se, portanto, entender o conselho fiscal tendo em vista suas finalidades ou as funções que ele tem a cumprir.

Parte-se da premissa de que a principal função do órgão é contribuir para uma melhor fiscalização dos negócios sociais, garantindo o acesso à fiscalização por parte de membros eleitos tanto pelos acionistas não controladores (ou minorias²) como por aqueles eleitos pelos controladores da companhia.

¹ EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2, p. 425-426.

² Observamos o alerta feito por Rubens Requião de que a expressão “minorias” ou, mais especificamente, “proteção da minoria” é confusa e ambígua, pois nem sempre é a maioria de acionistas que controla a sociedade, podendo o controle ser detido pela minoria em situações de dispersão das ações e de absenteísmo dos acionistas nas assembleias gerais, situações estas que estão excluindo do entendimento de tais termos o critério majoritário quantitativo e absoluto (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, p. 177-179). Assim, neste estudo “minorias” deve ser compreendida como o acionista não controlador, a qual pode até, eventualmente, ser numerosa e detentora de expressiva participação no capital, sem, contudo, ter poder de controle nas decisões sociais. Na mesma lógica, quando nos referirmos ao termo “proteção à minoria”, estaremos aludindo à proteção legal que é dirigida aos acionistas que se encontram em posição de minoria, contra possíveis desmandos e abusos dos controladores.

Veremos que, enquanto direito essencial do acionista, o direito à fiscalização serve como contraponto ao poder majoritário, sem, contudo, desconsiderá-lo, dentro de um sistema de pesos e contrapesos implícito na lei societária.

Em um primeiro momento, será realizada uma breve análise dos principais objetivos que levaram o legislador a reformular a lei societária brasileira (anterior Decreto n. 2.627/40) e do contexto econômico, político e social vigente quando da edição da LSA.

Veremos que o adequado funcionamento da companhia, principalmente daquela de capital aberto, pode servir como instrumento de política econômica, possuindo relevante interesse público.

No processo de reforma da lei societária, focou o legislador em propiciar a gestão eficiente da empresa, incentivando e estimulando o investidor a aplicar sua poupança no mercado acionário. Para tanto, coube reforçar-lhe os direitos, tornando mais efetiva sua posição de acionista.

A Exposição de Motivos n. 196 da LSA aponta que o objetivo do legislador brasileiro, ao reformular das regras que norteiam o conselho fiscal, foi criar um sistema mais eficaz de proteção às minorias acionárias e ampliar o acesso dessa classe de acionistas à fiscalização da empresa, tornando o órgão mais efetivo.

Contudo, preservou-se a posição do acionista majoritário, resguardando sua liberdade de iniciativa e de decisão para cumprir sua função básica de zelar pelo adequado andamento da companhia, a serviço da atividade privada.

Buscou assim o legislador de 1976 não privilegiar qualquer classe de acionistas, mas sim conciliar os vários interesses envolvidos, com vistas ao interesse social.

A esse tema foi reservado um capítulo específico.

As normas de funcionamento do conselho fiscal também serão objeto deste estudo, mais notadamente aquelas que regulam a sua composição.

A eleição dos membros para a composição do órgão é um ponto que merecerá especial atenção neste estudo, mais especificamente no que diz respeito à atual posição do colegiado da CVM sobre as condições que devem ser observadas pelos acionistas para que possam eleger um membro na votação em separado, conforme procedimento previsto no art. 161, § 4º, a, da LSA.

Esse particular merecerá destaque, visto que, a despeito de o entendimento da CVM facilitar a participação dos acionistas não controladores, detentores de ações ordinárias, na eleição em separado para preenchimento das vagas do órgão, acaba por privilegiar uma participação não representativa no órgão, dado que esse processo favorece a eleição de conselheiros fiscais por uma minoria não atuante.

A competência do órgão (LSA, art. 163) será outro tema a ser investigado, com especial consideração à prerrogativa de atuação individual dos conselheiros fiscais, cuja ampliação foi promovida pelas Leis n. 9.457/97 e 10.303/2001.

Tendo em vista que o acionista também pode fiscalizar diretamente a gestão da empresa por meio de sua presença nas assembleias gerais e da solicitação de informações à administração, o direito à informação também merecerá um capítulo à parte.

Apesar de não estar expresso na lei societária, veremos que o direito à informação, por sua estreita relação com o direito de fiscalização, está implícito no rol de direitos essenciais do acionista, assim como na própria sistemática legal.

Também será verificado em que situações a atuação dos conselheiros fiscais exorbita suas funções ou é abusiva, tendo em vista que a atuação do órgão deve ser voltada ao interesse social, e não aos interesses individuais dos seus eleitores.

Tendo em conta o interesse social, deve-se impedir tanto o abuso do acionista controlador, que exerce o poder majoritário na sociedade, quanto aquele eventualmente praticado por acionistas não controladores.

A metodologia aplicada neste trabalho contempla uma abordagem legislativa e doutrinária acerca do tema, incluindo livros e artigos publicados em revistas especializadas, citando também decisões administrativas da CVM e decisões jurisprudenciais. Para atingir o objetivo proposto, serão abordados também os debates que estão sendo promovidos no mercado sobre a importância e o papel do conselho fiscal para as sociedades anônimas, a fim de realizar uma discussão atualizada sobre o assunto.

O escopo deste estudo está restrito às sociedades anônimas.

Justificam a escolha do tema: a percepção de que fiscalizar os negócios da companhia é um direito do acionista que ganha cada vez mais relevância nos dias atuais, dados os atos de corrupção praticados na gestão de empresas e na administração pública que vêm ocorrendo; e a importância que a proteção aos

direitos do investidor tem para o desenvolvimento do mercado de capitais de nosso país.

Tal percepção nos levou a reservar um capítulo para fazer algumas considerações acerca da Lei n. 12.846/2013 (conhecida como Lei Anticorrupção), dada sua estreita relação com o tema deste trabalho e a urgência que temos em encontrar novos caminhos que levem à maior efetividade no combate e na prevenção de atos corruptivos envolvendo companhias brasileiras.

A corrupção é um fenômeno presente no Brasil. Surte efeitos nocivos para a sociedade sob o ponto de vista econômico, social, político e moral.

Ao propiciar a apropriação privada de recursos públicos, contraria os objetivos fundamentais de nosso país, quais sejam, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, o de garantir o desenvolvimento nacional, assim como o de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º da Constituição Federal).

Trata-se de fenômeno social diretamente relacionado com a eficácia, a credibilidade e a moralidade da gestão pública, razão pela qual a sua proliferação em nosso país leva à degradação das finanças públicas e o conseqüente agravamento das desigualdades sociais.

Essa constatação é corroborada por alguns fatos.

Segundo o índice de corrupção divulgado recentemente pelo Fórum Econômico Mundial, o Brasil é o 4º país mais corrupto do mundo, ficando atrás apenas do Chade, da Bolívia e da Venezuela, que lidera o *ranking*.³

Outro dado relevante a considerar é o relatório da Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP), o qual estima que o custo médio da corrupção no Brasil varia de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), o que vale dizer que os recursos públicos desperdiçados com essa prática montam de R\$ 50,8 bilhões a R\$ 84,5 bilhões por ano.⁴

³ WORLD ECONOMIC FORUM. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index/competitiveness-rankings/#series=GCI.A.01.01.02>>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. *A juridicidade da lei anticorrupção*. Reflexões e interpretações prospectivas. Belo Horizonte: Forum, 2014. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

Nesse contexto, foi publicada a Lei Anticorrupção, tratando da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Os principais aspectos da Lei Anticorrupção serão explorados procurando-se identificar o papel do conselho fiscal na prevenção e no combate a ilícitos corruptivos.

Um controle mais ativo da gestão administrativa por parte do conselho fiscal, acompanhando e facilitando comportamentos que se pretende encorajar, poderá ser um caminho mais eficaz nesse sentido, ao invés de uma atitude meramente passiva dos conselheiros.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DA LEI N. 6.404/76 E EVOLUÇÃO DAS DISCUSSÕES

A Lei n. 6.404/76 foi concebida durante o Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND – 1975-1979), cuja finalidade foi traçar um plano de desenvolvimento econômico para o Brasil, estimulando a indústria nacional por meio de investimentos em infraestrutura básica, com ênfase nas indústrias de bens de capital, insumos básicos, comunicação, energia, entre outros.⁵

O II PND foi uma resposta à crise econômica decorrente do primeiro choque do petróleo, no fim do conhecido “milagre econômico brasileiro” (1967-1973). O objetivo principal era enfrentar e minorar os problemas resultantes da crise internacional.⁶

Tal plano se caracterizou por propor um ajuste estrutural na economia de nosso país. Dessa forma, sua implementação não se deu meramente por meio de uma política monetária de curto prazo, mas por soluções de longo prazo, com vistas a reorganizar as bases ou a estrutura da economia brasileira.

O período foi caracterizado por mudanças de maior envergadura, que demandavam a criação de uma estrutura jurídica que viabilizasse a implementação do plano proposto, com regras bem definidas e respeito aos investidores e acionistas.

Adotou-se naquele período, no Brasil, uma política de crescimento baseada em um sistema de economia mista. Por um lado, uma série de investimentos em infraestrutura era promovida por intermédio de empresas estatais e, por outro lado, havia a preocupação de preservar um setor privado aberto à liberdade de iniciativa, mantendo-se a opção tradicional do Brasil. Procurava-se, então, multiplicar as

⁵ ROSSETTI, José Paschoal. *Política e programação econômicas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1985. p. 117-211.

⁶ Cf. II Plano Nacional de Desenvolvimento, 1975-1979, Presidência da República, dezembro de 1974: “...essa próxima etapa será, necessariamente, marcada pela influência de fatores relacionados com a situação internacional, principalmente quanto à crise de energia. (...) Será preciso acostumar-nos à ideia de que o mundo enfrentará graves problemas, provavelmente crises. O Brasil deverá conviver com eles, procurando preservar a sua capacidade de desenvolvimento e explorando novos caminhos e alternativas”.

modalidades e os instrumentos de estímulo e apoio à empresa privada nacional, cujos esforços tinham como objetivo

criar no país um mercado primário de ações, como fonte onde o empresário nacional possa ir buscar, mediante a utilização do mais importante mecanismo institucional inventado pela economia de mercado, que é a sociedade anônima, o capital de risco que lhe permita participar dos grandes projetos de investimento e, conseqüentemente, preservar sua relevância no sistema econômico nacional.⁷

A sociedade anônima é um instrumento que permite canalizar a poupança popular ao setor produtivo. Promotora de investimentos, renda e oportunidades de emprego, é um recurso de política econômica adequado à consecução do objetivo de crescimento acelerado estabelecido pelo II PND.⁸⁻⁹

Nesse contexto, foi editada a Lei n. 6.404/76, trazendo um avanço inegável à legislação societária e contribuindo com o desenvolvimento da empresa privada e do mercado de capitais brasileiro.

Assim dispôs a Exposição de Motivos n. 196 da LSA:

O Projeto visa basicamente a criar a estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, imprescindível à sobrevivência da empresa privada na fase atual da economia brasileira. A mobilização da poupança popular e o seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial exigem, contudo, o estabelecimento de uma sistemática que assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e equitativas, as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade.

⁷ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 142.

⁸ ROSSETTI, José Paschoal. *Política e programação econômicas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1985. p. 212.

⁹ A respeito da contribuição da sociedade anônima para o desenvolvimento econômico, vide artigo: Eli Loria e Hélio Rubens de Oliveira Mendes (A formação histórica da sociedade anônima e sua contribuição para o desenvolvimento econômico. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Coord. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, v. 56, São Paulo, RT, abr./jun. 2012. p. 247-275). Sobre a sociedade anônima, enquanto organização jurídica da grande empresa, e sua contribuição para a estrutura econômica, vide LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da lei de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, n. 7, São Paulo, RT, p. 123-158, 1972. p. 123-125.

Nelson Eizirik¹⁰ considera que a Lei n. 6.404/76 constituiu e ainda hoje constitui um marco importante no desenvolvimento de nosso direito comercial. Por meio dessa lei, foram introduzidos conceitos inovadores em nosso direito societário, o que promoveu um salto qualitativo nas práticas empresariais. Ela representou um verdadeiro alinhamento da legislação societária brasileira com a dos Estados Unidos e as de países europeus que já haviam empreendido importantes reformas em suas leis societárias.¹¹

Nesse particular, vale lembrar que o instrumental jurídico pode auxiliar na implementação de políticas públicas mais eficientes e que a segurança e a previsibilidade proporcionadas por um sistema jurídico levam ao “azeitamento” das relações econômicas, fazendo com que o mercado funcione de forma mais eficiente.¹²

Foi essa a proposta da edição da Lei n. 6.404/76, qual seja, criar um ambiente institucional e jurídico eficiente e estável, no qual os investidores pudessem atuar com um grau razoável de certeza e previsibilidade nas suas decisões.¹³

No que se refere especificamente ao tema “conselho fiscal”, o regime do anterior Decreto-lei n. 2.627/40 gerou muitas críticas no que concerne à efetividade

¹⁰ EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. e do mercado de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3.

¹¹ Carlo Emilio Ferri leciona que a sociedade anônima é o instituto jurídico que mais profundamente causou impactos na organização econômica moderna, constituindo um instrumento jurídico de grande relevo para o desenvolvimento da revolução industrial ocidental. É a sociedade anônima um instrumento mutável e adaptável a uma economia em constante transformação, atuando de modo a promover e condicionar a estrutura econômica (FERRI, Carlo Emilio. *La società per azione come strumento dello sviluppo economico*. Relazione presentata al Simposio sulla riforma delle società per azioni promosso dal Centro di studi giudiziari italo-statunitense. Varenna, Villa Monastero, 10-13 set. 1964, p. 631-645. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/43209328?seq=1#pagescan_tab_contents>. Acesso em: 7 set. 2016).

¹² FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito. *RDM* n. 139, São Paulo: Malheiros, jul./set. 2005. p. 242. A respeito da LSA, enquanto instrumento de política econômica, vide: LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da lei de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, n. 7, São Paulo, RT, p. 123-158, 1972. p. 132.

¹³ Nota-se que naquela época, no Brasil, não existia propriamente um mercado para novas ações emitidas por companhias que quisessem se expandir (ou um mercado primário), mas sim um mercado de Bolsa (ou mercado secundário) que não canalizava poupança para as empresas, atuando apenas como facilitadora da troca de posições entre investidores. A partir dessa constatação, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira admitem que “A reforma da Lei das S.A. é uma precondição para a existência desse mercado primário, pois busca restaurar o verdadeiro significado da grande instituição e possibilitar a plenitude do seu funcionamento como instrumento insubstituível para conseguir a associação de milhares de investidores na formação do capital de risco exigido pela grande empresa” (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 143).

da atuação do órgão como meio de proteção aos acionistas não controladores (ou minorias societárias), por ser ele quase sempre composto por representantes do controlador, o que esvaziava o papel do órgão.¹⁴

Segundo Rubens Requião¹⁵, no regime do Decreto-lei n. 2.627/40, “a fiscalização da sociedade era ilusória. Nomeavam-se, comumente, para compor o órgão, amigos dedicados e por vezes complacentes, os quais assinavam de favor os pareceres periódicos, mediante uma remuneração ridícula e simbólica. Isso levou ao descrédito o conselho fiscal e muitos passaram a exigir sua extinção”.

A extinção do conselho fiscal não foi proposta. Ao contrário, a LSA ampliou as funções do órgão, ao dispor que sua competência não se restringiria à fiscalização das contas da companhia, mas alcançaria também a fiscalização dos atos dos administradores, atuando ademais como veículo de informação à assembleia geral, conforme Exposição de Motivos da lei:

A leitura do artigo 164 mostra que as atribuições do Conselho diferem em parte das previstas na legislação em vigor. Não é órgão de auditoria contábil, que somente pode ser exercida por organizações de profissionais especializados, mas de fiscalização dos administradores e de informação da Assembleia Geral, que poderá desempenhar papel da maior significação na defesa da companhia e dos acionistas ao acompanhar, efetivamente, a ação dos administradores, submetendo seus atos a apreciação crítica, para verificar o cumprimento de deveres legais e estatutários.

As críticas subsistiram após a edição da LSA, pois a maioria do conselho fiscal continuou a ser composta por membros indicados pelo controlador.

A reforma da LSA continuou a ser tema de discussões, tendo em vista a necessária atualização de alguns de seus dispositivos, de maneira a ampliar os direitos dos acionistas minoritários, dentre os quais o de acesso à fiscalização da empresa. O objetivo básico da reforma era garantir proteção aos investidores, a fim de viabilizar a capitalização das companhias.

¹⁴ Luiz Leonardo Cantidiano recorda que “a experiência vivida à época em que vigorava o Decreto-lei 2.627/40 – que previa o funcionamento permanente do Conselho Fiscal – mostrou que a atuação do órgão de fiscalização era meramente formal e, por isso mesmo, inteiramente inócua” (CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Alteração da Lei das Sociedades por Ações – o substitutivo do Deputado Emerson Kapaz*. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 143-160).

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, p. 292.

Com a edição das Leis n. 9.457/97 e 10.303/2001, foram criadas prerrogativas individuais aos conselheiros, permitindo uma atuação mais eficaz dos representantes dos acionistas não controladores sobre as contas da companhia, sem promover, porém, uma reforma estrutural no órgão.

A Lei n. 10.303/2001 é expressa quanto à possibilidade de apenas um dos conselheiros solicitar esclarecimentos ou informações aos órgãos da administração (LSA, art. 163, § 2º), deixando mais clara a extensão dos poderes individuais dos conselheiros, cujas iniciativas individuais eram muitas vezes barradas pelo colegiado.

A tramitação do projeto de lei que deu origem à Lei n. 10.303/2001 foi objeto de muitas discussões no Congresso, no que diz respeito a quem deveria eleger a maioria dos membros do conselho fiscal das companhias abertas.¹⁶

¹⁶ Primeiramente, o Projeto de Lei n. 3.115/97, do deputado Luiz Carlos Hauly, que deu origem à Lei n. 10.303/2001, não tratava do conselho fiscal. Posteriormente, o Projeto de Lei n. 3.519/97, também de autoria do deputado Hauly, propôs modificações na lei societária, determinando o funcionamento permanente do conselho fiscal nas companhias abertas e suprimindo a predominância do controlador no órgão. Segundo o deputado, essa inversão de situações possibilitaria que o conselheiro fiscal tivesse “efetivas condições de bem exercer suas funções, sem subordinação e dependência aos administradores e ao controlador”. A proposta de os acionistas não controladores terem a maioria no conselho causou grande reação por parte das companhias abertas, manifestada pela ABRASCA. O deputado Hélio Costa apresentou o Projeto de Lei n. 1.000/99, sugerindo modificações à sistemática do conselho fiscal, a fim de aumentar as possibilidades de atuação individual dos conselheiros e estabelecer a possibilidade de o estatuto da companhia prever o funcionamento permanente ou não do órgão. Ambos os projetos foram objeto de parecer do deputado Emerson Kapaz (relator da matéria na Câmara dos Deputados), que apresentou substitutivo, objeto de várias emendas. O deputado Antônio Kandir proferiu parecer analisando o substitutivo e as emendas sobre o conselho fiscal e também apresentou seu substitutivo, com uma solução conciliatória: dos cinco membros do conselho, dois seriam eleitos pelos preferencialistas e minoritários, titulares de pelo menos 10% das ações com direito a voto, dois seriam eleitos pelos controladores e o quinto conselheiro seria o representante do auditor independente. Tal solução também sofreu objeções, uma vez que a participação do auditor independente no conselho fiscal poderia comprometer sua independência. A subemenda substitutiva aprovada em 28.03.2001 previu uma nova composição para o conselho fiscal, que foi, afinal, aprovada. O § 5º do art. 161 do projeto aprovado estabelecia um número fixo de três membros para o conselho fiscal das companhias abertas: (i) um eleito pelos minoritários (preferencialistas sem direito a voto, em conjunto com os detentores de ações ordinárias), excluído o acionista controlador; (ii) um eleito pelos controladores; e (iii) um terceiro membro eleito em comum acordo pelos minoritários e pelo controlador, devendo cada grupo eleger seu representante, que seria eleito em assembleia. No caso de não haver acordo, a assembleia deliberaria por maioria de votos, cabendo a cada ação um voto, independentemente de sua espécie ou classe. Tal dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, não restando alterada a forma de composição do conselho fiscal, que continua sendo a mesma, desde a edição da LSA (CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 328-336; e CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Alteração da Lei das Sociedades por Ações – o substitutivo do Deputado Emerson Kapaz*. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 143-160. p. 143).

O Projeto de Lei aprovado pelo Congresso, que propôs nova redação ao § 5º do art. 161 da LSA, foi vetado pelo Presidente da República, após pressão dos controladores das companhias abertas. Temia-se que o conselho fiscal passasse a ser controlado por acionistas minoritários e que isso possibilitasse “a ditadura da minoria e o exercício de pressões ilegítimas” por parte de acionistas que poderiam sobrepor seus interesses particulares aos da companhia.¹⁷

Dessa forma, o regramento para a composição do órgão é o mesmo desde a edição da LSA.

¹⁷ Cf. Razões do Veto (CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 336).

2. A HARMONIZAÇÃO DE INTERESSES NA LEI N. 6.404/76

2.1 O interesse social

Cabe aqui fazer uma breve abordagem do que vem a ser interesse social sob a perspectiva do direito societário, haja vista que será instrumental para a análise que se fará adiante.

Uma sociedade empresária tem necessariamente uma função, que é a de explorar determinada atividade empresarial. Essa função não se limita a uma mera organização de patrimônio, capital e trabalho, mas também é algo que interage com o mercado e a comunidade em que atua, tendo um interesse social.

Interesse social é um valor que pode ser compreendido segundo duas concepções básicas: o contratualismo e o institucionalismo.

A concepção contratualista, cujo maior desenvolvimento ocorreu com a doutrina e jurisprudência italianas, identifica o interesse social com o interesse dos sócios, não lhe sendo superior hierarquicamente. Essa versão clássica do contratualismo está em desuso, dada a crescente integração do direito societário e do mercado de capitais.¹⁸

Já a concepção institucionalista defende a ideia de que o interesse social não se reduz apenas ao interesse dos sócios ou meramente privado, concebendo um interesse harmônico e comum dos sócios e dos trabalhadores, identificado ao interesse da preservação da empresa.¹⁹

No direito societário brasileiro, convivem ambas as teorias em um mesmo sistema legal.²⁰

Os princípios contratualistas estão presentes ao longo do sistema societário brasileiro, o que se pode notar, por exemplo, na atual definição de sociedade

¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 28-31.

¹⁹ Calixto Salomão Filho ensina que essa abordagem institucionalista (denominada “integracionista”) do interesse social foi desenvolvida na Alemanha, no intervalo entre a lei acionária de 1937 e a lei de 1965, tendo origem no modelo alemão de participação operária nos órgãos diretivos das grandes empresas. Sobre a evolução da construção doutrinária do institucionalismo, vide: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 32-52.

²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 38-40.

prevista no art. 981 do Código Civil. Tal definição abarca todos os traços da doutrina tradicional: a pluralidade de pessoas concentradas em torno do exercício de uma atividade econômica (e não da criação de uma forma organizativa), assim como a reciprocidade das obrigações entre os sócios.²¹

Com a promulgação da LSA em 1976, a proteção do interesse social foi disciplinada de forma mais completa, diante da necessidade de se rever a legislação em vigor, adaptando-a à visão institucional da sociedade que a conjuntura da época demandava.²²

O objetivo explícito do legislador de 1976 era o de facilitar a capitalização das sociedades por meio do mercado acionário, tendo em vista o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro. Em consequência, foi necessário criar regras de proteção aos investidores, incentivando-os a participar das empresas e do mercado de capitais.

Não só a proteção aos investidores foi alvo de consideração pela LSA.

Alfredo Lamy Filho advertia a respeito da necessidade de conciliar os interesses da empresa, cujo êxito deve ser assegurado, do acionista, que deve ser protegido contra eventuais fraudes ou abusos, do gestor, que precisa de liberdade para agir e tomar decisões, dos credores e do Estado, fiscal do interesse público, propondo uma linha conciliatória dos vários interesses em jogo.²³

Observa-se, portanto, o caráter institucionalista da LSA, uma vez que os objetivos perseguidos com a sua edição evidenciam que a lei não reduz o interesse social ao exclusivo interesse particular dos sócios, mas abrange uma ampla gama de interesses coletivos.²⁴

Uma manifestação institucionalista em nosso direito societário pode ser encontrada no art. 116, parágrafo único, da LSA, que estabelece deveres genéricos

²¹ Art. 981: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

²² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 60.

²³ LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da lei de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, n. 7, São Paulo, RT, p. 123-158, 1972. p. 138.

²⁴ A respeito da tendência societária institucionalista moderna, vide COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 51.

do acionista controlador para com os demais acionistas da empresa, aos trabalhadores e à comunidade em que atua, com expressa menção do dever de atuar tendo em vista o cumprimento do fim social da companhia.

A questão do interesse social assume especial importância diante do art. 115 da LSA, segundo o qual o direito de voto deve ser proferido no interesse da companhia. Indagamos o que seria esse interesse da companhia a ser perseguido (ou interesse social) e quem seria seu intérprete.

Cada acionista, controlador ou não, tem uma visão particular do que seria melhor para a companhia, de modo que se torna muito difícil estabelecer critérios objetivos para a definição do que seria o interesse social a ser perseguido.²⁵

Para Fábio Ulhoa Coelho, interesse social é um conceito bastante abrangente, podendo envolver os interesses dos investidores no mercado, dos trabalhadores, dos consumidores, entre outras pessoas afetadas por eventual conflito entre sócio e sociedade, às quais aproveita a preservação da empresa.²⁶

Entendemos que essa visão de interesse social define bem os interesses de longo prazo dos próprios sócios, que podem ser resumidos numa duradoura prosperidade da sociedade, de modo a atender aos diversos interesses daqueles que com ela interagem, pois uma empresa bem-sucedida cria empregos e renda para a comunidade, além de pagar impostos ao fisco.

Interesses individuais e de curto prazo dos sócios, ou interesses externos, que prejudiquem essa lógica, não devem ser trazidos para a estrutura de decisão interna da sociedade, dado que comprometem a organização mais eficiente dos diversos interesses que gravitam em torno da empresa.²⁷

²⁵ BORBA, Gustavo Rabelo Tavares. *O exercício do direito de voto na sociedade anônima*, 2006, p. 191-208. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/751060/DLFE-45604.pdf/Revista_61_Doutrina_pg_191_a_209.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

²⁶ O jurista chama a atenção para o fato de que é uma metáfora cogitar de interesse social enquanto interesse da sociedade empresária, pois, realisticamente falando, somente homens e mulheres podem ter interesse. Assim, só teria sentido discutir, sob o ponto de vista jurídico, eventual conflito de interesses de um sócio e o da sociedade, ao se identificar os homens ou mulheres afetados em seus patrimônios (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 87-88). Norma Jonssen Parente, a partir da premissa de que a pessoa jurídica não passa de uma ficção, identifica interesse social com o interesse dos sócios. A respeito, vide: PARENTE, Norma Jonssen. O dever de lealdade do administrador e a oportunidade comercial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Coord. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, v. 54, São Paulo, RT, out./dez. 2011. p. 187.

²⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado. In: CASTRO, Rodrigo R.

Entender interesse social como o interesse de todos aqueles que de alguma forma se relacionam com a companhia, traduzido num comprometimento da sociedade e de seus sócios em atingir uma eficiência produtiva e distributiva a longo prazo, levará a companhia a cumprir sua função econômica e social, segundo os valores expressos no art. 170 da Constituição Federal.

Quanto à questão de quem deva ser o intérprete do interesse social, seria mais adequado privilegiar a decisão do sócio majoritário sobre o assunto, pois foi ele quem maior risco assumiu ao investir na sociedade e, portanto, tem mais a perder diante de uma decisão desfavorável à companhia.

Sob o ponto de vista legal, o acionista controlador é considerado como o intérprete do interesse social genericamente falando, ou a pessoa natural incumbida legalmente de interpretar o que seria mais proveitoso à empresa.²⁸

2.2 O sócio majoritário e o interesse social

Os sócios, reunidos formalmente numa assembleia geral, são as pessoas que definem a vontade da sociedade. Tendo em vista o princípio majoritário, prevalecerá o entendimento ou a vontade da maioria.

É a assembleia geral o mais alto grau de poder da sociedade, com competência para deliberar a respeito de matérias que influem diretamente na administração e na estrutura da companhia. É por meio da assembleia que a vontade social se manifesta. Seu poder só encontra limites no estatuto, que pode, inclusive, ser modificado pela vontade dos acionistas, na forma da lei.²⁹

Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito societário: desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 134.

²⁸ Isso decorre do próprio princípio majoritário, consagrado na LSA nos arts. 110, 129 e 136. O art. 110 estabelece que a cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações da assembleia geral. O art. 129 dispõe que as deliberações da assembleia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco. O art. 136 contempla a exigência da aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior quórum não for exigido pelo estatuto da companhia para a deliberação de matérias de relevante interesse social, tais como a fusão ou incorporação da companhia e a redução do dividendo mínimo obrigatório. Vide: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 87-88; e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 71.

²⁹ MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2, p. 137.

Francesco Galgano ensina que a regra básica de funcionamento da assembleia de acionistas é o princípio majoritário, que pode ser expresso da seguinte forma: os sócios, reunidos em assembleia, deliberam por maioria de votos e a deliberação tomada pela maioria vincula a todos os acionistas, mesmo que ausentes ou dissidentes.³⁰

Importante ter em conta que, sendo a sociedade anônima uma sociedade de capitais, a maioria das ações obriga a minoria, mesmo que esta última seja formada por maior número de pessoas.³¹

Maria Eugênia Reis Finkelstein³² lembra que, apesar de ser a assembleia geral de acionistas o órgão decisório máximo da companhia, sua soberania em decidir encontra-se limitada por alguns parâmetros, como o interesse social, por exemplo.

Ou seja, apesar de a lei conferir ao sócio majoritário a função de ser, via de regra, o intérprete do interesse social, o poder decisório do sócio majoritário não é absoluto, pois a lei cuida também dos direitos dos demais sócios, ou das minorias, cuja contribuição para a formação da empresa não pode ser desprezada.³³

³⁰ No entendimento de F. Galgano, o princípio majoritário se traduz na maioria no capital social, e não no número de sócios. Ou seja, formam a maioria os acionistas que representam o maior número de ações de que compõem o capital da companhia. Dessa forma, o princípio majoritário, no direito societário, não é democrático (GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. 2. ed. Padova: Cedam, 1988. Volume settimo – la società per azione, p. 26-27).

³¹ ROVAI, Armando Luiz. *Impacto do Código Comercial de 2002 no registro de empresa na era da globalização*. 220 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. p. 125.

³² FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Assembleias gerais. In: Maria Eugênia Finkelstein e Marcelo Martins Proença (Coord.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Série GVlaw), p. 147.

³³ Não desconsideramos a possibilidade de os sócios deliberarem contra o interesse social ou terem interesses conflitantes com a sociedade em determinado momento. O conflito entre o interesse individual dos sócios e o interesse comum pode ocorrer por razões diversas, como a eventual concorrência entre os sócios, para obter maiores vantagens individuais ou para assumir o controle da sociedade. Pode haver, também, conflitos entre o interesse do controlador (de fortalecer a empresa) e o dos acionistas minoritários (de receber dividendos). Nesse caso, salvo abusos ou ilegalidades, decide a maioria, conforme art. 129 da LSA, ou seja, decide o controlador. Há que se lembrar de que o legislador brasileiro não privilegia nenhum interesse particular, mas sim procura harmonizar os diversos interesses, ao estabelecer, por exemplo, a exigência do dividendo mínimo obrigatório (art. 202 da LSA) ou a criação de reservas (art. 194 e ss.). De qualquer forma, o acionista (qualquer acionista) tem o dever de exercer seu direito de voto no interesse da companhia (art. 115 da LSA). Ao votar, portanto, o acionista tem o dever legal de perseguir o interesse social (ou o interesse *uti socius*, que se considera coincidente com o interesse social), sob pena de responder por perdas e danos. Quando se trata do voto do acionista controlador, a LSA impõe que esse voto, além de perseguir o interesse da companhia, deve ser manifestado com o fim de fazê-la realizar seu objeto e cumprir sua função social, respeitando o direito dos demais acionistas, dos trabalhadores e da comunidade em que atua, sob pena de cometer abuso

No Brasil, podem-se encontrar vários dispositivos na lei societária que demonstram o abrandamento do princípio majoritário, podendo-se citar como exemplos: o quórum de instalação da assembleia geral (LSA, art. 125), a previsão de deliberação unânime para a alteração do projeto de estatuto quando da constituição da companhia (LSA, art. 87, § 2º) e para a transformação do seu tipo societário (LSA, art. 221). A decisão majoritária também não prevalece em se tratando de direitos essenciais do acionista (LSA, art. 109).³⁴

Não é propósito deste estudo discutir o fenômeno do poder majoritário ou do poder de controle na sociedade anônima, tema que merece um trabalho à parte.

O que nos importa aqui é identificar que o princípio majoritário é limitado por algumas normas da LSA. É por meio de instrumentos ou mecanismos disponibilizados aos acionistas, mais especificamente às minorias acionárias, como

de poder (art. 116, parágrafo único, e 117, *caput* e parágrafo primeiro, da LSA). Se os dispositivos legais atualmente vigentes são eficientes para evitar ou solucionar eventuais conflitos de interesses entre os sócios e a companhia, esta não é ocasião oportuna para se discutir a questão. Sobre o assunto, vide: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 60-72.

³⁴ A esse respeito, Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho observam que em face de todas essas manifestações do legislador não é de se espantar que parte da doutrina se negue a usar o termo *acionista majoritário*, afirmando que propositalmente o legislador só emprega o termo *acionista controlador*. Uma manifestação clara do abrandamento do princípio majoritário é também encontrada no art. 116 da lei societária, ao definir acionista controlador. São dois os requisitos necessários para a qualificação do controle: em primeiro lugar, a existência de direitos de sócio que assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos na assembleia geral; e, em segundo lugar, o uso efetivo do poder para dirigir as atividades sociais. Apesar de o primeiro requisito aparentemente indicar no sentido do controle majoritário, o segundo claramente é aplicável só a casos de controle minoritário. Em caso de controle majoritário, é irrelevante o uso efetivo do poder: o acionista terá status de controlador e as responsabilidades dele decorrentes, seja por ação ou por omissão (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 51-88). Há que se notar que a questão do poder de controle foi estudada por Adolf Berle e Gardiner Means no início do século XX. Seus estudos apontam que o controle é algo independente da propriedade. Baseavam-se eles no modelo de dispersão acionária já presente no mercado americano naquela época. Nos dois grandes países do sistema da *Common Law* (Estados Unidos e Inglaterra), o capital das companhias é bastante disperso, o que diferencia seus sistemas de governança dos do resto do mundo (como ocorre na Europa Continental, onde as companhias, mesmo as de capital aberto, têm tradicionalmente um acionista controlador, individual ou familiar). Os autores distinguem cinco principais situações de controle: 1) controle por meio da propriedade quase total de ações; 2) controle majoritário; 3) controle por meio de dispositivo legal; 4) controle minoritário; 5) controle administrativo (BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 85-93). A análise específica de cada uma dessas situações de controle, assim como da natureza jurídica do poder de controle, não faz parte do escopo deste trabalho.

o direito à fiscalização ou de recesso, que a lei impede eventuais abusos por parte de quem detém o controle.³⁵

Nesse sentido, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira³⁶ esclarecem que o princípio majoritário adotado pela lei societária tem como contraponto a atribuição de certos poderes de fiscalização à minoria e um sistema de publicidade, de forma a assegurar a igualdade dos acionistas e punir informações privilegiadas. Busca-se o equilíbrio societário que permita assegurar direitos de fiscalização às minorias, sem comprometer a eficácia da maioria, que detém a gestão societária, sendo o conselho fiscal o órgão que a lei brasileira criou para exercer essa função.

Na mesma linha, José Alexandre Tavares Guerreiro³⁷ entende que a proteção jurídica ao direito das minorias na sociedade anônima tem uma utilidade funcional à medida que assegura um equilíbrio na organização da empresa, levando-a a cumprir seu objeto de forma harmoniosa e eficiente.

Isso não significa desrespeito ao sócio que assumiu maior risco ao investir na companhia, pois seus direitos continuam preservados pela lei societária. Significa, sim, que seus interesses são balizados pelo interesse social.

É importante frisar que a função do acionista majoritário não se esgota no momento da criação da sociedade. A necessidade de sua existência permanece mesmo nas companhias abertas com expressivo percentual de ações nas mãos de investidores no mercado.

A razão dessa necessidade pode ser explicada pela conveniência de se conferir estabilidade de direção à companhia. Esse é o imperativo de ordem prática que obrigou as legislações dos países ocidentais, nos quais os mercados acionários

³⁵ Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho: “O princípio da proteção ao sócio minoritário limita o princípio majoritário. Por meio de instrumentos disponibilizados aos minoritários, como os direitos de fiscalização e de recesso, a lei impede que o majoritário acabe se apropriando de ganhos que devem ser repartidos entre todos os sócios” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 88).

³⁶ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 450.

³⁷ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Direito das minorias na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Malheiros, n. 63, p. 106-111, jun./set. 1986. p. 107. No mesmo sentido, Waldirio Bulgarelli (*Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 45).

apresentam alguma relevância, a admitir mecanismos que permitam a um acionista, ou a um grupo de acionistas, manter o controle da companhia.³⁸

Entretanto, com vistas ao equilíbrio de poder no âmbito societário, os direitos das minorias servem como um poder concorrente, capaz de controlar o poder majoritário, atuando como um verdadeiro contrapeso, indispensável para o bom funcionamento da sociedade.³⁹

Enquanto direito essencial do acionista, o direito de fiscalização não deve ser considerado apenas sob o ponto de vista da tutela dos interesses das minorias, mas também, como balizador do poder majoritário, com vistas ao equilíbrio nas relações de poder.

Não se deve esquecer de que o direito de fiscalizar serve aos interesses de qualquer acionista, controlador ou não, e também aos credores, aos trabalhadores e ao público em geral que se relaciona com a companhia de alguma forma.

Na qualidade de mecanismo de controle dos atos da administração, o conselho fiscal é o órgão legalmente previsto para o exercício da fiscalização.

Às minorias, serve ele como órgão de acesso a informações e à fiscalização dos negócios sociais. Aos controladores, constitui um mecanismo institucional para fiscalizar os administradores que elegendem.

2.3 Os “custos de agência”

Os agrupamentos de poder nas sociedades anônimas foram condicionados historicamente por um interesse dominante a ser protegido e pela busca de especialização de funções. A necessidade de captação de recursos no mercado e

³⁸ Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira lembram que nenhuma organização resiste por muito tempo a mudanças frequentes de seus administradores e que deliberações que dependem de maiorias ocasionais, conforme a mistura de acionistas presentes a cada assembleia, acabam por gerar instabilidade administrativa, prejudicando um planejamento a longo prazo ao transformar a “empresa de todos” na “empresa de ninguém” (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.*: pressupostos, elaboração, aplicação. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 185-187).

³⁹ SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Sirey, 1970, n. 21, p. 15.

de informações especializadas por parte de seus decisores tornou ineficiente uma estrutura administrativa formada apenas pelos sócios.⁴⁰

No Brasil, o Decreto-lei n. 2.627/40 assegurava um sistema tradicional de organização societária, no qual a assembleia geral era considerada o poder supremo da sociedade anônima, apta a resolver todos os negócios da sociedade.⁴¹

Toda a atividade era voltada à busca do interesse social, entendido como o interesse dos sócios, expresso por meio da deliberação majoritária da assembleia geral de acionistas. A disciplina deste Decreto-lei passou a não ser mais adequada ao mundo econômico no qual emergia a sociedade anônima e a mobilização de recursos no mercado de capitais.⁴²

A alteração na postura dos acionistas, que passaram a não mais almejar uma ativa participação na gestão das atividades sociais, passando a ser meros investidores de recursos na companhia, fez com que ocorresse uma transferência de poder dos proprietários de capital para os administradores.

Nas sociedades anônimas abertas e com maior complexidade operacional, a concentração de poderes na assembleia de acionistas passou a não ser a forma mais eficiente de estruturar a atividade empresarial, que demandava a criação de novos centros de poder na estrutura organizacional.

Francesco Galgano⁴³ ensina que nas sociedades de capitais, ao contrário do que ocorre com as sociedades de pessoas, o poder de administração é dissociado da qualidade de sócio. O modelo interno de organização societária (“*organizzazione corporativa*”) é articulado por meio de uma pluralidade de órgãos dotados de competências próprias.

⁴⁰ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Administradores de sociedades anônimas: relação jurídica entre o administrador e a sociedade*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 26.

⁴¹ O art. 87 do Decreto-lei n 2.627/1940 era uma expressão da teoria contratualista do interesse social, assim prevendo: “A assembleia geral tem poderes para resolver todos os negócios relativos ao objeto de exploração da sociedade e para tomar as decisões que julgar convenientes à defesa desta e ao desenvolvimento de suas operações”.

⁴² SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Administradores de sociedades anônimas: relação jurídica entre o administrador e a sociedade*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 38.

⁴³ GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. 2. ed. Padova: Cedam, 1988. Volume settimo – la società per azione, p. 26.

No Brasil, a LSA exige para a constituição da companhia três tipos de órgãos: o de deliberação (assembleia geral); o de administração (conselho de administração facultativo e diretoria); e o de fiscalização (conselho fiscal).⁴⁴

Para Armando Luiz Rovai, esses desdobramentos que encabeçam a estrutura societária têm por objetivo atender a necessidades jurídicas e operacionais típicas das sociedades anônimas, criando um mecanismo racional de operacionalidade no seu âmbito interno, visando a um melhor desenvolvimento de suas atividades.⁴⁵

A criação de uma estrutura administrativa não restrita a somente alguns decisores trouxe à realidade os chamados “custos de agência”, ou seja, “o risco de atribuição de poderes gerenciais a pessoas que não suportariam todas as consequências patrimoniais da atividade a ser desenvolvida e que, portanto, teriam incentivo econômico para realizar comportamentos de maximização de sua utilidade individual a despeito da coletividade”.⁴⁶

A crescente proeminência econômica e social do poder dos administradores nas sociedades anônimas, presente com maior ênfase a partir da segunda metade do século XX, deu origem a um tipo de controle que Adolf Berle e Gardiner Means⁴⁷ classificam como controle administrativo ou gerencial.⁴⁸

⁴⁴ Tais órgãos são os de maior hierarquia na estrutura da sociedade e, portanto, são aqueles que interessam ao direito. Assim, sua composição, seu funcionamento, suas competências, etc., devem obedecer às normas legais.

⁴⁵ ROVAI, Armando Luiz. *Impacto do Código Comercial de 2002 no registro de empresa na era da globalização*. 220 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. p. 117.

⁴⁶ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Administradores de sociedades anônimas: relação jurídica entre o administrador e a sociedade*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 26.

⁴⁷ Como mencionado anteriormente, Berle e Means distinguem cinco tipos principais de situações de controle: 1) controle por meio da propriedade quase total; 2) controle majoritário; 3) controle por meio de um dispositivo legal sem propriedade majoritária; 4) controle minoritário; e 5) controle administrativo. A análise específica de cada uma dessas situações não faz parte do objetivo deste trabalho. A respeito, vide: BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 86-88.

⁴⁸ Numa perspectiva histórica, o poder dos administradores nas sociedades anônimas passou a ser crescente após a Segunda Grande Guerra Mundial, com o desenvolvimento da grande empresa. A produção em série, a evolução da tecnologia, a busca por novos mercados, dentre outros fatores, alteraram o modo de produção capitalista, revelando um novo contexto econômico. A dispersão acionária e a alteração do perfil do acionista, mais interessado na percepção de dividendos do que na condução da empresa, geraram a separação da propriedade e do poder dentro da companhia, fenômeno este acentuado com a crescente demanda por informações especializadas e consequente profissionalização da administração das companhias, levando os administradores ao cume do poder (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Administradores de sociedades anônimas: relação jurídica entre o administrador e a sociedade*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 9-11). Nessa perspectiva, John Kenneth Galbraith ressalta que a sociedade econômica moderna somente pode ser compreendida visualizando na organização uma personalidade muito superior à da pessoa do

O objetivo dos administradores deve ser maximizar o valor da companhia e, conseqüentemente, a riqueza dos proprietários da sociedade. Na teoria, a maioria dos administradores concorda com esse objetivo, mas, na prática, eles também estão preocupados com seus ganhos e benefícios particulares.⁴⁹

Diante desse fato, a gestão das companhias pode apresentar uma série de conflitos, dentre os quais o denominado “conflito de agência”.

Lawrence Gitman⁵⁰ define “conflito de agência” ou “problema de *agency*” como “a possibilidade de os administradores colocarem seus objetivos pessoais à frente dos objetivos da empresa”.

Michael C. Jensen⁵¹ indica que este conflito pode se manifestar de várias formas: 1) falta de interesse da administração em desenvolver atividades inovadoras e buscar por alternativas rentáveis para a companhia, perseguindo interesses alheios aos interesses dos acionistas; 2) menos disposição dos administradores em buscar alternativas negociais que envolvam maior risco; 3) falta de incentivo dos administradores na busca de alternativas que levem à maximização do valor da companhias, mas que podem envolver custos pessoais (redução de benefícios pecuniários, necessidade de adaptação a novas tecnologias etc.).

sócio unicamente. O autor vislumbrou que, na indústria moderna, grande número de decisões requer informações que são possuídas por diversos pessoas, dada a crescente exigência de conhecimento especializado e técnico que a administração da nova empresa requer, assinalando a crescente profissionalização da gestão social. Assim, a decisão na empresa moderna é cada vez mais um produto não de indivíduos isoladamente, mas de grupos sujeitos a constantes alterações em sua composição. A essa nova organização, que substitui o sócio como força direcional da empresa pela administração (num conceito amplo que abrange desde o presidente da companhia até técnicos com conhecimentos especializados diversos) e que deu origem à sociedade anônima moderna, Galbraith dá o nome de Tecnoestrutura (GALBRAITH, John Kenneth. *O novo estado industrial*. 2. ed. São Paulo: Pioneira (Novos Ubrais), 1977. p. 57-67). Esse fenômeno foi igualmente identificado por Francesco Galgano, que reconheceu na separação entre propriedade e controle uma verdadeira “*rivoluzione manageriale*” (ou “revolução administrativa”, na tradução do autor), fenômeno este que respeita, inicialmente, às sociedades de capital disperso por um grande número de acionistas e privados de uma maioria estável, mas que em seguida se funde à realidade da grande empresa, marcada por uma alta complexidade operacional e crescente profissionalização técnica (GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. 2. ed. Padova: Cedam, 1988. Volume settimo – la società per azione, p. 32-35).

⁴⁹ GITMAN, Lawrence. *Princípios de administração financeira*. 7. ed. São Paulo: Harbra, 2002. p. 19.

⁵⁰ GITMAN, Lawrence. *Princípios de administração financeira*. 7. ed. São Paulo: Harbra, 2002. p. 20.

⁵¹ JENSEN, Michael C. *A Theory of the firm, governance, residual claims, and organizational forms*. Cambridge: Harvard University, 2000. p. 91. A respeito do desenvolvimento da teoria da agência, vide: JENSEN, M. C.; MECKLING, W.H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, p 305-360,1976.

Isso significa que os administradores podem passar a privilegiar ações de curto prazo em detrimento de resultados a longo prazo que tenham em vista a longevidade da empresa, em desacordo com o interesse social.

Para Eugene F. Fama e Michael C. Jensen, um meio de minimizar os custos de agência seria alocar as funções de ratificação e monitoramento das decisões a um agente diverso daquele responsável pelas funções de iniciativa e implementação.⁵²

Nas sociedades anônimas brasileiras, conselho fiscal é o órgão que pode desempenhar a função de monitoramento dos atos da administração, submetendo seus atos à apreciação crítica no que se refere ao cumprimento de seus deveres legais e estatutários.

É de se notar que o fenômeno do controle gerencial reduz os poderes decisórios das assembleias gerais e acentua o caráter institucional da sociedade anônima, em que o poder de comando não se funda tão somente na titularidade acionária e na vontade dos acionistas, mas também no controle empresarial de fato dos administradores.⁵³

Entretanto, há que se levar em conta que, apesar de a nova dinâmica empresarial e a consideração de diversos interesses sociais terem exigido o surgimento de novos centros de poder nas sociedades anônimas, a assembleia geral ainda é o núcleo decisório da companhia, dotado de amplos poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia, sem ferir o interesse social.⁵⁴

Lembramos que o conflito de agência entre administradores e acionistas está presente principalmente em sociedades que apresentam dispersão acionária, com clara separação entre propriedade e gestão.

⁵² FAMA, Eugene F.; JENSEN, Michael C. Separation of ownership and control. *Journal of Law and Economics*, v. 26, jun. 1983. Harvard University Press. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=94034>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.94034>>. Acesso em: 13 set. 2016.

⁵³ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 71-73; e LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da lei de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, n. 7, São Paulo, RT, p. 123-158, 1972. p. 126.

⁵⁴ MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2. p. 137-139.

A despeito do estágio inicial de dispersão de ações das companhias brasileiras, especialmente no Novo Mercado da BM&FBOVESPA, a realidade nacional indica que inexistem companhias controladas exclusivamente pelos seus administradores e que a estrutura da propriedade acionária em nosso país ainda é, predominantemente, concentrada.⁵⁵

De qualquer forma, o direito de fiscalização das companhias é importante para a funcionalidade da sociedade à medida que impõe limites tanto ao poder dos sócios quanto ao poder dos administradores.

⁵⁵ DAMI, Anamélia Borges Tannús et al. *Estrutura de propriedade no Brasil: evidências empíricas no grau de concentração acionária*, p. 6. Trabalho apresentado em Congresso promovido pela FIPECAFI/USP, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/web/artigos62006/198.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2016. A concentração da estrutura acionária no Brasil foi constatada em estudo da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE): *White paper on corporate governance in Latin america*, 2003. Disponível em: <<https://www.oecd.org/corporate/ca/corporate-governance-principles/18976210.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

3. ABUSO DE MINORIAS

Tanto maiorias quanto minorias contribuem para a constituição da sociedade, por meio da subscrição e integralização do capital social (LSA, art. 88). Nesse momento, existe um interesse comum que une os sócios.

Erasmu Valladão⁵⁶ lembra que o interesse comum dos sócios é o da realização do escopo social, ou do interesse da companhia, abrangendo tanto o denominado “escopo-meio”, que é o exercício da empresa ou o seu objeto social, como o escopo-fim, de produção de lucros e dividendos aos sócios. O legislador brasileiro não privilegiou algum interesse em detrimento dos demais, mas sim buscou harmonizá-los.

Entretanto, a despeito dessa comunhão de escopo, no decorrer da vida empresarial, existe a possibilidade da existência de conflito entre o interesse individual dos sócios e o interesse comum.

Tanto maiorias, personificadas na figura do acionista controlador, quanto minorias, compreendendo os demais investidores no mercado, convivem na sociedade. Nessa convivência, pode haver luta de interesses entre ambos, o que é normal em uma sociedade comercial.

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira⁵⁷, em seus comentários quando da edição da LSA, esclarecem que, para cumprir o principal objetivo da lei, de fortalecimento da empresa privada e do mercado de capitais, devem ser ajustados os vários interesses que convivem na sociedade anônima, “especialmente o dos empresários, que lideram a empresa, e o da minoria, que precisa ser protegida mediante regras definidas e equitativas, de forma a sentir-se suficientemente estimulada a participar do jogo empresarial”.

O almejado ajuste de interesses dos que lideram a empresa com os das minorias foi traduzido na LSA por meio de um sistema construído com base na

⁵⁶ FRANÇA, Erasmu Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 64-68.

⁵⁷ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 214.

responsabilização do acionista controlador e de seus administradores, sem retirar-lhe a mobilidade de ação que caracteriza a empresa privada, assim como na definição precisa dos direitos dos minoritários, tendo em vista a segurança da empresa.

Em cada uma de suas normas, a lei busca o ponto de equilíbrio entre os interesses da maioria e os da minoria, sem perder de vista a proteção do público no mercado de capitais.

A busca pela harmonização dos interesses sociais pode ser percebida quando a LSA estabelece, por exemplo, a exigência do dividendo mínimo obrigatório (art. 202) ou na previsão dos direitos essenciais do art. 109, como o direito de fiscalizar.

Tal busca de equilíbrio de forças no quadro societário não se coaduna com o abuso de minorias. A lei não tutela o interesse do acionista que entra em conflito com o interesse da empresa, tampouco o abuso de direito das minorias.

Há que se levar em conta que medidas de proteção a determinados grupos devem ser tomadas com bastante cautela, a fim de não gerar desequilíbrios ou abusos por parte daqueles a quem se dirigem, gerando desequilíbrio no quadro social.

Ivo Waisberg ressalta que a linha que separa uma decisão protetiva de uma populista é muito tênue. Muitas vezes, uma decisão que beneficia o individual prejudica o coletivo a curto ou médio prazo, acabando por prejudicar ao invés de proteger, inclusive àqueles que se pretendia preservar.⁵⁸

Lembramos também que tanto grupos minoritários quanto grupos majoritários podem ser responsáveis por atos de abusos e desmandos. Marcelo Vieira Von Adamek⁵⁹ recorda que não são poucas as vezes em que minorias organizadas agem de forma a satisfazer exclusivamente seus interesses, com total menosprezo pelos interesses da coletividade.

⁵⁸ WAISBERG, Ivo. *Direito e economia: o efeito bumerangue do populismo jurídico. A empresa no terceiro milênio*. Coord. Arnoldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca, 2005. p. 4-5.

⁵⁹ ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minorias em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 28.

Como exemplo, podem-se citar os casos de greves abusivas de trabalhadores em serviços públicos essenciais, as quais prejudicam toda a comunidade, ou de minorias que, sob o pretexto de erradicar desmandos históricos, buscam ver institucionalizados privilégios não estendidos a pessoas que não integram aquele grupo, mas que se encontram na mesma situação.

O problema do abuso das minorias é conhecido também no âmbito das organizações privadas. Pode ocorrer no exercício do direito de voto ou de fiscalização dos negócios sociais, quando não exercido na forma prevista em lei.

Ao participarem da eleição em separado (LSA, art. 161, § 4º, a), as minorias acionárias podem cometer atos de abuso caso não observem a devida diligência na escolha dos seus representantes para o conselho fiscal, elegendo pessoas inidôneas ou incompetentes para o exercício do cargo.

Em situações de abuso como essas, uma sanção cabível seria a destituição dos conselheiros fiscais pela assembleia geral (LSA, art. 122, II).⁶⁰

No entanto, levando-se em consideração a própria sistemática da LSA, não nos parece ser essa uma alternativa razoável, pois há que se levar em conta que a assembleia geral, em termos de vontade, é o próprio controlador.

A destituição de membros do conselho fiscal por um órgão de acionistas poria as minorias à mercê das majorias, pois os representantes das primeiras estariam sendo destituídos por quem não os elegeu.⁶¹

⁶⁰ O dever de agir com diligência e lealdade recai também sobre as minorias, pois a lei não faz exceção a qualquer espécie de acionista. Em atenção ao princípio da conservação da empresa e do interesse social, maioria e minoria têm deveres comuns para com a companhia e a comunidade.

⁶¹ No processo CVM RJ 2005/579, em que se discutiu a possibilidade de destituição, pela assembleia geral, de conselheiro de administração da Companhia Paranaense de Energia (COPEL), eleito em separado pelos empregados da companhia (LSA, art. 140, parágrafo único), a SEP posicionou-se no sentido de que, neste caso, o membro do conselho de administração deve ser considerado membro nato do órgão, somente destituível por aqueles que o elegeram e na forma dos arts. 158 e 159 da LSA. A COPEL interpôs recurso contra tal entendimento. O Colegiado da CVM manteve o entendimento da SEP, manifestando que “junto com o direito de eleger vem o direito de substituir e não é dado aos excluídos dessa eleição o direito de retirar o nomeado. Se assim fosse, o próprio direito de eleger seria prejudicado, pois sempre que se elege um conselheiro inconveniente para a maioria, ela o destituiria” (Processo CVM n. 2006/579/RJ. Recurso improvido em s.j. de 21.3.2006. Diretor Relator: Pedro Oliva Marcilio de Souza. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0003/5044-0.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2016).

O poder conferido à assembleia geral deve ser compreendido em consonância com o sistema legal, tendo em consideração a contraposição de interesses entre maioria e minoria e a conseqüente necessidade de manter a independência das minorias. Tal situação levaria ao entendimento do não reconhecimento de poderes amplos à assembleia. Assim, em regra, o sócio majoritário não poderia destituir o membro eleito pelo minoritário, salvo havendo justa causa.⁶²

José Anchieta da Silva também entende não ser cabível a destituição de conselheiro eleito pelas minorias, por deliberação da assembleia da qual também participe o controlador, salvo justa causa. No mesmo sentido, José Waldecy Lucena.⁶³

Em uma interpretação analógica do art. 117, § 1º, *d*, da LSA, que responsabiliza os controladores pela má escolha de seus fiscais, Marcelo Vieira Von Adamek⁶⁴ entende que poderá haver abuso de minoria na escolha de pessoa incompetente ou inidônea para o exercício do cargo de conselheiro.

Isso porque, da mesma forma que o controlador comete abuso de poder quando elege administrador, inclusive membros do conselho fiscal, que sabe inapto, também a minoria comete o mesmo ilícito ao votar em separado seus representantes para o órgão, que sabe inaptos do ponto de vista técnico ou moral.

Há opinião contrária no sentido de que, como não há regra diretamente aplicável às minorias, ao contrário do que acontece com o controlador, não haveria sanção pelo abuso de poder de minorias.⁶⁵

De qualquer forma, mesmo não estando expresso o tipo específico “abuso de poder de minorias”, o art. 115 da LSA institui o abuso de direito de voto de forma

⁶² BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico do conselho fiscal das S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 126-127.

⁶³ SILVA, José Anchieta da. *O conselho fiscal nas sociedades anônimas brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 80; e LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 2, p. 693.

⁶⁴ ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minorias em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 200.

⁶⁵ PONTES, Evandro Fernandes de. *O conselho fiscal nas companhias abertas brasileiras*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 169.

abrangente, aplicável tanto aos acionistas controladores quanto àqueles que não detêm o controle.⁶⁶

De acordo com o § 3º do art. 115, o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

O abuso do exercício do direito de voto é caracterizado quando o acionista age contrariamente ao interesse da sociedade e dos demais acionistas, com o objetivo de causar-lhes dano. A análise objetiva do abuso é suficiente para a caracterização do ilícito.⁶⁷

Ao abusar de um direito que a lei lhe confere, o acionista (controlador ou não) comete ato ilícito, passível de indenização, com fundamento no art. 187 do Código Civil: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Por tratar-se de ato ilícito, o abuso de direito é passível de indenização, nos termos do art. 927 do Código Civil.

Há que se provar também que os acionistas que votaram em determinada deliberação o fizeram de forma abusiva, votando sem moderação e contrariamente ao interesse social, a fim de obter alguma vantagem individual em detrimento da companhia e dos demais acionistas.

⁶⁶ Modesto Carvalhosa, nos comentários ao art. 115 da Lei n. 6.404/76, considera que, no caso de abuso praticado pelo controlador, o abuso é qualificado, dado que ele tem deveres fiduciários de conduzir a companhia e fazê-la cumprir seu objeto social (art. 116, § 1º). Em outras palavras, diferentemente do que ocorre com os minoritários, o controlador não tem apenas o direito de votar, mas também o dever de fazê-lo com vistas ao fim social (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, p. 547-548). Sobre este ponto, Erasmo Valladão entende que a LSA instituiu o interesse da companhia como um limite funcional e genérico à liberdade de voto, ao qual devem se conformar as declarações de vontade de todos os acionistas, sob pena de ser caracterizado como abusivo o voto proferido (art. 115, *caput*). O autor entende que, apesar de a norma ser de caráter geral, aplicável tanto ao acionista majoritário quanto ao minoritário, beneficia principalmente a este último, cujos abusos são menos frequentes que os da maioria (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 71-72).

⁶⁷ Nesse sentido, vide Modesto Carvalhosa: “A Lei Societária leva em conta a finalidade econômica do acionista no exercício do direito de voto. Tal como acolhida esta antijuridicidade no Código Civil (art. 187), a Lei Societária adota o critério objetivo de conduta, não devendo ser considerada a intenção, no seu aspecto psicológico, doloso ou fraudulento”. Entende o autor que a intenção subjetiva do acionista não deve ser perquirida porque dificilmente se poderia distinguir, no momento da prova, o dolo do simples erro. Portanto, o acionista acusado de abuso sempre poderia alegar que simplesmente errou na apreciação da matéria, não tendo a intenção de lesar a companhia ou os outros acionistas (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, p. 545-546).

Além do abuso das minorias acionárias, pode haver abusos do próprio conselheiro fiscal, caso não exerça suas funções no interesse da companhia (LSA, arts. 165, § 1º, e 154). São situações em que o conselheiro atua de modo a embaraçar os trabalhos, levantar suspeitas levianas contra os administradores ou fazer constar de seus pareceres informações incorretas ou de má-fé.

Note-se que o art. 165, § 1º, da LSA é expresso no preceito de que

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.

A opção do legislador em tornar expresso o dever dos conselheiros fiscais torna evidentes as finalidades e funções do cargo, de modo a inibir atuações fora do seu âmbito de competência.⁶⁸

Com o objetivo de dificultar a atuação do conselheiro fiscal na utilização do cargo como instrumento de abuso por parte de acionistas, a LSA, no § 2º do art. 163, dispõe que os pedidos de esclarecimentos ou informações, feitos pelo conselheiro, devem ser relativos a suas funções fiscalizadoras.

O objetivo dessa norma é delimitar o campo de atuação do conselho e de seus membros individualmente, para situá-los principalmente no âmbito financeiro da companhia.

Outra hipótese que configura abuso do conselheiro é a de agir no interesse particular de determinados acionistas, em desacordo com o art. 154, § 1º, da LSA.

O conselheiro fiscal é passível de responsabilização civil, respondendo pelos danos que causar por omissão no cumprimento de seus deveres e pelos atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto, nos termos dos art. 165 da LSA. Também está sujeito à responsabilização administrativa perante a CVM, em se tratando de companhia aberta.

⁶⁸ Vide artigo publicado por José Marcelo Martins Proença, sobre as restrições aplicáveis ao direito essencial de fiscalização nas sociedades anônimas, limitando-se tal direito às hipóteses legais (PROENÇA, José Marcelo Martins. *Direitos e deveres dos acionistas*. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, Marcelo Martins (Coord.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Série GV Law), p. 47).

A responsabilização do conselheiro fiscal pelo exercício abusivo de sua função, bem como a respectiva responsabilização pela prática do ilícito, pode ser vista como um contraponto ao poder de fiscalização conferido ao órgão, com vistas à harmonização de interesses no âmbito societário.

Cabe lembrar que o *insider trading*⁶⁹ praticado pelo conselheiro fiscal configura não só abuso no exercício da função, como também crime contra o mercado de valores mobiliários (Lei n. 6.385/76, art. 27-D).

⁶⁹ Em estudo jurídico acerca do tema, Norma Jonssen Parente assim define a figura do “*insider trading*”: “é toda a pessoa que, em virtude de fatos circunstanciais, tem acesso a *informações relevantes* relativas aos negócios e situação da companhia” (PARENTE, Norma Jonssen. *Aspectos jurídicos do “insider trading”*. Rio de Janeiro, 1978. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/serieshist/estudos/anexos/Aspectos-Juridicos-do-insider-trading-NJP.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2016).

4. DIREITO À INFORMAÇÃO

4.1 Previsão na Constituição Federal e na LSA

O vocábulo “informação” pode ser definido como “dado, informe, notícia; comunicação; instrução, indicação”. Expresso está no ato de “informar” o significado de “dar informação; ensinar, instruir; fazer saber ou tomar conhecimento”.⁷⁰

O direito à informação é previsto na Constituição Federal brasileira, nos arts. 5º, XIV, e 220, § 1º, como garantia fundamental do indivíduo. Tais normas garantem duas liberdades fundamentais: a liberdade de acesso à informação e a liberdade na divulgação da informação.

O direito de, por um lado, obter informações, implica, por outro lado, a exigência de que tais informações sejam verdadeiras, objetivas, claras e isentas, a fim de que possam subsidiar a formação de convicções dos indivíduos que delas se prestam.⁷¹

Para compreendermos o alcance do direito à informação, há que se harmonizá-lo com os demais direitos fundamentais garantidos aos indivíduos, como o direito à inviolabilidade da honra, da vida privada, da imagem, entre outros.⁷²

No direito societário, o direito de solicitar e receber informações sobre a companhia é uma prerrogativa fundamental do acionista e permeia todos os demais direitos assegurados ao acionista pela lei ou pelo estatuto (por exemplo, o direito de fiscalizar as contas sociais).

Tais informações devem ser verdadeiras, claras e objetivas, a fim de que cumpram a finalidade a que se destinam.

⁷⁰ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 250.

⁷¹ O direito à informação também apresenta uma dimensão coletiva, entendida como o interesse geral contraposto ao interesse individual. Vide: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 262-263.

⁷² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 428.

O direito à informação permeia toda a lei societária, pois também serve ao acionista no exercício dos demais direitos que a lei lhe garante, como o de fiscalização e o de voto, por exemplo.⁷³

Nessa linha, José Alexandre Tavares Guerreiro⁷⁴ afirma que o adequado acesso à informação é condição tanto para o exercício do direito de fiscalizar a gestão social como para o exercício dos demais direitos pelos acionistas, dado seu caráter instrumental. Sua falta implica em lesão a esses direitos, pois prejudica a regular participação do acionista na vida da sociedade.

É de se notar que, no campo do direito societário, o direito à informação assume um caráter não só individual, mas também coletivo, pois acionistas adequadamente informados terão subsídios para votar com mais propriedade nas assembleias gerais, o que é favorável à companhia no cumprimento da sua função social.

O direito à informação varia de acordo com a complexidade e a estrutura das companhias.

No caso de companhias abertas, as exigências de informação aos acionistas e ao público em geral são maiores e mais complexas do que aquelas exigidas para as companhias fechadas, por exemplo as regras de *disclosure* previstas no art. 157, §§ 1º e 4º, da LSA e as inúmeras Instruções da CVM relacionadas ao assunto, podendo-se citar a Instrução CVM n. 358/2002 (alterada pela Instrução CVM n. 547/2014), que trata da divulgação ao mercado de fatos relevantes ocorridos com a companhia.⁷⁵

⁷³ Interessante dado constante do artigo elaborado por Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado, indicando que as matérias societárias objeto de litígio no judiciário referem-se a processos nos quais os acionistas reclamavam direitos individuais pecuniários (24%), isto é, direito a dividendos ou direito de recesso, por exemplo, aparecendo, em seguida, o pleito de direitos relacionados com prestação de contas e informação (18%) e referentes a aumentos de capital (16%) (SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. Proteção ao acionista minoritário no Brasil: breve histórico, estrutura legal e evidências empíricas. *Artigos DireitoGV*, p. 27, dez. 2010).

⁷⁴ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O conselho fiscal e o direito à informação. *Revista de Direito Mercantil* n. 45, São Paulo, Malheiros, p. 29-34, jan./mar. 1982, loc. cit.

⁷⁵ Observamos que o direito à informação está implícito na sistemática das sociedades anônimas, mesmo nas fechadas. O dever de informar, apesar de ser mais acentuado nas companhias abertas, dado o impacto que provocam na formação de preços e no mercado de capitais, não está restrito a elas. Nesse sentido, vide José Alexandre Tavares Guerreiro: “Em outras palavras, o dever de informar, em companhias abertas e fechadas, varia quanto ao modo de cumprimento, mas não quanto à substância, nem tampouco quanto à obrigatoriedade” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O conselho fiscal e o direito à informação. *Revista de Direito Mercantil* n. 45, São Paulo, Malheiros, p. 29-34, jan./mar. 1982, loc. cit).

A legislação societária prevê um regime diferenciado e mais rigoroso para com as companhias abertas, tendo em vista a proteção dos investidores no mercado de capitais, cuja regulamentação aplicável é caracterizada por disposições de ordem pública.

O direito à informação ganha mais importância na proteção do acionista minoritário que se configura como investidor no mercado de ações, pois a informação é importante tanto para sua tomada de decisão de adquirir ou vender seu investimento quanto para a formação do preço das ações. Destaca também a importância da transparência das informações não só para a proteção do acionista, mas também para a tutela do mercado como um todo.⁷⁶

O acesso à informação é imprescindível tanto para os acionistas votantes da companhia quanto para aqueles detentores de ações não votantes. Daí que a lei societária brasileira é expressa quanto ao direito de comparecimento de qualquer acionista às assembleias gerais, a fim de discutir a matéria submetida à deliberação (LSA, art. 125).⁷⁷

A violação desse direito pode ser considerada abuso de poder, respondendo o controlador por eventuais danos causados (LSA, art. 117).

Aos acionistas que comparecem às assembleias, é conferido o direito de discutir as matérias constantes da ordem do dia e solicitar informações, nos termos da lei.

Lembramos que o direito à informação nas sociedades anônimas é exercido de maneira indireta, ou pela imposição de obrigações informacionais às companhias e pela atividade de órgãos de fiscalização, de modo a evitar a indevida turbacão das atividades sociais por meio da ação individual do acionista.

Assim, o exercício do direito à informação, no âmbito societário, acaba por ser limitado a momentos específicos (quando das assembleias gerais, por exemplo) ou

⁷⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. Proteção ao acionista minoritário no Brasil: breve histórico, estrutura legal e evidências empíricas. *Artigos DireitoGV*, p. 27, dez. 2010. p. 20-21.

⁷⁷ A título de comparação, o *Codice Civile* italiano de 1942, art. 2.370, também prevê expressamente a faculdade de os acionistas comparecerem à assembleia geral: “Art. 2370. *Diritto d'intervento all'assemblea. Possono intervenire all'assemblea gli azionisti (2418) iscritti nel libro dei soci almeno cinque giorni prima di quello fissato per l'assemblea, e quelli che hanno depositato nel termine stesso le loro azioni presso la sede sociale o gli istituti di credito indicati nell'avviso di convocazione*”.

submetido a critérios de legitimação (titularidade de determinada participação no capital social).⁷⁸

O conselho fiscal é um dos mecanismos legais de acesso à informação de que dispõem os acionistas, mas não é o único. Há também outras normas que visam garantir o exercício desse direito, tais como:

- a) apresentação dos registros contendo a titularidade das ações de sua emissão, desde que as informações requeridas se designem à defesa de direitos e ao esclarecimento de situações de interesse pessoal do acionista ou do mercado de valores mobiliários (LSA, art. 100, § 1º);
- b) exibição judicial completa dos livros da companhia, a requerimento de acionistas que representem, no mínimo, 5% do capital social, caso sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto ou haja suspeita de graves irregularidades por parte dos administradores (LSA, art. 105);
- c) disponibilização, aos acionistas e à bolsa de valores, dos documentos para deliberação na assembleia geral (LSA, arts. 124, § 6º, e 133, I e § 3º);
- d) fornecimento da relação de endereços de acionistas, a fim de tentar obter procuração para representá-los em assembleias gerais, desde que requerida por acionistas detentores de pelo menos 0,5% do capital social (LSA, art. 126, § 3º);
- e) divulgação aos acionistas dos documentos pertinentes à matéria a ser debatida na assembleia geral extraordinária, os quais deverão ser colocados à disposição dos acionistas, na sede da companhia, por ocasião da publicação do primeiro anúncio de convocação da respectiva assembleia (LSA, art. 135, § 3º);
- f) informação sobre o número de ações ou quaisquer valores mobiliários de emissão da companhia possuída pelos administradores (LSA, art. 157, *caput*);
- g) fornecimento de informações à assembleia geral, pelos administradores da companhia, aos acionistas que representem pelo menos 5% do capital social, tais como eventuais negociações de valores mobiliários de emissão

⁷⁸ PITTA, Andre Grunspun. *O direito do acionista à informação*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3: Sociedade anônima, p. 168.

da companhia ou de sociedades controladas; opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido; benefícios ou vantagens que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia; condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível; ou quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia (LSA, art. 157, § 1º);

- h) divulgação ao mercado de qualquer ato ou fato relevante ocorrido ou relacionado com a companhia que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos acionistas de negociar com os valores mobiliários emitidos pela companhia (LSA, art. 157, § 4º). A Instrução CVM n. 358/2002 relaciona, de forma exemplificativa, uma série de atos ou fatos que constituem modalidades de fatos relevantes;
- i) fornecimento, pelo conselho fiscal, de informações sobre as matérias de sua competência, a acionistas titulares de, no mínimo, 5% do capital social (LSA, art. 163, § 6º);
- j) submissão das demonstrações financeiras a auditoria independente (LSA, art. 177, § 3º, para as companhias abertas; Lei n. 11.638/2007, art. 3º, para as fechadas de grande porte);
- k) elaboração e colocação à disposição dos acionistas do relatório anual da administração, das demonstrações financeiras da companhia, dos pareceres de auditoria e do conselho fiscal, bem como de dados sobre sociedades coligadas e controladas (LSA, arts. 118, 133, 243 e 247);
- l) apresentação de justificativa da administração para a não distribuição do dividendo obrigatório por ser seu pagamento incompatível com a situação financeira da companhia (LSA, art. 202, § 4º);
- m) disponibilização do protocolo e da justificativa de incorporação, fusão, cisão ou incorporação de ações da companhia, bem como das condições e dos motivos que justificam qualquer das referidas operações (LSA, art. 224 e 225).

4.2 Aspecto informativo do conselho fiscal

O aspecto informativo do conselho fiscal encontra-se expresso na Exposição de Motivos da LSA, segundo a qual o conselho é “órgão de fiscalização dos administradores e de informação da assembleia geral”.

Sob o aspecto informativo, José Alexandre Tavares Guerreiro⁷⁹ aponta o conselho fiscal como um órgão voltado ao acionista, na medida em que é um “órgão destinado a transmitir aos acionistas as informações de que necessitam, quer para exercerem o direito essencial de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, quer para que possam votar, na assembleia geral, com conhecimento de causa”.

Na mesma linha, José Anchieta da Silva⁸⁰ destaca a importância do conselho fiscal como meio de acesso à informação dos acionistas, entendendo que negar esse acesso estaria em “dessintonia” com os direitos essenciais de que trata o art. 109 da LSA, além de acabar por negar ao cidadão o direito de ação tal como previsto no art. 5º da Constituição Federal.

Há vários artigos na lei societária que evidenciam a feição informativa do conselho fiscal, podendo-se citar o art. 163, § 6º, da LSA, que determina que qualquer acionista ou grupo de acionistas representando, no mínimo, 5% do capital social (percentual que pode ser alterado pela CVM no caso de companhias abertas) tem o direito de solicitar informações ao conselho fiscal sobre as matérias de sua competência.

Segundo o art. 164 da LSA, os conselheiros fiscais, ou ao menos um deles, deverão comparecer às reuniões da assembleia geral e responder aos pedidos de informação dos acionistas.

A dimensão informativa do conselho fiscal é uma via de mão dupla. O órgão tem o dever de prestar informações aos acionistas e aos demais órgãos da companhia, nos termos da lei, mas também tem o direito de obter dos órgãos da administração (LSA, art. 163, § 2º), assim como dos auditores independentes (LSA, art. 163, § 4º), as informações ou esclarecimentos necessários ao desempenho de suas funções.

⁷⁹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O conselho fiscal e o direito à informação. *Revista de Direito Mercantil* n. 45, São Paulo, Malheiros, p. 29-34, jan./mar. 1982, p. 30.

⁸⁰ SILVA, José Anchieta da. *O conselho fiscal nas sociedades anônimas brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 99-100.

Conforme orientação do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), a eficácia do conselho fiscal depende da qualidade da documentação distribuída antecipadamente a cada reunião. É recomendado que a disponibilidade dos documentos seja feita em até uma semana antes da reunião do órgão, sempre em tempo hábil e adequado ao volume de trabalho demandado.⁸¹

Nas sociedades, de forma geral, há duas categorias de informações: as operacionais e as gerenciais. Ambas podem ser necessárias ao conselho fiscal no exercício de suas funções. Como sugestão, seguem três grupos de informações que poderiam ser enviadas mensalmente ao conselho:⁸²

- a) Relatórios contábeis: incluem basicamente informações sobre o patrimônio e resultados da sociedade. São eles: (i) o balanço patrimonial, que reflete a posição estática da sociedade, ou em determinada data; (ii) a demonstração do resultado do exercício, que contempla os resultados da sociedade em determinados períodos de tempo (mensal, trimestral, semestral ou anual); (iii) o relatório de margem e contribuição de um produto ou serviço, que revela quanto cada unidade de produto vendido ou serviço prestado contribui para cobrir os custos fixos; (iv) indicadores contábeis, como níveis de liquidez, rentabilidade ou endividamento da sociedade; (v) outras informações contábeis relevantes.
- b) Relatórios financeiros: são eles: (i) o fluxo de caixa, apresentando as entradas e saídas de caixa da sociedade; (ii) o relatório da qualidade e idade das contas a receber e contas a pagar, revelando os valores a vencer e a pagar, assim como eventuais obrigações vencidas; (iii) a demonstração das fontes de financiamento de curto e longo prazo, contemplando as captações junto a instituições financeiras, seus montantes e condições de contratação.

⁸¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Guia de orientação para o conselho fiscal*. 2. ed. Coordenação de Roberto Lamb e João Verner Juenemann. São Paulo: IBGC, 2007. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/1.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2016. p. 19.

⁸² PELEIAS, Ivam Ricardo; SANTOS, Maria Cristina Lourenço dos. *Conselho fiscal: responsabilidade com a sociedade e os investidores*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98.

- c) Outras informações: (i) de gestão, como planejamentos e orçamentos empresariais; (ii) operacionais, englobando trabalhos de auditoria interna e independente etc.

Há que se avaliar a conveniência da apresentação de certas informações, tendo-se em vista o dever de sigilo em determinadas operações (LSA, art. 155, § 1º), assim como o benefício do conselheiro em obtê-las, considerando-se os custos envolvidos na elaboração e na apresentação dos demonstrativos e relatórios.

É importante citar também o dever imposto ao conselheiro fiscal pelo art. 165-A da LSA, que visa impedir a utilização de informações confidenciais (*insider trading*) pelos conselheiros fiscais.⁸³

Tal ato praticado pelo conselheiro fiscal, além de constituir abuso no exercício da função (art. 165, § 2º), é crime contra o mercado de valores mobiliários, nos termos do art. 27-D da Lei n. 6.385/76.

⁸³ O art. 165-A da LSA impõe ao membro do conselho fiscal o dever de informar as modificações de suas posições acionárias na companhia à CVM e às Bolsas de Valores nos quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação.

5. CONSELHO FISCAL

5.1 Conselho fiscal e o direito de fiscalização dos acionistas

A lei societária brasileira prevê o direito de fiscalização dos negócios sociais pelo acionista, mas não dá a ele liberdade para determinar o meio pelo qual exercerá esse direito. A fiscalização dos administradores deve ser procedida exclusivamente pelos mecanismos legais previstos.⁸⁴

O órgão encarregado da fiscalização da sociedade anônima é o conselho fiscal (LSA, arts. 161 a 165-A). É ele o principal instrumento legal de que os acionistas dispõem para a fiscalização da gestão da empresa.

Na definição de Waldirio Bulgarelli⁸⁵, o conselho fiscal é caracterizado como um “órgão de controle e fiscalização e também de informação, não se esgotando assim na mera revisão das contas, indo atingir a própria fiscalização da gestão administrativa”.

O órgão assume maior importância para a estrutura das sociedades anônimas abertas, dada a maior complexidade de sua organização interna e à circulação de suas ações no mercado.

Todos os acionistas têm direito de participar da fiscalização dos negócios sociais (LSA, art. 109), seja diretamente, solicitando informações à administração e participando das assembleias, nos termos da lei, ou por meio do conselho fiscal.

Esse direito, conforme lembra Ilene Patrícia de Noronha Najjarian, é decorrente da própria condição de acionista, tendo em conta que a ação da sociedade anônima, além de corporificar um título de crédito, configura também um título de participação, com a função de corporificar as diversas espécies de direitos conferidos legalmente aos acionistas.⁸⁶

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 257.

⁸⁵ BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico do conselho fiscal das S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 129.

⁸⁶ NAJJARIAN, Ilene Patrícia de Noronha. Das ações de sociedades anônimas como originadoras de outros valores mobiliários. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, Marcelo Martins (Coord.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Série GV Law), p. 124.

Para entendermos o atual papel do conselho fiscal na tutela do direito de fiscalização legalmente previsto, há que se fazer referência aos objetivos do legislador quando da criação e da reformulação do órgão tal como ele é hoje.

No Decreto n. 2.627/40, o mecanismo de funcionamento do conselho fiscal estava previsto no art. 125, o qual dispunha sobre a eleição de um conselheiro fiscal pelos “dissidentes” e pelos titulares de ações preferenciais, o que aparenta uma intenção do legislador em proteger os interesses dos acionistas não controladores.⁸⁷

Trajano de Miranda Valverde⁸⁸ define “dissidentes” como os acionistas com direito de voto que se manifestam contra a decisão da maioria, podendo eles, desde que representem o percentual mínimo legal, eleger, separadamente, um membro do conselho fiscal e o respectivo suplente.

Entendia-se tal dissidência como a recusa à indicação, pelos acionistas majoritários, de todos os membros do conselho.

Aos preferencialistas a lei não exigia representação mínima no capital para exercer tal direito.

Esse sistema recebeu críticas quanto a sua eficácia para o exercício do direito de fiscalização por parte dos acionistas não controladores. Observe a Exposição de Motivos n. 196 da LSA:

As modificações introduzidas pelo Projeto no Conselho Fiscal baseiam-se na experiência da aplicação do Decreto 2.627. Na maioria das companhias existentes, todos os membros do Conselho Fiscal são eleitos pelos mesmos acionistas que escolhem os administradores. Nestes casos, o funcionamento do órgão quase sempre se reduz a formalismo vazio de qualquer significação prática, que justifica as reiteradas críticas que lhe são feitas, e as propostas para sua extinção. A experiência revela, todavia, a importância do órgão como instrumento de proteção de acionistas dissidentes, sempre que estes usam do seu direito de 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, para fiscalização dos órgãos da administração.

⁸⁷ O art. 125 do Decreto-lei n. 2.627/40 assim dispunha: “É assegurado aos acionistas dissidentes, que representarem um quinto ou mais do capital social, e aos titulares de ações preferenciais o direito de eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente”. Ao comentar este artigo, Trajano de Miranda Valverde entende que o objetivo da lei era garantir a todos os acionistas o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações: comentários ao Decreto 2.627 de 26 de setembro de 1940* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 2, p. 343).

⁸⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações: comentários ao Decreto 2.627 de 26 de setembro de 1940* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 2, p. 340.

A exposição acima transcrita evidencia a preocupação do legislador de 1976 em tornar o conselho fiscal um órgão mais representativo para os acionistas não controladores e a sua intenção de aperfeiçoar esse órgão.

Essa mudança de postura pode ser compreendida pela necessidade de dotar a sociedade anônima de garantias de proteção ao investidor em ações no mercado, com vistas ao desenvolvimento do mercado de capitais nacional.

Um sadio desenvolvimento das sociedades anônimas não pode prescindir de uma eficaz tutela dos direitos dos acionistas. Por isso, o problema da tutela das minorias foi adquirindo sempre maior importância para o desenvolvimento das companhias e do mercado de capitais.⁸⁹

No direito brasileiro, os mecanismos jurídicos de proteção às minorias acionárias estão previstos em legislação esparsa (normativos da CVM, regulações da Bovespa etc.) e na LSA, que enumera os direitos essenciais dos acionistas. O direito de fiscalização é um desses direitos, cujo principal mecanismo é o conselho fiscal.⁹⁰

A lei assegura a representação das minorias no conselho fiscal por meio da votação em separado (LSA, art. 161, § 4º, a). O objetivo dessa votação é tornar eficaz um direito assegurado por lei, tornando o conselho fiscal um órgão verdadeiramente representativo.⁹¹

De acordo com o artigo em análise, os acionistas 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 para o conselho fiscal. Igual direito terão os acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, 10% ou mais das ações com direito a voto.

Os acionistas controladores terão sempre o direito de eleger a maioria dos membros do conselho fiscal (LSA, art. 161, § 4º, b).

⁸⁹ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Quorum, 2008. p. 489.

⁹⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. Proteção ao acionista minoritário no Brasil: breve histórico, estrutura legal e evidências empíricas. *Artigos DireitoGV*, p. 27, dez. 2010, p. 19.

⁹¹ Tenha-se em conta que acionistas não controladores (preferencialistas ou detentores de ações ordinárias), por não estarem presentes na gestão diária da companhia, precisam de mecanismos societários que lhes permitam ter acesso à fiscalização da companhia na qual investiram seus recursos, pois, dependendo do número de acionistas existentes, a fiscalização direta é praticamente impossível.

Busca-se a melhor interpretação do art. 161, § 4º, da LSA.

Uma primeira questão a resolver é se existe uma antinomia entre a regra que prevê a predominância do controlador no conselho (LSA, art. 161, § 4º, *b*) e aquela que estabelece como direito fundamental do acionista o direito à fiscalização (LSA, art. 109, III).

Para responder a essa questão, primeiramente faremos remissão ao art. 154, § 1º, da LSA, o qual exige dos administradores isenção no cumprimento de seus deveres, isto é, desvinculação de quem os elegeu, seja controlador ou não controlador.

Isso quer dizer que, uma vez eleito, não se poderia falar em conselheiro representante de determinada classe de acionistas, seja controlador, preferencialista ou minoritário. A suposta desvinculação do conselheiro com quem o elegeu indicaria, à primeira vista, que inexistiria antinomia real entre as duas normas em questão.

Entretanto, a questão parece ser mais complexa, pois o problema parece girar em torno de se crer ou não na independência dos conselheiros fiscais.

A realidade mostra que o objetivo de garantir a participação das minorias no conselho muitas vezes é frustrado pela atuação das chamadas “minorias amigas” (acionistas que, apesar de não integrarem o bloco de controle, colaboram com o controlador ao participar da votação em separado).⁹²

Atualmente, não há na nossa lei societária um mecanismo jurídico que consiga de maneira eficiente impedir eventuais manobras por parte dos controladores, apesar de a lei oferecer alguns remédios, como as normas atinentes à figura do abuso do poder de controle (LSA, art. 117, *c*).

As normas legais concernentes à responsabilização dos conselheiros pela inobservância dos deveres para com a companhia e seus acionistas (LSA, arts. 153 a 156) também podem atuar como freios a eventuais manobras.⁹³

⁹² BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico do conselho fiscal das S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 102.

⁹³ A independência na escolha de conselheiros independentes em companhias com controle concentrado pode levar à elevação do valor de mercado da sociedade, funcionando como mecanismo de proteção aos acionistas minoritários. Isso porque o valor da companhia tende a aumentar diante da diminuição de benefícios particulares de controle (SCALZILLI, João Pedro et al. Perspectivas para a disciplina da companhia aberta: principais desafios do direito societário brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, n. 158, São Paulo, Malheiros, p. 211-241, abr./jun. 2011).

Essa questão se torna mais relevante na medida em que não se trata de saber apenas se há antinomia entre as duas referidas regras, mas também se há um choque entre uma regra específica da lei societária e o princípio de proteção às minorias.⁹⁴

Para enfrentar a questão da antinomia, buscaremos o que ensina Norberto Bobbio⁹⁵:

...no caso de conflito entre duas normas, para o qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o de especialidade, o intérprete, seja ele o juiz ou o jurista, tem à sua frente três possibilidades: 1) eliminar uma; 2) eliminar as duas; 3) conservar as duas.

O caso trata de duas normas (expressas nos arts. 161, § 4º, *b*, e 109, III) constantes de uma mesma lei (LSA). Assim, tanto o critério cronológico como o hierárquico e o de especialidade não são aplicáveis para solucionar o eventual conflito entre elas.

À vista disso, optamos pela terceira solução, qual seja, a de conservar ambas as normas, pois nos parece que a incompatibilidade entre elas é apenas aparente.

Isso porque a predominância do acionista controlador no conselho fiscal não impede a fiscalização da companhia por parte dos acionistas não controladores, não havendo, portanto, uma supressão do direito à fiscalização garantido por lei.

A despeito de se crer ou não na referida independência dos membros do conselho fiscal, o simples dever legal imposto aos administradores no sentido de agirem com isenção e com vistas ao interesse social (LSA, art. 154, § 1º) por si só já significa um freio à atuação irregular dos conselheiros.

Leve-se em conta também que, pelo fato de o conselho fiscal ter sido criado para fiscalizar a administração da companhia, a própria existência do órgão já significa um obstáculo a eventuais irregularidades praticadas pelos administradores.

⁹⁴ Conforme ensinamento de Francesco Carnelutti, todo comando específico expresso pela lei tem sua origem num princípio mais amplo e não expresso, servindo o princípio jurídico como instrumento de integração do direito (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. 3. ed. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1951. p. 86-90). No caso do conselho fiscal, o art. 161, § 4º, *a*, da LSA tem como fundamento o princípio de proteção às minorias, à medida que disponibiliza aos não controladores o acesso à fiscalização, um direito respaldado pelo art. 109, III, da LSA.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999. p. 100.

Acrescente-se a isso o fato de que, com a edição das Leis n. 9.457/97 e 10.303/2001, foram instituídas prerrogativas individuais aos conselheiros, permitindo, assim, uma atuação mais eficaz dos representantes dos acionistas não controladores.

Cabe lembrar sempre que a liberdade de atuação individual do conselheiro não necessita de prévia deliberação do colegiado do conselho fiscal.

Com base nas opiniões e eventuais denúncias do conselho fiscal, colegiada ou individual, poderão ser propostas, por exemplo, ações de responsabilidade contra os administradores envolvidos em possíveis irregularidades ou ilícitos.

Deve-se levar em conta que, embora a lei societária tenha atribuído ao conselho fiscal a natureza de órgão colegiado, seu poder deliberativo é restrito, pois não pode ele cercear a atuação individual do conselheiro.

No caso de providências solicitadas pelos conselheiros individualmente, o regime deliberativo do conselho é, via de regra, meramente *homologatório*.⁹⁶

A eficácia da atuação individual do conselheiro fiscal não depende de deliberação do órgão, pois se trata de prerrogativa individual estabelecida em lei. O conselho fiscal não pode deliberar contrariamente ao direito individual de seu membro de solicitar informações à administração ou à auditoria independente.

O conselho fiscal não tem autoridade, ainda que por deliberação majoritária, de deixar de denunciar aos órgãos competentes eventuais erros ou fraudes descobertos por qualquer de seus membros individualmente, pois não é da competência do órgão julgar a procedência de tais denúncias. Ao contrário, de acordo com o art. 163, IV, da LSA, cabe ao órgão relatar ou comunicar tais

⁹⁶ Modesto Carvalhosa observa que desconsiderar as prerrogativas individuais de atuação do membro do conselho fiscal seria negar a própria finalidade do órgão. Ainda que a vontade do conselho fiscal seja expressa pela maioria de seus membros, o poder deliberativo do órgão é restrito, pois não pode cercear ou impedir de alguma forma a atuação individual dos conselheiros. A obstrução de tal atuação pela maioria fará presumir que seus membros majoritários não estão agindo com independência. Configurada a obstrução, os membros majoritários que a praticaram serão responsabilizados (art. 165 da Lei n. 6.404/76) (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 637-638). Mesma linha segue Fábio Ulhoa Coelho, ao considerar que o conselho fiscal é um órgão divisível da sociedade anônima, podendo operar tanto como colegiado quanto pela atuação individual de seus membros. O autor observa que há competências que somente o colegiado pode deliberar, nas quais se destaca o princípio majoritário e outras que o membro pode exercer individualmente, sem necessidade de prévia deliberação de seus pares (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 258).

irregularidades, como consequência lógica da prerrogativa individual dos seus membros em denunciá-las.

Portanto, tudo parece indicar que a previsão legal que atribui ao controlador a maioria dos membros do conselho não anula a norma que garante o direito à fiscalização por parte das minorias societárias, mas pode reduzir a eficácia do órgão como mecanismo de tutela às minorias acionárias.

Em nosso ordenamento jurídico, os princípios gerais de direito são mencionados expressamente pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), como meio supletivo, em caso de lacuna de lei: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”⁹⁷.

No caso, a lei não é omissa. De acordo com a LINDB, aplica-se a regra expressa no art. 161, § 4º, *b*, da LSA.

Com base no exposto, a melhor interpretação do art. 161, § 4º, da LSA, é a de que essa norma tem por finalidade garantir a representação das minorias no conselho fiscal, preservado o princípio majoritário.

5.2 Composição

De acordo com o art. 161, § 1º e § 2º, da LSA, o conselho fiscal deve ser composto de 3 a 5 membros e seu funcionamento depende de solicitação de acionistas que representem, no mínimo, 10% das ações com direito a voto, ou 5% das ações sem direito a voto, em se tratando de companhia fechada.

No caso de companhia aberta, a Instrução CVM n. 324/2000 prevê a redução desses percentuais, em função do capital social da companhia.

A norma parece apresentar contradição com o art. 123, parágrafo único, *d*, da LSA, segundo o qual em qualquer companhia, aberta ou fechada, acionistas representando, no mínimo, 5% das ações votantes, ou 5% das ações não votantes, têm o direito de convocar a assembleia geral, para deliberar a instalação do

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 115.

conselho fiscal, se os órgãos da administração não o fizerem, no prazo de oito dias após o pedido de convocação.

No entendimento de Modesto Carvalhosa, considerando que a alínea *d* do parágrafo único do art. 123 da LSA foi inserida pela Lei n. 9.457/97, está derogada a exigência do art. 161, § 2º, do mínimo de 10% para os detentores de ações ordinárias solicitarem a instalação do conselho fiscal, pois, ao se poder com o percentual mínimo de 5% das ações com direito a voto convocar a assembleia geral para a instalação do órgão, também com esse mesmo percentual seria permitido requerer a instalação do conselho em assembleia geral em curso.⁹⁸

No mesmo sentido, Nelson Eizirik.⁹⁹

O processo de constituição e eleição dos membros do conselho fiscal está previsto no art. 161, § 4º, da LSA:

Art. 161. (...)

§ 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, 1 (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.

Observa-se que a composição do conselho fiscal compreende a realização de até três eleições: (i) a do conselheiro (e suplente) representante dos preferencialistas sem direito a voto ou com voto restrito; (ii) a do conselheiro (e suplente) representante dos minoritários com direito a voto, desde que representem 10% ou mais do capital votante da companhia; (iii) a do conselheiro (e suplente) representante do acionista controlador, que sempre terá a maioria no órgão.

Deve-se lembrar de que a prerrogativa que tem o acionista controlador de eleger a maioria dos membros do conselho fiscal está em sintonia com o princípio

⁹⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 593-594.

⁹⁹ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 431.

majoritário e não constitui, por si só, um empecilho à participação das minorias na fiscalização da empresa.

De todo modo, convém mencionar que, para o IBGC, é boa prática de governança os controladores abrirem mão de tal prerrogativa.¹⁰⁰

No caso de sociedades de economia mista (LSA, art. 240), os acionistas não controladores, detentores de ações ordinárias e preferenciais, terão direito a eleger, cada qual, um membro e respectivo suplente do conselho fiscal, independentemente de qualquer percentual de participação no capital social da companhia.

5.3 Funcionamento (permanente ou não permanente)

O conselho fiscal é um órgão de existência obrigatória, mas seu funcionamento é facultativo, dependendo da vontade dos acionistas da companhia (art. 161, *caput*). Há duas hipóteses em que o conselho fiscal tem funcionamento permanente: nas sociedades de economia mista (LSA, art. 240); ou se prevista a permanência no estatuto.¹⁰¹

A eleição do conselho fiscal não precisa ocorrer necessariamente em assembleia geral ordinária. De acordo com o art. 161, § 3º, da LSA, o pedido de funcionamento do órgão poderá ser feito em qualquer assembleia geral, mesmo na extraordinária, que elegerá seus membros mesmo que a matéria não conste do

¹⁰⁰ A orientação dada pelo IBGC é para que “os sócios controladores abram mão da prerrogativa de eleger a maioria dos membros, elegendo o mesmo número de conselheiros que os indicados pelos minoritários e preferencialistas, permitindo, assim, que o último membro do conselho fiscal seja eleito por sócios que representem a maioria do capital social, aí incluídos detentores de ações ordinárias e preferencialistas, em assembleia na qual cada ação – independentemente de espécie ou classe – corresponda a um voto” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Guia de orientação para o conselho fiscal*. 2. ed. Coordenação de Roberto Lamb e João Verner Juenemann. São Paulo: IBGC, 2007. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/1.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2016, p. 16).

¹⁰¹ Em pesquisa realizada pela *Capital Aberto*, identificou-se que, numa amostra composta por 80 companhias (cujas ações são as mais líquidas da Bolsa), 31 delas possuíam conselho fiscal de funcionamento permanente, o que significa menos de 40% das companhias da amostra (CARTA CAPITAL. *Por que a sua companhia não tem um conselho fiscal permanente?*. Edição 84, 2010. Disponível em: <<https://capitalaberto.com.br/temas/por-que-a-sua-companhia-nao-tem-um-conselho-fiscal-permanente/#.V593iTFTFMt>>. Acesso em: 1º ago. 2016). Itaúsa, Itaú Unibanco Holding, Gafisa, Natura, Banco Santander e Gol são exemplos de companhias cujos estatutos sociais preveem um conselho fiscal de funcionamento não permanente. O funcionamento permanente do órgão está previsto em companhias como o Banco Bradesco, Petrobras, Sadia e Ambev.

anúncio de convocação. A matéria não precisa nem mesmo constar da ordem do dia.

Isso porque a eleição ou destituição dos administradores e fiscais é matéria de máxima importância para a companhia, o que justifica a deliberação sobre a matéria independentemente de constar ou não do edital de convocação, o que é uma exceção à sistemática legislativa das assembleias gerais das sociedades anônimas.¹⁰²

Esse entendimento é reforçado pelo art. 132, III, da LSA, que esclarece que a assembleia geral ordinária elegerá os administradores e os membros do conselho fiscal, “se for o caso”.¹⁰³

É admissível a existência do conselho fiscal sem funcionamento e também sem instalação ou eleição dos seus membros. Atente-se que é facultativa a instalação do órgão, e não a sua existência. Se os acionistas entenderem que o funcionamento do conselho é desnecessário, eles não necessitam eleger os conselheiros.¹⁰⁴

O funcionamento do conselho fiscal pode ser resumido a três possibilidades:¹⁰⁵

- a) o conselho fiscal poderá ser eleito na assembleia geral ordinária e entrar em funcionamento desde então, conforme a vontade dos acionistas;
- b) o conselho fiscal poderá ser eleito pela assembleia geral ordinária, mas não entrar desde já em funcionamento, podendo ser ativado a pedido de acionistas que representem um décimo das ações com direito a voto, ou 5% das ações sem direito a voto;¹⁰⁶

¹⁰² FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Assembleias gerais. In: Maria Eugênia Finkelstein e Marcelo Martins Proença (Coord.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Série GVlaw), p. 149.

¹⁰³ Modesto Carvalhosa esclarece que, se o conselho fiscal for de funcionamento permanente, a assembleia geral ordinária tem competência exclusiva para eleger seus membros e fixar-lhes a remuneração, substituições e destituições. Já se o órgão for de funcionamento não permanente, a eleição dos respectivos membros e demais assuntos poderão ocorrer tanto em assembleia geral ordinária quanto em extraordinária (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, p. 1.114).

¹⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 257-258.

¹⁰⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, p. 231.

¹⁰⁶ A CVM, ao apreciar Recurso interposto pela Souza Cruz, sobre matéria concernente ao mecanismo de funcionamento do conselho fiscal, manteve entendimento da SEP, no sentido de

- c) o conselho fiscal poderá não ser desde logo eleito, mas os acionistas podem decidir pela eleição em qualquer assembleia, solicitando sua instalação e funcionamento, desde que representem um décimo das ações com direito a voto, ou 5% das ações sem direito a voto.

A vigência do mandato dos conselheiros fiscais cessa na primeira assembleia geral ordinária, podendo os membros (efetivos e suplentes) ser reeleitos. A renovação da manutenção do órgão também poderá ser feita em cada assembleia.

Uma questão que deve ser examinada com cuidado diz respeito à possibilidade legal de o funcionamento do conselho fiscal ser permanente ou não permanente.

A esse respeito, a doutrina tem posições diversas.

Alexandre Tavares Guerreiro¹⁰⁷ entende que a possibilidade legal de o conselho fiscal ser de funcionamento não permanente frustra o objetivo do instituto na função de tutela das minorias acionárias, dado que viola o direito à informação de que não podem ser privados os acionistas, mais especificamente os minoritários, impedindo a fiscalização da gestão dos negócios sociais.

Para Waldirio Bulgarelli¹⁰⁸, o exercício regular do conselho fiscal é útil e necessário, sobretudo a certos tipos de companhias, como as abertas e aquelas que administram atividades voltadas para a captação, guarda e aplicação das poupanças populares, dado que aí há interesses relevantes a proteger.

No mesmo sentido, Benedito Garcia Hilário¹⁰⁹ entende de fundamental importância a ação do conselho fiscal no caso de companhias de capital aberto, pois, dada a gama complexa de atos que realizam, a possibilidade de um controle individual do acionista seria remota.

que o quórum de instalação (art. 161, § 2º) e o de eleição (art. 161, § 4º) do conselho fiscal não se confundem. A ausência de participação acionária suficiente para que os acionistas, de que trata o art. 161, § 4º, a, da LSA, possam eleger em separado um membro do conselho fiscal, não constitui impedimento à constituição do órgão, quando preenchido o quórum específico para tanto (CVM. PAS. RJ 2007/3246 e 2006/5701. Reg. n. 5.489/2007. Rel. Marcelo Fernandez Trindade. s.j. 10.7.2007. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0003/5489-0.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

¹⁰⁷ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O conselho fiscal e o direito à informação. *Revista de Direito Mercantil* n. 45, São Paulo, Malheiros, p. 29-34, jan./mar. 1982, loc. cit.

¹⁰⁸ BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 84-88.

¹⁰⁹ HILÁRIO, Benedito Garcia. Conselho fiscal da sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil*, n. 12, p. 55-70, 1973, p. 58.

Posição diversa tem Modesto Carvalhosa¹¹⁰, para quem a possibilidade de funcionamento não permanente do conselho fiscal pode dar eficiência ao órgão, “na medida em que os minoritários e preferencialistas, quando interessados, é que tornarão o órgão instrumento ativo e, portanto, efetivo do controle da legalidade e da legitimidade dos atos dos administradores”.

Mesma linha segue Fábio Ulhoa Coelho¹¹¹ ao considerar que, à exceção das sociedades de economia mista, se os acionistas consideram desnecessário inserir no estatuto social previsão de funcionamento permanente do conselho fiscal, como instrumento de fiscalização, simplesmente não elegem os seus membros, ficando o conselho desativado, embora o órgão exista e possa ser ativado quando os acionistas julgarem necessário.

Esses dois últimos entendimentos parecem estar em linha com o espírito que norteou a elaboração da LSA, cujas normas são assentadas na liberdade dos sócios, desburocratizando a empresa e eliminando regulamentações excessivas e minuciosas, a fim de que possam orientar a empresa de forma mais eficiente e criativa, com respaldo na responsabilidade para os que abusarem dessa liberdade.¹¹²

Além do mais, exigir o funcionamento do conselho fiscal, mesmo nas companhias abertas, seria incorrer novamente no formalismo do sistema anterior que se pretende evitar.

Não obstante, é questão de prudência que, quando da decisão pelos acionistas a respeito da permanência ou não do funcionamento do conselho fiscal, alguns aspectos sejam levados em consideração, como o ramo comercial da companhia, o risco inerente a sua atividade, seu porte, a dispersão das ações no mercado, assim como os custos envolvidos na manutenção do órgão, nos termos da orientação do IBGC.¹¹³

¹¹⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 593.

¹¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 257.

¹¹² LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da lei de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, n. 7, São Paulo, RT, p. 123-158, 1972. p. 138.

¹¹³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Guia de orientação para o conselho fiscal*. 2. ed. Coordenação de Roberto Lamb e João Verner Juenemann. São Paulo: IBGC, 2007. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/1.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2016. p. 13.

Importa-nos neste trabalho também identificar se o funcionamento não permanente do conselho fiscal fere algum direito essencial do acionista ou de terceiros.

Conforme estabelece o art. 109, III, da LSA, é direito essencial do acionista fiscalizar a gestão dos negócios sociais, na forma prevista na lei. A lei disponibiliza várias formas que possibilitam a fiscalização da empresa por parte dos acionistas, sendo o conselho fiscal uma delas.

Em outras palavras, o direito essencial do acionista não é o de funcionamento permanente do conselho, mas o de fiscalização, que poderá ser exercido, por exemplo, por atuação individual do acionista, nos termos da lei.

Nessa perspectiva, Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado¹¹⁴ lembram que o direito à fiscalização pode ser exercido tanto por meio do conselho fiscal quanto por pedido de exibição de livros, ou seja, os acionistas (minorias ou não) também podem agir sem recorrer ao conselho fiscal.

O acionista tem direito de acesso aos livros da sociedade (LSA, art. 105), ao relatório da administração, às demonstrações financeiras e demais documentos a serem deliberados em assembleia (LSA, arts. 124, § 6º, e 133, I e § 3º), documentos esses que são exemplos de informações relevantes da companhia, cujo conhecimento possibilita que o acionista exerça seu direito à fiscalização.

Acrescente-se a isso o direito que todos os acionistas têm (inclusive os acionistas sem direito a voto) de participar dos debates nas assembleias gerais da companhia, onde podem ter acesso às demonstrações financeiras e demais informações que solicitarem, o que os habilita a discutir os assuntos ligados à administração da companhia.

Destaque-se ainda que a previsão de auditoria independente das demonstrações financeiras (LSA, art. 177, § 3º, para as companhias abertas; Lei n. 11.638/2007, art. 3º, para as fechadas de grande porte) é também um mecanismo legal de fiscalização da companhia.

¹¹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. Proteção ao acionista minoritário no Brasil: breve histórico, estrutura legal e evidências empíricas. *Artigos DireitoGV*, p. 27, dez. 2010. p. 19-20.

Dessa maneira, verifica-se que o funcionamento não permanente do conselho fiscal não contraria a lei, pois não é, por si só, um obstáculo ao exercício do direito essencial de fiscalizar.

5.4 Competências

Na doutrina, são encontradas várias abordagens acerca das competências do conselho fiscal, as quais revelam concepções diversas acerca das características inerentes ao órgão, mais notadamente no tocante à abrangência da sua esfera de atuação.

Rubens Requião¹¹⁵ destaca a ampliação das atribuições do órgão pela lei atual, comparativamente ao regime anterior:

...deixou de extinguir-se o conselho fiscal, embora a inocuidade das suas funções no regime da lei anterior, para ter agora sua atuação ampliada. Com efeito, deixou o conselho fiscal de ser um simples órgão de fiscalização das contas, para ser um órgão também de vigilância dos atos da administração. Viu, pois, suas funções expressivamente alargadas, em benefício da companhia.

Modesto Carvalhosa¹¹⁶ ressalta o poder – de que se revestem os conselheiros fiscais – de verificar se os atos dos administradores estão de acordo com a lei e os estatutos. O mérito dos negócios financeiros, a fim de constatar sua adequação ao fim social, também é identificado no âmbito de competência do órgão:

A principal atribuição do conselho fiscal é a de exercer o controle da legalidade e da legitimidade das contas e da gestão financeira dos administradores. (...) Já o controle de legitimidade não se restringe ao aspecto meramente formal da gestão financeira dos administradores. Toma em consideração o mérito desses negócios financeiros, para verificar a sua consonância com o interesse social e os fins próprios da companhia. (...) Consequentemente, o conselho fiscal não é apenas fiscal dos negócios e do controle financeiro e contábil da companhia, mas da própria atuação dos administradores nesse ponto específico.

¹¹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, p. 297.

¹¹⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 639.

Nelson Eizirik¹¹⁷ aponta como função primordial do órgão “a permanente fiscalização sobre os órgãos da administração da companhia, referentemente às contas e à legalidade e regularidade dos atos de gestão”.

Mesmo entendimento tem Fábio Ulhoa Coelho¹¹⁸, ao assinalar que o conselho fiscal, no desempenho de suas atribuições, “requisita informações, examina documentos e opina sobre a legalidade e adequabilidade contábil dos atos da administração, tendo ao seu alcance todos os meios indispensáveis ao exercício de sua competência”.

José Alexandre Tavares Guerreiro¹¹⁹ acentua o caráter informativo do órgão:

O conselho fiscal é, por excelência, e a bem dizer por definição, órgão destinado a transmitir aos acionistas as informações de que necessitam, quer para exercerem o direito essencial de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, quer para que possam votar, na assembleia geral, com conhecimento de causa.

Sob o ponto de vista legal, as principais competências do conselho fiscal estão relacionadas no art. 163 da LSA, como já mencionado. Há outras atribuições disciplinadas de forma esparsa na lei, como a convocação da assembleia, nos termos do art. 123, a, da LSA.

Comparativamente ao anterior Decreto-lei n. 2.627/40, nota-se que o legislador optou por especificar com mais clareza suas atribuições e dotá-lo de novos meios de atuação.¹²⁰

¹¹⁷ EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. e do mercado de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 111.

¹¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, loc. cit.

¹¹⁹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O conselho fiscal e o direito à informação. *Revista de Direito Mercantil* n. 45, São Paulo, Malheiros, p. 29-34, jan./mar. 1982, loc. cit.

¹²⁰ Quanto à atuação do conselho fiscal no anterior regime do Decreto-lei n. 2.627/40 (art. 127), Modesto Carvalhosa observa que: “fundamentalmente, incumbia aos membros do conselho fiscal <examinar, em qualquer tempo, pelo menos de três em três meses, os livros e papéis da sociedade, o estado da caixa e da carteira, devendo os diretores ou liquidantes fornecer-lhes as informações solicitadas>”. Assim, o órgão era “meramente homologatório das contas dos diretores” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 628). No mesmo sentido, Rubens Requião aponta que, quando da vigência do Decreto-lei n. 2.627/40, “o conselho fiscal era apenas um órgão de fiscalização da companhia (...) permitia-se a eleição de qualquer pessoa, mesmo notoriamente sem conhecimentos técnicos de contabilidade ou de auditoria. Esse regime de plena liberdade de escolha dos conselheiros foi severamente criticado por nossos autores, pois a fiscalização da sociedade era apenas ilusória. Nomeavam-se, por nomenclatura, para compor o órgão, amigos dedicados e por vezes complacentes, os quais assinavam de favor os pareceres periódicos, mediante uma remuneração ridícula e simbólica. Isso levou ao descrédito do conselho fiscal e

A atuação do conselho fiscal poderá ocorrer de duas formas: colegiada ou individual.

De acordo com o art. 163 da LSA, há matérias que somente o colegiado do conselho fiscal pode deliberar (incisos II, III, V, VI, VII e VIII e §§ 5º e 8º), nas quais prevalecerá o princípio majoritário. Há competências, porém, que o membro pode exercer individualmente, independentemente da atuação dos demais conselheiros (incisos I e IV e §§ 2º e 4º do art. 163; e parágrafo único do art. 164).

As competências atribuídas ao colegiado dizem, em regra, respeito à fiscalização das contas apresentadas pela administração, incumbindo ao conselho fiscal manifestar-se sobre o relatório anual, balancetes e demais demonstrações financeiras periódicas (no mínimo, trimestralmente) e demonstrações financeiras do exercício social. Esses documentos são de produção obrigatória pela companhia.

A lei societária indica que, em princípio, não é da competência do conselho fiscal fazer juízo de conveniência e oportunidade acerca dos atos de gestão dos administradores.

Nesse ponto, Waldirio Bulgarelli¹²¹ chama a atenção para a linguagem utilizada na descrição das competências do conselho fiscal, voltadas principalmente

muitos passaram a exigir sua extinção. (...) Não se propôs, porém, sua extinção. O conselho fiscal, na lei resultante, teve suas funções ampliadas, não se cingindo, como era antes, à fiscalização das contas, mas também à fiscalização dos atos dos administradores, acrescentando as de informação da assembleia geral” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 292-293).

¹²¹ Segundo Waldirio Bulgarelli: “a leitura dos arts. 163 e 164 revela a seguinte ordem de verbos: <fiscalizar, verificar, opinar, denunciar, sugerir, convocar, analisar, examinar, solicitar, escolher, informar, comparecer e responder>, todos obviamente com seus significados próprios, mas guardando, em sua maioria, uma linha comum significatória. Veja-se que, com certa liberdade semântica, podem ser agrupados os verbos <fiscalizar, verificar, analisar, examinar>, tomando-os com o sentido de controlar, fiscalizar, acompanhar a regularidade e a licitude, deixando manifesta a ideia de execução, de atividade, de ação. Já os verbos <opinar, sugerir, informar> agrupam-se com o significado de exprimir uma posição informativa que atinge seu ponto extremo no verbo <denunciar>, refletindo menos ação ou execução e mais análise crítica, avaliação técnica e caracterização jurídica. O verbo <comparecer>, que está referido às reuniões da Assembleia Geral (art. 164), às do Conselho de Administração e da Diretoria (art. 163, § 3º), liga-se também estreitamente à ideia de opinar e de informar, pois para isso é que deverão comparecer os membros do Conselho. Já o verbo <denunciar> surge com um significado mais expressivo de informação sobre a existência de fraudes, crimes e ilicitudes, ligado à sugestão de providências (cf. inc. IV, do art. 163). No que respeita ao verbo <convocar>, trata-se de ação, de execução, pois tanto a convocação da Assembleia Geral como da Extraordinária, nos casos previstos no inc. V do art. 163, é ato manifestamente executório, decorrente de competência por substituição que, embora refugindo da linha marcante da atuação atribuída ao Conselho Fiscal, não a descaracteriza por força de sua expressa excepcionalidade” (BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico do conselho fiscal das S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 135-136).

para as ações de *exame, fiscalização, verificação, avaliação e análise*, por meio das quais realiza os atos de *informar, sugerir e denunciar*, o que denota que a esse órgão não cabem funções administrativas ou de gestão.

Cabe ainda ao conselho fiscal *opinar* sobre: a modificação do capital social; emissão de debêntures ou bônus de subscrição; planos de investimentos ou orçamentos de capital; distribuição de dividendos; transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia (LSA, art. 163, III).

Segundo definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o termo “opinar” significa “expor o que julga; dar o seu parecer; ser de opinião; dizer manifestando opinião; julgar; entender”.¹²²

Tal definição revela um significado valorativo para o verbo “opinar” expresso na norma.

Nessa linha, Nelson Eizirik entende que o art. 163, III, da LSA sugere certo grau de juízo valorativo ou de conveniência e oportunidade nas matérias de reorganizações societárias, modificação do capital social, entre outras, as quais são relevantes para a companhia e seus acionistas.¹²³

Na hipótese de o conselho fiscal necessitar apurar fato cujo esclarecimento seja necessário ao desempenho de suas funções, deverá formular as questões, com justificativa, a serem respondidas por perito, de notório conhecimento da matéria, escolhido em lista tríplice indicada pela diretoria, nos termos do art. 163, § 8º, da LSA.

As hipóteses de atuação individual do conselheiro foram ampliadas pela Lei n. 10.303/2001, passando a ser de competência do conselho, ou de qualquer conselheiro, individualmente: fiscalizar os atos dos administradores e verificar o cumprimento de seus deveres legais e estatutários; denunciar aos órgãos de administração e à assembleia geral eventuais erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à companhia; e apresentar e ler os pareceres e representações na assembleia geral.

¹²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Coord. Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 1.512.

¹²³ EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. e do mercado de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 112-118.

Qualquer membro do conselho fiscal tem a prerrogativa de solicitar esclarecimentos ou informações aos órgãos da administração, desde que relativos a sua função fiscalizadora (LSA, art. 163, § 2º).

A Lei n. 6.457/97 trouxe uma importante modificação no que se refere à atuação individual do conselheiro fiscal.

Antes da alteração, a competência para solicitar informações ou apuração de fatos aos auditores independentes da companhia era colegiada do conselho fiscal, por maioria de votos dos seus membros. Com a alteração da lei, a competência para essa matéria passa a ser individual do membro do conselho fiscal. Tal disposição consta do art. 163, § 4º, da LSA, que assim estabelece: “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”.

Considerando-se que não há relação de hierarquia entre o conselho fiscal e os demais órgãos da administração, qualquer solicitação de informações ou esclarecimentos aos administradores deve ser motivada e justificada. Nem a diretoria nem o conselho de administração devem obediência ao conselho fiscal. A eles cabe atender às solicitações do conselho fiscal caso decorram da lei ou do estatuto.¹²⁴

Outro ponto que merece ser destacado é a atividade concorrente que o conselho fiscal exerce em relação ao conselho de administração, ao qual também foi conferida a função fiscalizatória (LSA, art. 142, III, V e VI).¹²⁵

Entretanto, o dever de fiscalizar imposto ao conselho de administração não pode ser interpretado como uma exigência permanente e proativa do órgão, pois tal dever não pode se sobrepor ao dever de fiscalizar atribuído ao conselho fiscal (cuja

¹²⁴ A esse respeito, Waldirio Bulgarelli destaca o caráter preventivo do conselho fiscal, no que se refere aos atos do conselho de administração: “Conquanto a lei não tenha condicionado expressamente a deliberação sobre as matérias extraordinárias à manifestação do Conselho Fiscal, evidentemente essa participação do órgão se impõe, pelo prisma do caráter preventivo da sua atuação” (BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 146-149).

¹²⁵ Sobre o direito individual de fiscalização do membro do conselho de administração, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 512.418/SP, 3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 7.12.2014, DJU 1º.2.2015, no qual consta: “No tocante ao art. 142 da Lei das S/As, verifica-se que o exercício individual das atribuições conferidas ao conselho de administração é decorrência lógica das funções de fiscalização inerentes ao órgão do qual fazem parte os seus membros. Por certo, não se pode conceber a restrição aventada pelo recorrente sob pena de redução da capacidade do próprio conselho em fiscalizar os atos da diretoria”.

atribuição-fim é fiscalizar, nos termos do art. 163, I, da LSA), sob o risco de se criarem sobreposições orgânicas, prejudicando a independência dos órgãos entre si, garantida pelo art. 139 da LSA.¹²⁶

A função de fiscalização e supervisão por parte do conselho de administração pode ser exercida por meio da criação de comitês, sendo o mais importante o comitê de auditoria.¹²⁷

O IBGC já se pronunciou a respeito do comitê de auditoria, identificando-o como um comitê (criado no âmbito do conselho de administração) cuja atuação é voltada ao processo de supervisão e destacando as distinções entre suas atribuições e as do conselho fiscal:

O comitê de auditoria é um comitê criado no âmbito do conselho de administração para atuar em nome deste no seu processo de supervisão. O conselho fiscal, por determinação legal, é um órgão independente encarregado de fiscalizar os atos da administração. As atribuições do conselho fiscal e do comitê de auditoria são distintas. As responsabilidades de cada um são indelegáveis. Muitas das informações necessárias para a atuação do conselho fiscal serão, talvez, as mesmas necessárias para a atuação do comitê de auditoria, com diferenças, talvez, ainda, de ênfase, de escopo e de profundidade. A intenção de evitar duplicidades e conflitos de atuação será fundamental para a harmonia entre os dois órgãos e o volume de trabalho e informações a serem produzidos pela companhia para atender às suas demandas. Tanto quanto possível, ao longo do exercício, é recomendável a realização de reuniões conjuntas, especialmente nos momentos mais críticos relativamente à interpretação quanto à relevância e à importância das informações produzidas pela companhia. Tais reuniões conjuntas constituem oportunidades de harmonização e aprofundamento do entendimento da situação da companhia.¹²⁸

¹²⁶ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. Função e impacto das sociedades anônimas no sistema jurídico e econômico brasileiro. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (Coord.). *Sociedades anônimas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (Série GVLaw), p. 25. Opinião diversa tem Modesto Carvalhosa, para quem o controle da legalidade e da legitimidade dos atos dos diretores exercido pelo conselho de administração tem caráter permanente, abrangendo, inclusive, o mérito dos negócios praticados (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 217).

¹²⁷ Os comitês de auditoria são órgãos vinculados ao conselho de administração. Trata-se de grupos de trabalho encarregados de conhecer pormenorizadamente dados fornecidos pela diretoria, a fim de que sejam examinados, bem como encaminhadas as respectivas conclusões ao conselho de administração, para que este possa deliberar com mais propriedade matérias que demandam parecer técnico ou profissional. É atribuição do comitê de auditoria conhecer detalhadamente os pareceres dos auditores externos sobre as contas da companhia, reportando suas conclusões ao conselho de administração. Tais comitês correspondem, em parte, aos *committees* da prática societária norte-americana e às *comissions d'études* do direito francês (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 229-230).

¹²⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Guia de orientação para o conselho fiscal*. 2. ed. Coordenação de Roberto Lamb e João Verner Juenemann. São Paulo: IBGC, 2007. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/1.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2016. p. 31-32.

A LSA não faz referência direta ao comitê de auditoria. Este terá o *status* de órgão técnico e consultivo previsto no art. 160 da lei.

A partir da publicação da Lei *Sarbanes-Oxley*, o comitê de auditoria passou a ser objeto de normas dos órgãos regulatórios e do mercado.

O BACEN passou a exigir a implantação do comitê nas instituições financeiras brasileiras enquadradas na Resolução n. 3.198/2004, restringindo sua aplicação às instituições de grande porte (art. 10), tendo em vista os custos de implantação.

A interação entre conselho fiscal e comitê de auditoria, quando existente na companhia, ganhou importância após a publicação da Lei *Sarbanes-Oxley* nos Estados Unidos, em 2002.

5.5 Conselho fiscal e comitê de auditoria – Lei *Sarbanes-Oxley*

A Lei *Sarbanes-Oxley* (SOX) foi promulgada nos Estados Unidos em julho/2002, com o objetivo de proteger os investidores do mercado de capitais dos EUA.¹²⁹

Uma das alterações introduzidas pela SOX que afetam as companhias abertas brasileiras com papéis negociados nos EUA é a obrigatoriedade de constituição de um comitê de auditoria (*audit committee*).¹³⁰

A SOX define “comitê de auditoria” na seção 205 como um órgão estabelecido pelo *board of directors* (equivalente ao conselho de administração da legislação brasileira) cuja finalidade é supervisionar o processo de elaboração dos relatórios contábeis e demonstrações financeiras da companhia, assim como dos trabalhos da auditoria independente.¹³¹

¹²⁹ American Congress. S. 2673 – *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002. Law Sarbanes-Oxley*. July, 2002. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/107th-congress/senate-bill/2673/text>>. Acesso em: 25 set. 2016.

¹³⁰ As regras da SOX a respeito do comitê de auditoria das companhias abertas são regulamentadas pela Securities and Exchange Commission (SEC). Disponível em: <http://www.sec.gov/rules/proposed/34-47137.htm#P113_18819>. Acesso em: 25 set. 2016.

¹³¹ Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

A SOX exige que os membros do comitê de auditoria sejam considerados independentes, com base no critério de independência previsto na seção 301 – Regra 10A-3.¹³²

A conveniência da adoção do comitê de auditoria (exigido pela SOX), do conselho fiscal (previsto pela LSA) ou de uma mistura dos dois órgãos foi debatida por ocasião da 18ª Mesa de Debates promovida em 2009 pelo *Audit Committee Institute* da KPMG Brasil.¹³³

Segundo o estudo, em 2005 as companhias brasileiras listadas nas Bolsas norte-americanas puderam escolher entre adotar um comitê de auditoria ou um conselho fiscal (adaptado às exigências da SOX) para participar de seu mercado acionário.

Tal possibilidade decorreu do reconhecimento da SEC de que em algumas jurisdições estrangeiras, como a do Brasil, as companhias possuíam órgãos que poderiam supervisionar o trabalho de auditoria.

Acolhendo as particularidades do regime jurídico brasileiro, a SEC permitiu que as companhias brasileiras utilizassem o próprio conselho fiscal para atender às exigências da SOX. Essa solução acabou por conciliar as exigências do órgão regulador americano com o sistema legal brasileiro.

Um ponto de alerta foi a possibilidade de ocorrer superposição de funções do comitê de auditoria com a competência do nosso conselho fiscal, além dos custos adicionais envolvidos na manutenção dos dois órgãos.

Nos debates, concluiu-se que o conselho fiscal exerce um controle mais independente das atividades da empresa (LSA, art. 162, § 2º, e art. 154, § 1º), por não estar subordinado aos órgãos da administração; já o comitê de auditoria, por fazer parte da administração, tem melhores condições de fazer um controle preventivo do que o conselho fiscal, dada sua interação com a administração da companhia.

Nesse sentido, Sidney Ito aponta que o conselho fiscal é um órgão eleito pela assembleia geral que representa os acionistas, inclusive os acionistas minoritários;

¹³² Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

¹³³ Disponível em: <http://www.kpmg.com.br/aci/publicacoes/2009/18_mesa_debates.pdf>. Acesso em: 27 set. 2016.

trata-se, por princípio, de um órgão desvinculado da administração, haja vista que foi instalado justamente para fiscalizá-la.¹³⁴

Observe-se que, na decisão pela adoção de um ou outro órgão, as companhias devem analisar se as regras exigidas para o conselho fiscal, adaptado às exigências da SOX, são compatíveis com a legislação brasileira.¹³⁵

Como exemplo, pode-se citar a escolha, a destituição e a supervisão dos auditores independentes que, de acordo com a legislação brasileira (LSA, art. 142), competem ao conselho de administração, sendo tal prerrogativa indelegável (LSA, art. 139).

Tal norma é incompatível com a determinação da SEC de que o conselho fiscal, quando imbuído da função de comitê de auditoria, deve ter a prerrogativa de escolher e destituir os auditores independentes, além de supervisionar sua atuação, ainda que por delegação de poderes (seção 205 e 301 – Regra 10A2).¹³⁶

Há que se lembrar de que, assim como as prerrogativas do conselho de administração são indelegáveis, as atribuições e poderes conferidos aos membros do conselho fiscal também não podem ser atribuídos a outro órgão da companhia (LSA, art. 161, § 7º). Isso significa que, sob o ponto de vista legal, não é permitido substituir o conselho fiscal pelo comitê de auditoria.

Em decorrência, o conselho fiscal “adaptado” pode fazer o papel de comitê de auditoria perante a SEC; no entanto, um comitê de auditoria não pode fazer o papel de conselho fiscal perante o ordenamento jurídico nacional.¹³⁷

¹³⁴ ITO, Sidney. *Governança corporativa e Sarbanes-Oxley: o dia seguinte*. São Paulo: KPMG Business Magazine, 2005. v. 3, p. 4-5.

¹³⁵ O estatuto social de empresas brasileiras listadas nos EUA pode prever normas reguladoras do funcionamento do conselho fiscal para atender às exigências da SEC, desde que não conflitem com a legislação brasileira. Como exemplo, pode-se citar o estatuto social da CEMIG, que assim dispõe: “Artigo 25. Competem ao Conselho Fiscal as atribuições fixadas na Lei de Sociedades por Ações, bem como, no que não conflitar com a legislação brasileira, aquelas requeridas pelas leis dos países em que as ações da Companhia são listadas e negociadas, na forma do seu Regimento”.

¹³⁶ Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

¹³⁷ A CVM, ao apreciar recurso interposto pela Souza Cruz, sobre matéria concernente ao mecanismo de funcionamento do conselho fiscal, manteve entendimento da SEP, no sentido de que o conselho fiscal é órgão de existência obrigatória, devendo ser instalado sempre que solicitado pelos acionistas que detenham participação societária suficiente para tanto, mesmo que a companhia tenha constituído comitê de auditoria. A CVM afirmou, também, que não cabe à companhia fazer juízo a respeito da utilidade ou não do conselho fiscal, dado que é órgão de existência obrigatória, cujas atribuições são indelegáveis (CVM. *PAS RJ 2007/3246 e 2006/5701*. Reg. n. 5.489/2007. Rel. Marcelo Fernandez Trindade. s.j. 10.7.2007. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisooes/anexos/0003/5489-0.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016

Apesar de o conselho fiscal poder “atuar como um comitê de auditoria” para fins das exigências da SEC, ele não poderá exercer esse papel perante as normas brasileiras, haja vista que não é órgão auxiliar do conselho de administração, mas um órgão de fiscalização dos administradores, inclusive dos conselheiros de administração.

5.6 Remuneração dos conselheiros fiscais

A remuneração dos membros do conselho fiscal está prevista no art. 162, § 3º, segundo o qual será aquela fixada pela assembleia geral que os eleger, não podendo ser inferior a 10%, para cada membro, da que, em média, for atribuída a cada diretor, sem o cômputo de eventuais benefícios, verbas de representação e participação nos lucros.

A companhia deverá arcar com os custos necessários ao exercício das funções dos conselheiros fiscais, tais como custos de locomoção e estadia.

Antes das modificações introduzidas pela Lei n. 9.457/97, a LSA era omissa quanto à obrigatoriedade de a companhia arcar com os custos de locomoção e estadia. Com a nova redação dada ao art. 162, § 3º, da LSA, supriu-se a lacuna da lei, restando claro que tais despesas deverão ser arcadas pela companhia.

A Lei n. 9.457/97 estabelece que a base sobre a qual é aplicado o percentual de remuneração dos conselheiros fiscais não deve incluir benefícios diretos e indiretos dos diretores (planos de saúde e aposentadoria, aluguel de automóvel, participação nos lucros etc.).

5.7. Pareceres do conselho fiscal – Disponibilização aos acionistas

A Lei n. 10.303/2001, com o objetivo de proporcionar aos acionistas mais transparência acerca das atividades da companhia, trouxe várias alterações no que se refere a prazos para convocação de assembleias gerais e à divulgação de informações sobre as matérias a serem debatidas.

Uma dessas modificações foi a inclusão do inciso IV no art. 133 da LSA, dispositivo este que introduz a obrigatoriedade de disponibilização ao acionista, até

um mês antes da data da assembleia geral ordinária, do parecer do conselho fiscal, inclusive mencionando votos dissidentes, se houver.

É necessária a disponibilização aos acionistas de todos os pareceres cuja elaboração caiba ao conselho fiscal, relativos às matérias a serem discutidas e aprovadas na assembleia. São exemplos os pareceres sobre:¹³⁸

- a) o relatório anual da administração (LSA, art. 163, II);
- b) as propostas dos órgãos da administração relativas à distribuição de dividendos (LSA, art. 163, III);
- c) as demonstrações financeiras do exercício social (LSA, art. 163, VII).

No entender de Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, não basta mencionar quais foram os votos vencidos, mas é preciso também divulgar o conteúdo completo desses votos, a fim de que os acionistas possam avaliá-los e melhor formar seu convencimento acerca das respectivas matérias.¹³⁹

Nota-se que o art. 164 da LSA também trata da apresentação dos pareceres do conselho fiscal aos acionistas, assim dispendo:

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 n. 10.303, de 2001.*)

Há que se analisar se há um conflito entre as duas normas acima citadas, quais sejam, a do art. 164 e a do art. 133, IV, pois parecem dispor diferentemente sobre o mesmo assunto.

A leitura dos artigos revela que são impostas duas obrigações distintas à companhia, quais sejam: a disponibilização aos acionistas do parecer do conselho fiscal com antecedência de um mês da data da assembleia (LSA, art. 133, IV); e o comparecimento do conselheiro na assembleia para prestar informações aos acionistas, assim como, se for o caso, a apresentação e a leitura dos pareceres na assembleia (LSA, art. 164, *caput* e parágrafo único).

¹³⁸ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 253.

¹³⁹ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 253.

Dessa forma, a obrigação estabelecida pelo art. 133, IV, em nada confronta com a regra do art. 164. Além da divulgação antecipada dos pareceres, ou antes da assembleia geral, deverá ao menos um dos membros do conselho fiscal comparecer à assembleia a fim de prestar os esclarecimentos necessários solicitados pelos acionistas, o que não impede a leitura dos respectivos pareceres na assembleia.

A LSA não exige a publicação do parecer do conselho fiscal.

Modesto Carvalhosa entende que a não publicidade é compensada pelo direito do acionista de solicitar sua leitura na assembleia geral e pela obrigatoriedade da presença de pelo menos um dos membros do conselho fiscal na assembleia.¹⁴⁰

Para Maria Eugênia Finkelstein¹⁴¹, uma vez que a publicação do parecer do conselho fiscal não é necessária, ele deverá ser necessariamente lido na assembleia geral.

A lei societária é omissa quanto ao prazo que a administração tem para entregar ao conselho fiscal os documentos necessários para que este possa emitir seu parecer (relatório da administração, parecer da auditoria independente, demonstrações financeiras etc.).

É razoável supor que a administração deve disponibilizar as informações em prazo hábil para que o conselho fiscal possa preparar seu parecer e entregá-lo com um mês de antecedência da assembleia geral ordinária, conforme determina o inciso IV do art. 133.

Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik entendem que esse prazo não deve ser inferior a dez dias.¹⁴²

Observamos que os pareceres do conselho fiscal também devem ser entregues à administração em tempo hábil para que esta possa colocá-los à disposição dos acionistas, assim como enviá-los às bolsas de valores (art. 124, § 6º).

Caso encontre dificuldades em obter as informações e os documentos necessários para elaborar seu parecer, ou havendo recusa por parte da administração em fornecê-los, cabe ao conselho fiscal convocar assembleia geral

¹⁴⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 654.

¹⁴¹ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Assembleias gerais. In: Maria Eugênia Finkelstein e Marcelo Martins Proença (Coord.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Série GVlaw), p. 162.

¹⁴² CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 254.

com a finalidade de deliberar a propositura de ação de responsabilidade contra o administrador, pelos prejuízos causados à companhia, nos termos do art. 159 da LSA, combinado com o art. 186 do CC.

Já se a administração da companhia entregar as informações em tempo razoável ao conselho fiscal e este não disponibilizar oportunamente seu parecer, os conselheiros fiscais responderão solidariamente por eventuais prejuízos causados à companhia ou a seus acionistas, pelo descumprimento do seu dever legal (art. 158, § 2º).

6. DEVERES E RESPONSABILIDADES DOS CONSELHEIROS FISCAIS

6.1 Contextualização do tema

Conforme o art. 165 da LSA, os conselheiros fiscais “têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os arts. 153 a 156 da LSA 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 estatuto”.

Os arts. 153 a 156 da LSA definem os deveres, as responsabilidades e os padrões de comportamento dos administradores. Devem os conselheiros fiscais observar os mesmos deveres de diligência, de lealdade, de empenho no cumprimento da finalidade da empresa, além do respeito às regras relativas a conflito de interesses aplicáveis aos membros da administração.

De acordo com a Exposição de Motivos n. 196 da LSA, essas regras têm como fundamento a proteção às minorias acionárias: “É Seção da maior importância no Projeto porque procura fixar os padrões de comportamento dos administradores, cuja observância constitui a verdadeira defesa da minoria e torna efetiva a imprescindível responsabilidade social do empresário”.

Interessante notar que o legislador sentiu necessidade de deixar expressos os deveres de diligência e lealdade dos administradores, deveres estes que, a nosso ver, estão implícitos na descrição das competências do órgão.

José Anchieta da Silva¹⁴³ considera que o texto legal é reflexo da sua época e do ambiente em que se vive, entendendo que esses dispositivos seriam dispensáveis, não fosse o ambiente propício à prática de improbidades. Os deveres e responsabilidades atribuídos aos administradores podem ser pensados levando-se em conta que nas sociedades de capitais, como é o caso da sociedade anônima, inexistem um elo entre os acionistas como o que se apresenta nas sociedades entre pessoas (*affectio societatis*).¹⁴⁴

¹⁴³ SILVA, José Anchieta da. *O conselho fiscal nas sociedades anônimas brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 120.

¹⁴⁴ A figura da *affectio societatis* mantém-se presente na doutrina e na jurisprudência brasileira como um elemento afetivo que une um sócio aos demais sócios e à sociedade, com vistas a um fim comum.

A ausência desse vínculo pessoal entre os sócios faz com que o princípio da fidelidade à sociedade seja um atributo necessário aos sócios para orientar o comportamento do acionista dentro da sociedade (LSA, art. 115).¹⁴⁵

Se o acionista é vinculado por um dever ético para com a sociedade, com mais fortes razões deve o administrador pautar sua atuação com base em princípios éticos para com a empresa, o que justificaria a lei reiterar expressamente o dever de lealdade do administrador.

Os deveres e responsabilidades legais dos administradores devem ser compreendidos levando-se em conta também a estrutura societária das companhias brasileiras.

Em nosso direito, existe uma hierarquia de funções: acionistas controladores direcionam a política da sociedade; e administradores executam tais políticas e administram a sociedade. Disso resulta que a decisão negocial, em nosso direito, é atribuída aos controladores (*policy makers*), sendo os administradores os responsáveis por administrar a companhia e obedecer às diretrizes dadas pelos que detêm o controle.¹⁴⁶

Situação diferente ocorre em sociedades com capital disperso (LSA, art. 137, II, *b*), nas quais tal divisão de atribuições deixa de existir. Nelas, os administradores assumem, além da gestão, o comando da companhia, pois deixou de existir, em caráter permanente, a maioria absoluta do capital social que configura o controle, passando a existir o comando de fato dos administradores.

Parte da doutrina considera esse conceito ultrapassado para entender o elemento constitutivo do contrato de sociedade, propondo a substituição desse termo pelo conceito de *fim comum* (nesse sentido, Erasmo Valladão e Marcelo Vieira Von Adamek). Há uma tendência majoritária, pelos Tribunais de Justiça de São Paulo, em utilizar o termo *affectio societatis* no tocante a casos de dissolução parcial de sociedades. A esse respeito, vide artigo: ZANGALI, Haissa Vivi; THIEME, Paula Thieme Kaguejama. A consistência na utilização da *affectio societatis* nos julgados referentes à dissolução parcial e à exclusão de sócio das câmaras reservadas de direito empresarial (TJSP). *Revista de Direito Mercantil*, n. 163, São Paulo, Malheiros, p. 207-225, set./dez. 2012. Sobre a aplicação do *affectio societatis* no direito societário em geral, vide artigo: ROSE, Marco Túlio de. Fidelidade societária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Coord. Arnaldo Wald e José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, v. 51, São Paulo, RT, p. 19-55, jan./mar. 2011.

¹⁴⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 268-269.

¹⁴⁶ Diferentemente, no direito norte-americano a política da companhia é promovida autonomamente pelos próprios administradores, em sua função dupla de *policy makers* e de gestores sociais. Inexiste nesse direito a figura do acionista controlador, sendo a *business judgement rule* atribuída aos administradores. Em um contexto de companhias com capital disperso, entende-se que o acionista estabelece com os administradores uma relação fiduciária, por meio da qual lhes confia liberdade para administrar seu patrimônio (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 371-373).

Essas situações específicas devem ser interpretadas em face do princípio da abstenção absoluta, também por parte dos administradores, do abuso e do desvio de poder de comando.¹⁴⁷

Entretanto, não cabe aplicar a tais casos extensivamente o art. 117 da lei societária para configurar essa responsabilidade *sui generis*, pois os administradores não se enquadram no conceito de acionista controlador tipificado no art. 116. Dessa forma, não lhes caberiam os deveres de controle, nem as responsabilidades que lhes são inerentes.

Princípio fundamental que pauta a apuração das responsabilidades dos atos dos administradores é o princípio da boa-fé.

Nessa linha seguem Modesto Carvalhosa, Larissa Teixeira Quattrini e o colegiado da CVM.¹⁴⁸

O princípio da boa-fé tem a função de estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais (art. 113 e 422 do Código Civil) e pode ser aplicado para medir o grau de lealdade e diligência do administrador.

¹⁴⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 370-377.

¹⁴⁸ Para Modesto Carvalhosa “o princípio da boa-fé objetiva aplica-se sempre no exame da conduta do administrador. Conseqüentemente, não será o administrador responsável por insucessos no exercício da gestão da companhia, desde que fique demonstrado ter agido com lealdade, cuidado e diligência. Assim, a configuração ou não da responsabilidade do administrador verifica-se comparativamente, ou seja, se o administrador agiu com a mesma diligência e lealdade que um outro administrador empregaria, em circunstâncias semelhantes” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 370). Larissa Teixeira Quattrini assim identifica a adoção do princípio da boa-fé pelo legislador brasileiro: “Acima de tudo, a utilização de padrões comportamentais revela a adoção e a predileção do legislador brasileiro pelo princípio da boa-fé. Com efeito, somente se poderia falar em responsabilidade do administrador na hipótese de erro de julgamento se sua decisão não fosse precedida de boa-fé, de capacidade técnica, de experiência e de conhecimentos específicos, cautelosos e diligentes na administração da companhia. Em outras palavras, responderá o administrador nos casos em que for negligente ou imprudente no desempenho de suas funções – daí resultando dano jurídico ou material para a companhia –, bem como nos casos de omissão ou ação culposa” (QUATTRINI, Larissa Teixeira. *Os deveres dos administradores de sociedades anônimas abertas*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25-29). A CVM já manifestou entendimento de que o princípio da boa-fé objetiva deve estar presente na condução dos negócios da companhia: “Não se deve olvidar que a tradição mercantil de há muito sedimentara a ideia da confiança e lealdade na condução dos negócios, o chamado princípio da boa-fé, já presente no Código Comercial de 1850. Ademais, o princípio da lealdade se espraia pelo ordenamento jurídico pátrio que dá suporte às relações jurídicas, informando o princípio da boa-fé objetiva, hoje positivada no art. 4º, III, da Lei n. 8.078 (Código de Defesa do Consumidor) e no art. 113 do Código Civil” (Colegiado da CVM. PAS RJ 2008/1815. Rel. Diretor: Eli Loria, j. 28.4.2009).

O exame da conduta do administrador indicará se seu comportamento foi ético, leal, ou se havia alguma justificativa para que agisse de determinada forma, considerando as circunstâncias de um caso concreto.

Dessa forma, o administrador não será responsável por eventuais erros na gestão ou na condução dos negócios da companhia, desde que fique demonstrado que agiu com o devido cuidado e diligência.

Todo o exposto é aplicável aos membros do conselho fiscal, considerados administradores para efeito de deveres e responsabilização perante a companhia e seus acionistas (art. 165).

Suas recomendações, seus pareceres, sua atuação no monitoramento de processos e no exame cuidadoso de documentos, de contratos, de licitações, são atos que demonstram diligência e lealdade no cumprimento das competências e deveres a eles atribuídos por lei.

Tendo em vista que têm os mesmos deveres dos administradores (LSA, arts. 153 a 156), os membros do conselho fiscal respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos que praticarem com culpa, dolo, ou, ainda, com violação da lei ou do estatuto social (LSA, art. 165).¹⁴⁹

De acordo com o § 3º do art. 165, 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.

Lembramos que, no caso de companhia listada no segmento do Novo Mercado da BM&FBOVESPA, os conselheiros fiscais terão os mesmos deveres e

¹⁴⁹ O TJ-MG negou provimento ao Recurso de Apelação interposto pelos sócios diretores da Souza Correa Louças S/A, decidindo pela sua responsabilização civil, pela má administração da empresa falida, que acabou por avolumar seus compromissos, inviabilizando o cumprimento de suas obrigações, incidindo, assim, nas hipóteses descritas nos incisos I e II, do art. 158 da LSA; estendeu tal responsabilização aos membros de conselho fiscal, uma vez que caracterizada a situação descrita no art. 165 da LSA, pelo simples fato de haverem sido negligentes, por omissão, deixando de exercer as suas funções, ante as decisões reiteradamente tomadas pela diretoria da empresa, que lhe acarretaram efetivo prejuízo (TJ-MG. Apelação Cível n. 1.0000.00.340235-1/000. Relator: Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, s.j. 11.9.2003. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5808906/100000034023510001-mg-1000000340235-1-000-1/inteiro-teor-11957617>>. Acesso em: 27 set. 2016).

responsabilidades estabelecidos na legislação societária vigente, devendo também aderir ao Regulamento de Arbitragem.¹⁵⁰

A seguir, faremos alguns comentários acerca dos deveres a que estão submetidos os administradores e, portanto, os membros do conselho fiscal.

6.2 Dever de diligência

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira assim define o termo “diligência”: “cuidado ativo”, “zelo”; “aplicação”; “atividade”; “rapidez”; “presteza”.¹⁵¹

Com base nas definições acima, depreende-se que quem deve ter diligência deve agir com zelo ou dedicação, em uma atitude ativa de cuidado com o objeto.

O conceito do dever de diligência tem origem nos princípios do direito romano, na figura do *bonus pater familiae* (“bom pai de família”). Na legislação brasileira, foi previsto pelo art. 142 do Código Comercial de 1850 e pelo art. 116, § 7º, do Decreto-lei n. 2.627, de 1940, seguindo padrões e orientações já contidos em ordenamentos estrangeiros, os quais buscavam estabelecer padrões de comportamento a serem seguidos pelos administradores quando do exercício de suas funções.¹⁵²

No Brasil, o padrão de conduta exigido dos administradores da sociedade é o cuidado de diligência que qualquer homem ativo e probo costuma empregar na condução de seus próprios negócios. A Exposição de Motivos n. 196 da LSA, na seção que trata dos deveres e responsabilidades dos Administradores, assim dispõe:

¹⁵⁰ O conselheiro fiscal deverá assinar o Termo de Anuência, manifestando sua total e irrestrita concordância com todos os termos e condições estabelecidos no Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado e com a Cláusula Compromissória inserida no estatuto social da companhia, responsabilizando-se e obrigando-se a resolver, por meio de arbitragem, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre ele próprio, a companhia, seus acionistas, administradores, outros membros do conselho fiscal e a BM&FBOVESPA, relacionada ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação ou violação das disposições contidas na LSA, no estatuto social da companhia, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/novo-mercado/>. Acesso em: 25 set. 2016.

¹⁵¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Coord. Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 716.

¹⁵² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 367-370.

As normas desses artigos são, em sua maior parte, meros desdobramentos e exemplificações do padrão de comportamento dos administradores definido pela lei em vigor – o do “homem ativo e probo na administração dos seus próprios negócios” (§ 7º do art. 116 do Decreto-lei n. 2.627) e, em substância, são as que vigoram, há muito tempo, nas legislações de outros povos (...).

Atualmente, a lei societária brasileira prevê o dever de diligência no art. 153 da LSA, segundo o qual “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

Larissa Teixeira Quattrini¹⁵³ chama a atenção para a subjetividade da expressão “ativo e probo” contida na norma, expressão esta sujeita às transformações de valores da sociedade, o que, por si só, não é negativo, pois garante a aplicabilidade e a eficácia plena da norma com o passar do tempo.

Renato Ventura Ribeiro entende que a lei brasileira adota o critério do “bom pai de família” do direito romano. Entretanto, observa que a norma é flexível e comporta interpretação.¹⁵⁴

Verifica-se que tal paradigma do “bom pai de família” está sendo superado pelo padrão do “administrador competente”.

Essa linha é defendida por Fábio Ulhoa Coelho¹⁵⁵, para quem o administrador diligente “é aquele que emprega na condução dos negócios sociais as cautelas, métodos, recomendações, postulados e diretivas da ‘ciência’ da administração de empresas”.

Logo, analisar o dever de diligência segundo o *standard* do “bom pai de família”, oriundo do Direito Romano, não seria o caminho mais adequado atualmente, pois está em descompasso com a realidade. A operacionalização da

¹⁵³ A autora observa também que, apesar da subjetividade da expressão, “há uma espécie de denominador comum entre os comportamentos considerados diligentes. Dentre os dispositivos da Lei Societária que estabelecem tais padrões, ressaltamos o art. 154 da LSA, por ser o mais genérico da seção em pauta e por conter de forma implícita os demais padrões tipificados pela Lei” (QUATTRINI, Larissa Teixeira. *Os deveres dos administradores de sociedades anônimas abertas*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25-29).

¹⁵⁴ RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 243-246.

¹⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 273-274.

norma expressa no art. 153 da LSA apresenta-se mais objetiva, de modo a tornar a observância do preceito passível de aferição.¹⁵⁶

Nessa perspectiva, diante da profissionalização da administração e da complexidade das sociedades, é cabível que se exija de um administrador a diligência de um homem de negócios.¹⁵⁷

A adoção do paradigma do administrador competente ou de um homem de negócios para fins de aferição do cumprimento do dever de diligência leva à necessidade da constatação das providências formais que o administrador adotou na condução dos negócios sociais (contabilidade, registros, atas de reuniões etc.), levando-se em conta o tipo de atividade conduzida pela administração e as devidas cautelas, métodos e recomendações da ciência da administração de empresas.

Além disso, diante da complexidade do mundo empresarial, a condução dos negócios da companhia também exige caráter profissional e especialização por parte do administrador.

Esse aspecto do dever de diligência é corroborado por Modesto Carvalhosa, para quem não basta que o administrador atue como homem ativo e probo na condução de seus negócios, sendo necessário que se acrescente a competência profissional específica (escolaridade ou experiência; se possível, ambas).¹⁵⁸

Deve-se lembrar de que o administrador tem o dever de empregar certas técnicas e agir com profissionalismo na condução dos negócios sociais, tendo como propósito os fins sociais da empresa. A omissão na busca de informações, na conferência e na investigação de dados configura erro passível de punição.¹⁵⁹

A esse respeito, a CVM, no processo de incorporação da Trikem S.A. pela Braskem S.A., responsabilizou os conselheiros fiscais da Trikem S.A. por falta de diligência, por sua omissão em solicitar esclarecimentos e informações sobre a operação societária, fato que gerou questionamentos, por parte dos acionistas

¹⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, loc. cit.

¹⁵⁷ RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 246.

¹⁵⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 368.

¹⁵⁹ Fábio Ulhoa Coelho observa que, apesar de ser dever do administrador agir de modo a atingir os fins sociais da empresa, ele não responde pela efetiva realização desses fins, mas sim pela falta de diligência na escolha dos meios para alcançá-los (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, loc. cit.).

minoritários da Trikem S.A., no que se refere aos critérios estabelecidos para a relação de troca de suas ações:

Os conselheiros fiscais da Trikem foram igualmente responsabilizados por falta de diligência, com violação do disposto no artigo 153 e 154 § 1º, combinados com o art. 165, todos da Lei n. 6.404/76 ao opinarem a favor da incorporação sem solicitarem quaisquer informações ou esclarecimentos aos órgãos da administração ou aos auditores independentes, em razão do disposto nos §§ 2º e 4º do art. 163 da lei societária.¹⁶⁰

Nesse processo, a CVM entendeu que a falta de diligência ou a omissão na busca de informações configura erro passível de punição, conforme segue:

A falta de diligência caracterizada pela omissão na busca de informações configura erro e, portanto, é passível de punição. (...) Nesse sentido, apesar da tendência existente de se garantir aos administradores o direito de confiar nas informações prestadas por terceiros *experts*, destaca-se que integra o dever de se informar, a conferência, a investigação e a supervisão das fontes, sob pena de atuação sem o cuidado e a diligência devidos.¹⁶¹

O dever do administrador de cumprir os fins e agir no interesse da companhia, com vistas ao bem público e à função social da empresa, está expresso no art. 154 da LSA.

Ressaltamos que o administrador que conduzir seus trabalhos dentro dos parâmetros legais não responderá pelos resultados decorrentes da sua gestão, dado que o art. 154 da LSA, ao determinar que o administrador deve exercer suas atribuições a fim de lograr a finalidade e os interesses da companhia, indica uma obrigação de meio, e não de resultado.¹⁶²

¹⁶⁰ CVM. PAS RJ 08/05. Relator: Eli Loria. s.j. 12.12.2007, p. 12-13. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2007/20071212_PAS_082005.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

¹⁶¹ CVM. PAS RJ 08/05, *idem*, p. 14-15.

¹⁶² Larissa Teixeira Quattrini defende a adoção da regra chamada *business judgement rule* do sistema norte-americano como forma de averiguação do padrão de comportamento do administrador: “A fim de limitar a responsabilidade do administrador em casos que tratam do dever de diligência, o sistema norte-americano aplica a regra do *business judgement rule*, construído pelo próprio sistema do *common law*. De acordo com a regra, os administradores não serão responsabilizados por perdas e danos causados à companhia quando as ações forem feitas com boa-fé e nos limites dos poderes conferidos pelo estatuto social. Em tais casos, os tribunais não analisam o mérito da decisão negocial, mas se limitam a averiguar se a tomada de decisão foi resultado de processo razoável e bem fundamentado na informação disponível ao administrador. Como se observa, o foco analítico é claramente transferido da decisão em si para o processo de tomada de decisão. De acordo com o farto entendimento jurisprudencial norte-americano, no

No caso específico dos conselheiros fiscais, esse preceito está expresso no art. 165, § 1º, da LSA, que dispõe que os membros do conselho fiscal têm o dever de agir no exclusivo interesse da companhia, sendo considerado abusivo o exercício da função com o fim de causar dano à companhia, aos seus acionistas ou administradores, ou de obter para si ou para outrem vantagem a que não faz jus ou que possa prejudicar a companhia, seus acionistas ou administradores.

Em princípio, o conselheiro não é responsável pelos atos ilícitos dos demais conselheiros, salvo se com eles for conivente. A responsabilidade por omissão no cumprimento de seus deveres é solidária, mas dela pode se eximir o membro dissidente que fizer consignar sua divergência em ata de reunião do órgão, comunicando-a aos órgãos da administração e à assembleia geral (LSA, art. 165, §§ 2º e 3º).

Quanto à independência dos conselheiros fiscais, é aplicável a regra básica da não submissão aos acionistas que o elegeram. O fato de o membro do conselho fiscal ter sido eleito por um grupo identificado de acionistas não o torna representante de seus eleitores.

Esse preceito está expresso no art. 154, § 1º, da LSA, segundo o qual “o administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres”.

Considerando-se essas normas, na hipótese de haver conflito entre os interesses da companhia e os dos acionistas que elegeram o membro do conselho fiscal, é dever deste atender aos interesses da companhia, sob pena de ser responsabilizado por eventuais prejuízos a ela causados.

processo decisório a conduta diligente do administrador será refletida em um tripé básico de ações segundo o qual o administrador deverá: (a) basear-se em todas as informações razoavelmente necessárias para a tomada de decisão, tais como memorandos de lavra de outros administradores ou experts; (b) tomar uma decisão refletida, i.e, analisar todas as alternativas e respectivas consequências; e (c) tomar decisão desinteressada, ou seja, não resultante de vantagens aos administradores” (QUATTRINI, Larissa Teixeira. *Os deveres dos administradores de sociedades anônimas abertas*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28). A CVM já invocou a *business judgment rule* para fins do cumprimento do dever de diligência dos administradores. Nesse sentido, vide CVM PAS n. 1443/2005/RJ, j. 10.5.2010 (“Caso Cataguases”) e PAS CVM n. 18/2008, j. 14.12.2010 (“Caso Sadia-Derivativos”).

A Lei n. 10.303/2001 tornou explícita a responsabilidade do conselheiro fiscal por abuso no exercício da função, em seu art. 165, § 1º, segundo o qual, tem ele o dever de agir no exclusivo interesse da companhia, considerando-se abusivo o exercício da função com o fim de lhe causar dano, ou aos seus acionistas ou administradores, ou obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus.

A redação dada a esse parágrafo pela Lei n. 10.303/2001 significou um contraponto ao aumento de poderes individuais aos membros do conselho fiscal, tornando explícito que se aplica aos conselheiros fiscais o postulado básico da não submissão aos acionistas que o elegeram e sua responsabilidade diante da companhia e seus acionistas (LSA, art. 154, § 1º).¹⁶³

Configurado o abuso, o conselheiro responderá por perdas e danos e pelas demais consequências do ato abusivo.

Vale lembrar que 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 de reunião do órgão e comunicá-la aos órgãos da administração e à assembleia geral (LSA, art. 165, § 3º).

6.3 Dever de lealdade

Embora esteja implícito na conduta de qualquer administrador, a lei decidiu, a exemplo do dever de diligência, por reiterar expressamente o dever de lealdade dos administradores.

A inobservância de lealdade nos atos praticados pelos administradores era muito frequente nas companhias, dado seu natural acesso aos negócios sociais, o que lhes permitia usar da companhia como instrumento de enriquecimento próprio ou de um grupo de amigos. A previsão expressa do dever de lealdade na lei societária veio auxiliar no combate a atos tão insidiosos.¹⁶⁴

¹⁶³ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 343-347.

¹⁶⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, p. 269.

O dever de lealdade está previsto no art. 155 da LSA, que relaciona os atos dos quais deve o administrador se abster para servir com lealdade à companhia, com o objetivo de atingir seus interesses e os de seus acionistas.

Segundo Larissa Teixeira Quattrini,¹⁶⁵ a relação de atos vedados ao administrador constante do art. 155, os quais configuram descumprimento ao dever de lealdade por parte do administrador, é meramente exemplificativa.

Mesma linha seguem Rubens Requião e Modesto Carvalhosa¹⁶⁶. Conseqüentemente, outras hipóteses de infringência do princípio de lealdade podem ser declaradas pelo juiz ou pela CVM.

De acordo com a norma, o administrador da companhia, seja conselheiro ou diretor, não deve obter vantagens para si ou para outrem, valendo-se do exercício do seu cargo e dos segredos do negócio aos quais tem acesso.

Também não deve usar, em benefício próprio ou de outrem, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo, nem deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia ou omitir-se no exercício ou proteção de direitos dela.

O ilícito conceituado como desvio de negócio funda-se no pressuposto de que a companhia tem prioridade no exercício das oportunidades negociais relacionadas a suas atividades empresariais.

Norma Parente¹⁶⁷ esclarece que, na hipótese de a oportunidade comercial não interessar à companhia, dela pode se valer o administrador individualmente interessado, desde que só o faça após expor os fundamentos pelos quais entende não se tratar de oportunidade comercial de interesse da companhia, comprovando documentalmente que tal negócio: (a) não é bom para a companhia; (b) não está relacionado ao objeto social; (c) não tem relação com os interesses presentes ou futuros da empresa; e/ou (d) extrapola as possibilidades financeiras da companhia.

¹⁶⁵ QUATTRINI, Larissa Teixeira. *Os deveres dos administradores de sociedades anônimas abertas*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 86.

¹⁶⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, p. 268; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 422.

¹⁶⁷ PARENTE, Norma Jonssen. O dever de lealdade do administrador e a oportunidade comercial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Coord. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, v. 54, São Paulo, RT, out./dez. 2011. p. 185-195.

A aquisição, para revender com lucro, de bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir, é outro ato vedado ao administrador, sob pena de quebra do dever de lealdade.

O dever de lealdade também compreende o dever de guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada ao mercado, obtida em razão do cargo ocupado pelo administrador e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários.¹⁶⁸

O dever de sigilo tem origem na década de 1930, no âmbito da política do *New Deal*, de Franklin Roosevelt, quando se criou nos Estados Unidos uma legislação opressora de práticas de transações desleais feitas dentro das sociedades, por diretores bem informados sobre os negócios sociais. A esses atos a doutrina americana deu o nome de *insider trading*.¹⁶⁹

Em nosso direito, o dever de sigilo está previsto nos §§ 1º e 2º do art. 155 da LSA, nos seguintes termos:

§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

§ 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.

Observa-se que a norma acima é aplicável somente às companhias abertas, não atingindo a sociedade fechada ou familiar.

Outro ponto que merece observação é o dever de zelo atribuído ao administrador da companhia aberta para que a violação do segredo societário não ocorra através de subordinados ou terceiros de sua confiança.

¹⁶⁸ A respeito da violação do dever de lealdade por quebra de sigilo sobre informação privilegiada não divulgada ao mercado, vide CVM PAS n. 118/2007/SP, no qual o administrador da Sadia acusado foi condenado por infração ao art. 155, § 1º, da LSA, com pena de inabilitação temporária (pelo prazo de 5 anos) para o exercício do cargo de administrador e conselheiro fiscal de companhia aberta (CVM PAS n. 118/2007/SP. Relator: Marcos Barbosa Pinto. s.j. 26.2.2008) (QUATTRINI, Larissa Teixeira. *Os deveres dos administradores de sociedades anônimas abertas*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 217-224).

¹⁶⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, p. 270.

Nesse ponto, é praxe em transações das companhias, como em projetos de *Mergers and Acquisitions* – M&A, por exemplo, a assinatura de Acordos de Confidencialidade (*Non-Disclosure Agreement* ou NDA) por todos os envolvidos no projeto (partes, administradores, advogados, responsáveis pela *due diligence* e *valuation* do negócio etc.).

Tais acordos visam proteger informações sigilosas que possam ser utilizadas por alguém com o intuito de auferir vantagens indevidas em detrimento das companhias cobertas pelo acordo ou que possam influir na cotação de suas ações.

A pessoa prejudicada em negociações com valores mobiliários tem o direito de haver do infrator indenização por perdas e danos. A conduta desleal do infrator também estará sujeita a sanções administrativas junto à CVM.

Além disso, as infrações ao dever de sigilo, discricção e lealdade estão sujeitas à sanção penal de reclusão de um a cinco anos, e multa de até três vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime, por utilização de informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que o agente 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 (art. 27-D da Lei n. 6.385/76).

6.4 Conflito de interesses

A questão do conflito de interesses é tratada no art. 156 da lei societária brasileira, cujo *caput* assim dispõe:

Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

Tal norma é praticamente um desdobramento do dever de lealdade.

Erasmus Valladão¹⁷⁰ observa que esse dispositivo parece ter sofrido influência da lei italiana, cujo *Codice Civile*, em seu art. 2.391, assim prescreve:

Art. 2.391. Conflito de interesses. O administrador que, em uma determinada operação, tiver, por conta própria ou de terceiros, interesse em conflito com aquele da sociedade (arts. 1.394, 1.395) deve dar notícia aos outros administradores e ao conselho fiscal e abster-se de participar nas deliberações concernentes à mesma operação (arts. 1.394, 2.631).¹⁷¹

No direito italiano, o conflito de interesses é compreendido sob o aspecto substancial, e não meramente formal. Isso significa que a existência do conflito deve ser verificada no caso concreto, ocorrendo apenas se o conteúdo da operação apresentar a concreta divergência de interesses.¹⁷² Em contraponto a essa posição, existe a corrente formalista, que caracteriza o conflito de interesses pela aparência do negócio, sem análise do conteúdo da operação.

Segundo Erasmus Valladão¹⁷³, a exemplo do italiano, o direito brasileiro também avalia o conflito de interesses sob o aspecto substancial e justifica esse entendimento como base nos §§ 1º e 2º do art. 156 da LSA.

Tais dispositivos indicam as condições em que o administrador pode contratar com a companhia e as respectivas sanções pela não observância dessas condições:

§ 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

§ 2º O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido.

Esse raciocínio segue a linha de que não é a infração ao *caput* do art. 156 que gera a sanção, mas sim a infração ao disposto em seu § 1º. Dessa maneira, o

¹⁷⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 230.

¹⁷¹ No original: “Art. 2.391. **Conflitto d’interessi.** L’amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l’operazione stessa” (1394, 2631).

¹⁷² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 230-238.

¹⁷³ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 238-240.

que configuraria o conflito substancial de interesses, na opinião de Erasmo Valladão, é “contratar com a companhia em condições desrazoáveis ou iníquas, inferiores às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros”.¹⁷⁴

A linha do conflito substancial de interesses é compartilhada por Nelson Eizirik. O doutrinador entende que o fato de o art. 156 não relacionar quais seriam as deliberações das quais o administrador estaria impedido de participar, prevendo apenas vedações genéricas a respeito, revela que se trata de uma situação de conflito de interesse substancial, caso em que deve ser realizada uma análise do mérito da operação. A norma não veda a contratação em situação de conflito de interesse, mas faz algumas exigências que devem ser atendidas a fim de legitimar a operação.¹⁷⁵

Em sentido contrário, Modesto Carvalhosa¹⁷⁶ é adepto da corrente formalista. Para ele, o impedimento do administrador é de “caráter apriorístico”, isto é, o conflito de interesses de que trata o art. 156 é presumido e independe da análise do caso concreto, haja vista que o impedimento decorre da confusão das pessoas que serão parte no contrato.

Trazendo essa discussão para o caso concreto do conselho fiscal, dado que o conselheiro fiscal não representa a sociedade, portanto não manifesta sua vontade,

¹⁷⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, loc. cit.

¹⁷⁵ Nelson Eizirik distingue bem o conflito formal do conflito substancial de interesses: “O conflito formal ou *latu sensu*, existe em todo negócio jurídico em que o administrador e a companhia são partes contratantes. Assim, sempre que o administrador ou o acionista contrata com a companhia há conflito formal, que advém da própria natureza do negócio bilateral (...). Ocorre conflito de interesse substancial, ou *stricto sensu*, quando o voto ou a prática de determinado ato de gestão orientar-se no sentido da satisfação do interesse individual, não no interesse da companhia. Há, no caso, efetiva ação orientada para a satisfação de interesse próprio do acionista ou do administrador, em prejuízo do interesse social. (...). Para que se possa cogitar do conflito de interesse substancial, é indispensável que se examine o mérito do voto ou do ato, para verificar-se, concretamente, se o interesse social está ou não sendo sacrificado”. O doutrinador chama a atenção para o fato de que atualmente são muito raros os sistemas jurídicos que preveem expressamente restrições a determinadas operações entre a companhia e o administrador, pois uma proibição absoluta poderia prejudicar a própria companhia (EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2, p. 378-383).

¹⁷⁶ Modesto Carvalhosa assim fundamenta seu entendimento: “Não pode o administrador que será parte contratual formar a vontade da outra parte, que é ou será a companhia. Daí não pressupor a Lei que o administrador interessado pretenda contratar contra o interesse social. (...) O interesse contrastante da parte – administrador – é, portanto, da própria natureza do negócio jurídico bilateral ou unilateral. Esse contraste não é apenas lícito como necessário ao estabelecimento das relações contratuais, na espécie” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 449-451).

entendemos que não haveria que se falar em eventual conflito de interesses sob o aspecto formal, avaliado sob o prisma da representação da sociedade.

Com base na posição da doutrina aqui exposta, a caracterização do conflito de interesses levaria em consideração aspectos substanciais do negócio, averiguando-se se as exigências legais para legitimar a operação foram atendidas (LSA, art. 156, §1º), as quais seriam objeto de apreciação no caso concreto.

A configuração da infração e a respectiva sanção deveriam levar em conta o disposto no § 2º do art. 156, sem prejuízo de indenização por perdas e danos (art. 186 e 927 do Código Civil).¹⁷⁷

¹⁷⁷ Pier Giusto Jaeger e Francesco Denozza salientam que as normas italianas que tratam do conflito de interesses dos administradores são mais severas do que aquelas que tratam do conflito de interesses de sócios, haja vista que os primeiros devem agir de modo a perseguir o interesse dos sócios. Já estes últimos não são obrigados a perseguir interesses que não sejam os seus (coincidentes com os da própria sociedade). Isso explica a diversidade de tratamento que a lei italiana dispensa para as duas situações de conflito. No caso do conflito de interesses de administradores, a lei prevê a reparação dos eventuais danos causados à companhia, além de sanções de cunho penal (art. 2.631 do Código Civil italiano). JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*, I (Impresa e società). 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 350.

7. REQUISITOS E IMPEDIMENTOS DOS CONSELHEIROS FISCAIS

A LSA contempla várias normas, de modo a assegurar a independência dos membros do conselho fiscal.

De acordo com o *caput* do art. 162 da LSA somente são elegíveis para o conselho fiscal pessoas naturais, residentes no país, diplomadas em curso de nível universitário, ou que tenham exercido, por prazo mínimo de três anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal.

Não são elegíveis para o conselho fiscal (LSA, art. 162, § 2º):

- a) as pessoas enumeradas nos parágrafos do art. 147 da LSA (que trata das normas aplicáveis a qualquer administrador da companhia), quais sejam, as pessoas:
 - (i) impedidas por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos;
 - (ii) declaradas inabilitadas por ato da Comissão de Valores Mobiliários;
 - (iii) que não apresentem reputação ilibada;
 - (iv) salvo dispensa da assembleia geral, que ocuparem cargos em sociedades que possam ser consideradas concorrentes no mercado, em especial, em conselhos consultivos, de administração ou fiscal, e que tiverem interesse conflitante com a sociedade;¹⁷⁸

¹⁷⁸ O Colegiado da CVM, em Recurso interposto pela PETROS, questionando a legitimidade da eleição de conselheiro fiscal para compor o órgão como representante dos acionistas preferencialistas da Telemig Celular Participações S.A. e da Tele Norte Leste Participações S.A., dada a vinculação do conselheiro eleito com o controlador comum das duas companhias (Opportunity), considerou que nas respectivas eleições houve infração ao art. 147, § 3º, da LSA, por serem ambas as companhias potencialmente concorrentes no mercado, tendo em conta que não houve dispensa do respectivo conflito de interesses pela assembleia geral. Contudo, decidiu pela não instauração de processo administrativo sancionador, pois (i) a existência do potencial conflito não foi arguida nas assembleias; (ii) não havia indícios de que a violação da norma tivesse ocorrido por fato imputado ao controlador, o que levaria ao absurdo de instaurar o inquérito contra os acionistas preferencialistas que votaram pela eleição do referido conselheiro (CVM. Processo RJ n. 2004/3708. Rel. Marcelo Fernandez Trindade. s.j. 24.8.2004. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0002/4455-0.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016).

- b) membros de órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, dado que não podem ser fiscais dos próprios atos, assim como o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia.

A comprovação do cumprimento das condições previstas nos itens a (iii) e (iv) será efetuada por meio de declaração firmada pelo conselheiro eleito nos termos definidos pela Comissão de Valores Mobiliários, competindo à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia geral, ação de responsabilidade civil contra o administrador, em caso de prejuízos causados ao seu patrimônio.

No Decreto-lei n. 2.627/40, a exigência de diplomação ou experiência profissional para o exercício do cargo de conselheiro fiscal não existia.

A exigência de curso superior foi introduzida pela LSA, já atenuada pela possibilidade de ser substituída pelo exercício, por prazo mínimo de três anos, de cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal.

Os requisitos de titulação e experiência profissional introduzidos pela LSA objetivaram profissionalizar e melhorar o papel do órgão, tornando-o mais efetivo na fiscalização da administração e aproximando-o da fiscalização externa utilizada na maioria dos países.¹⁷⁹

Tendo-se em vista que o objetivo do legislador foi trazer conhecimento técnico ao exercício de fiscalização das companhias, causa estranheza que a lei não exija diplomação em cursos universitários compatíveis com a função.

Nesse ponto específico, o IBGC¹⁸⁰ recomenda que uma boa atuação dos conselheiros fiscais demanda preparo e conhecimentos próprios ao negócio. Além

¹⁷⁹ A respeito do processo de profissionalização da gestão administrativa das companhias brasileiras, vide artigo publicado em que se aprecia a questão levando-se em conta a realidade nacional em que há, via de regra, concentração acionária e de poderes. O crescente fenômeno de institucionalização das companhias pode ser constatado pela exigência de conselheiros independentes, diretores especializados e comitês técnicos atuando em áreas específicas, como o comitê de auditoria e controle, por exemplo SCALZILLI, João Pedro et al. *Perspectivas para a disciplina da companhia aberta: principais desafios do direito societário brasileiro*. *Revista de Direito Mercantil*, n. 158, São Paulo, Malheiros, p. 211-241, abr./jun. 2011).

¹⁸⁰ Para o IBGC, o exercício da função de conselheiro fiscal exige: "(i) **Preparo**: é recomendável que, além do preparo para a função, o conselheiro possa investir na sua formação continuada e no desenvolvimento dos conhecimentos específicos ao negócio; (ii) **Proatividade**: é recomendável que, além de iniciativa, o conselheiro busque mais informações do que as divulgadas ao mercado, assegurando-se de que essas informações traduzem as realidades de que tem conhecimento; (iii)

do mais, são recomendados proatividade, ausência de vínculos de interesses com os acionistas que os elegeram e respeito à visão empreendedora dos gestores.

Cabe mencionar que são inelegíveis para o cargo de conselheiro fiscal as pessoas inabilitadas pela CVM (art. 11, III, da Lei n. 6.385/76).

Para conselheiros de instituições financeiras, há que se observar o art. 33 da Lei n. 4.595/64, que submete a investidura dos conselheiros fiscais eleitos à aprovação do Banco Central.

No caso de instituições financeiras em processo de intervenção, liquidação extrajudicial ou em falência, a Lei n. 6.024/74 determina que os conselheiros fiscais ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades (art. 36).

A indisponibilidade atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao ato que decretar a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência, podendo alcançar os bens de conselheiros fiscais, de gerentes e de todos aqueles que, até o limite da sua respectiva responsabilidade, tenham concorrido para a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial.

Os abrangidos pela indisponibilidade de bens não poderão ausentar-se do foro da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência, sem prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil ou do juiz da falência (art. 37).

Vínculos: o vínculo de confiança do conselheiro para com grupos de acionistas não o torna representante do interesse particular de seus eleitores. Eleito o conselheiro, seu compromisso passa a ser para com todos os acionistas; (iv) **Visão empreendedora:** a ação empreendedora exige a tomada de decisões de risco; recomenda-se que a atuação do conselheiro fiscal não ocorra de forma a tolher a ação empreendedora, a assunção de riscos, nem se constitua em instância de vigilância sobre os administradores que os impeça de exercer a plenitude de sua capacidade empreendedora” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Guia de orientação para o conselho fiscal*. 2. ed. Coordenação de Roberto Lamb e João Verner Juenemann. São Paulo: IBGC, 2007. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/1.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2016. p. 21).

8. VOTAÇÃO EM SEPARADO DOS CONSELHEIROS FISCAIS (ART. 161, § 4º, DA LEI N. 6.404/76)

8.1 Não participação do acionista controlador

O art. 161, § 4º, a, da LSA trata da votação em separado para os membros do conselho fiscal:

Art. 161. (...)

§ 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, 1 (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.

Indagamos se os acionistas controladores poderiam participar da votação em separado de que trata o art. 161, § 4º, a, da LSA.

Ao interpretar a norma, a CVM expôs, por meio do Parecer de Orientação n. 19/90 e do Ofício-Circular/CVM/SEP/n.2/2016, que não poderão participar dos processos de eleição em separado (previstos no art. 161, § 4º, a, e no art. 240 da LSA) quaisquer acionistas que não se insiram no conceito de minoria que a lei buscou proteger. Isso quer dizer que não devem participar de tal votação os acionistas controladores, assim como pessoas a eles vinculadas.

O entendimento da CVM baseou-se em sua consideração de que o conselho fiscal é uma das formas mais eficazes de fiscalização de que dispõem os acionistas não controladores. Admitir a participação de acionistas controladores na eleição em separado resultaria em cercear o direito essencial de fiscalização e na representação não equitativa dos interesses, não raramente contrários, que a lei buscou proteger.

Um ponto interessante a verificar diz respeito a se entidades fechadas de previdência complementar estariam ou não enquadradas no conceito de controlador

ou de pessoas a ele vinculadas, para efeito de verificar a possibilidade de participação na votação em separado.

Em sessão de julgamento de 2 de dezembro de 2014, o colegiado da CVM decidiu que, no caso de entidades sobre as quais o controlador da companhia tenha influência determinante, não será admitida a participação na eleição em separado prevista no art. 161, § 4º, da Lei n. 6.404/76, seja na vaga dos preferencialistas, seja na vaga dos minoritários.¹⁸¹

Para determinar se as entidades fechadas de previdência complementar podem participar da eleição em separado de membros do conselho fiscal das companhias que estejam sujeitas à influência dominante de seu patrocinador ou dos controladores diretos e indiretos de seu patrocinador, é preciso uma análise da governança da própria entidade (Ofício-Circular/CVM/SEP/n.2/2016).

De acordo com o voto do Presidente-Relator Marcelo Trindade, no PAS CVM n. 07/05, o impedimento de voto estende-se às entidades de previdência complementar patrocinadas pela companhia aberta ou por suas controladoras quando cumulativamente:¹⁸²

- a) a indicação da maioria de seus administradores caiba à patrocinadora ou seu controlador, inclusive quando o voto de desempate couber ao representante da patrocinadora ou seu controlador; e
- b) não tenha sido adotado mecanismo que assegure que a deliberação para a escolha dos conselheiros a serem eleitos pelos acionistas minoritários tenha sido tomada com a participação majoritária dos administradores eleitos pelos participantes da entidade de previdência.

O Ofício-Circular/CVM/SEP/n.2/2016 esclarece que, na análise da existência de influência determinante do controlador sobre os demais acionistas da companhia, leva-se em conta, principalmente, a estrutura de governança de cada acionista.

¹⁸¹ Cf. Decisão do Colegiado da CVM proferida no PAS CVM n. 11/2012, s.j. 2.12.2014. Relatora: Ana Novaes.

¹⁸² Cf. Decisão do Colegiado da CVM proferida no PAS CVM n. 07/05, s.j. 24.4.2007. Relator: Marcelo Trindade.

8.2 Participação dos preferencialistas e minoritários

Outra questão que merece uma análise cuidadosa diz respeito aos requisitos que a lei estabelece para a participação dos acionistas não controladores, sejam eles preferencialistas ou detentores de ações ordinárias, na votação em separado de que trata o art. 161, § 4º, a, da LSA.¹⁸³

A LSA, ao dispor sobre o assunto, estabeleceu duas disciplinas diferentes para a votação dos membros do conselho fiscal: uma para preferencialistas; e a outra para os minoritários (acionistas detentores de ações ordinárias que não pertencem ao grupo de controle). Para os preferencialistas, previu o direito de eleger um membro do conselho fiscal independentemente de qualquer percentual de participação. Já para os minoritários, estabeleceu a necessidade da existência de quórum mínimo de 10% de ações com direito a voto como condição ao exercício do direito.

Percebe-se que a lei estabeleceu tratamentos diferenciados para pessoas que se encontram em situações diferenciadas.

Quanto aos preferencialistas sem direito a voto, o legislador entendeu por bem facilitar sua participação no processo de eleição de conselheiro fiscal, talvez para compensá-los pelo fato de não possuírem direito regular a voto.

Dessa forma, tal classe de acionista está legitimada a participar da eleição em separado de conselheiro fiscal, bastando, para tanto, deter pelo menos uma ação preferencial, independentemente do percentual dos presentes na assembleia ou do total das ações em circulação¹⁸⁴ da companhia.

Quanto ao direito de voto em separado dos minoritários, a questão que nos propomos a enfrentar é identificar qual seria a condição que deve ser satisfeita por

¹⁸³ O art. 240 da LSA prevê a participação dos acionistas não controladores (detentores de ações ordinárias ou preferenciais) na eleição dos membros do conselho fiscal de sociedades de economia mista, independentemente de qualquer percentual de participação no capital social.

¹⁸⁴ Na definição do Regulamento de Listagem do Novo Mercado da BM&FBOVESPA, o termo “ações em circulação” significa “todas as ações emitidas pela companhia, excetuadas as ações detidas pelo acionista controlador, por pessoas a ele vinculadas, por administradores da companhia, aquelas em tesouraria e preferenciais de classe especial que tenham por fim garantir direitos políticos diferenciados, sejam intransferíveis e de propriedade exclusiva do ente desestatizante” (Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentosdelistagem/novo-mercado/>. Acesso em: 25 set. 2016.

esses acionistas para que possam exercer o direito de eleger um membro do conselho fiscal.

Esse ponto assume importância diante da posição do Colegiado da CVM que, nas reuniões de 6.5.2008 e 23.9.2008, proferiu entendimento de que o requisito de 10% ou mais das ações com direito a voto de que trata o art. 161, § 4º, a, não se refere ao número de ações que o acionista minoritário presente à assembleia precisa deter para eleger, em votação em separado, um conselheiro fiscal, mas sim ao número de ações com direito a voto detidas pelos acionistas minoritários da companhia.¹⁸⁵

Isso significa que, segundo o entendimento da autarquia, a mera existência de 10% de ações em circulação com direito a voto, e não a participação ativa de acionistas representando esse mesmo percentual de ações, seria condição de legitimação para a participação de minoritários na votação em separado a que alude o art. 161, § 4º, a, da LSA.

Apesar de respeitarmos a posição do Colegiado da CVM, não nos parece ser essa a melhor interpretação da norma em análise.¹⁸⁶

Para fundamentar nossa posição é necessário, mais uma vez, recorrermos à hermenêutica. Assim ensina R. Limongi França¹⁸⁷:

Quando se fala em hermenêutica ou interpretação, advirta-se que elas não podem restringir tão somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, é ao direito que a lei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança (grifo do autor).

¹⁸⁵ Essa a interpretação dada pelo Colegiado da CVM, por ocasião de recurso interposto por Villares Investimentos e Participações Ltda., no PAS CVM RJ 2007/11086. Relator: Marcos Barbosa Pinto. s.j. 6.5.2008). Em 23.9.2008, o Colegiado da CVM, ao apreciar o pedido de reconsideração, interposto por Villares, da decisão proferida pelo Colegiado na reunião de 6.5.2008, acerca da interpretação do art. 161, § 4º, a, da Lei n. 6.404/76, manteve a interpretação apresentada naquela reunião e indeferiu o pedido de reconsideração (Proc. RJ2007/11086. Pedido de Reconsideração. Reg. Col. n. 5633/2007. Relator: Marcos Barbosa Pinto. s.j. 23.9.2008).

¹⁸⁶ Observamos que em 28.9.2007 a Superintendência de Relações com Empresas (SEP), embasada em parecer emitido pela Procuradoria Federal Especializada (PFE) no caso Souza Cruz, havia se manifestado de forma contrária à interpretação defendida pelo Colegiado da CVM. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso/es/anexos/0004/5633-0.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2016.

¹⁸⁷ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4.

Primeiramente, uma interpretação literal do artigo leva a constatar que o legislador não se manifestou com a “necessária clareza e segurança sobre o assunto”, sendo, portanto, a letra da lei, por si só, insuficiente para levar o intérprete a um resultado conclusivo para o caso. Faz-se necessário buscar o direito, pois é a ele que a lei se refere.

Uma interpretação teleológica, histórica e sistemática do preceito legal é o caminho mais adequado para conhecimento da *mens legislatoris*, ou do exato mandamento que o poder estatal prescreveu ao estabelecer a norma jurídica. É a intenção daqueles que elaboraram a lei que deve ser descoberta, levando-se em consideração as condições do contexto histórico ou do momento em que foi elaborada.

Para tanto, R. Limongi França¹⁸⁸ aponta que são de grande importância as publicações que contêm os debates do Legislativo acerca de projetos que foram convertidos em lei.

Vejamos, então, o que dispõe a Exposição de Motivos n. 196 da LSA, ao tratar do funcionamento do conselho fiscal:

Quando não funcionar permanentemente, poderá ser instalado, em qualquer assembleia geral, a pedido de acionistas que representem, no mínimo, 1/10 das ações com direito a voto, ou 5% das ações sem direito a voto. Por essa via, seu funcionamento poderá ficar restrito às companhias ou nas épocas em que se justifica, pela existência de minoría acionária ativa (grifo do autor).

Pelo acima exposto, depreende-se que a ideia que norteou a elaboração das normas atinentes à eleição pelos minoritários de membro do conselho fiscal é a de um direito conferido a uma minoria ativa.¹⁸⁹

¹⁸⁸ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 10.

¹⁸⁹ Significativo notar que o direito comercial português insere o direito de fiscalização no âmbito dos direitos de minoria qualificada. O legislador português entendeu por bem restringir o exercício desse direito, exigindo certo comprometimento do acionista com a vida social. De acordo com o art. 418, n. 1, do CSC, a minoria poderá eleger um membro (e respectivo suplente) para o órgão de fiscalização da sociedade desde que represente 10% do capital e tenha votado contra a proposta da assembleia, devendo o voto contrário ser consignado em ata. Essa faculdade é exercida judicialmente (TRIUNFANTE, Armando. A proteção do sócio minoritário no código das sociedades português. In: *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*. COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). Coimbra: Almedina, 2012. p. 260) e Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=524&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 25 set. 2016.

Levando-se em conta o espírito que norteou a elaboração das normas atinentes ao funcionamento do conselho fiscal, entendemos que o pressuposto legal para a participação dos minoritários na votação em separado a que alude o art. 161, § 4º, a, da LSA, não é a mera existência de 10% das ações do capital da companhia nas mãos de minoritários, mas sim a participação ativa e efetiva, na assembleia geral, de minoritários que representem, no mínimo, 10% das ações com direito a voto.

É a conclusão a que se chega pela interpretação sistemática do preceito. De acordo com Norberto Bobbio¹⁹⁰:

Chama-se <interpretação sistemática> aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o Direito privado, o Direito Penal) constituam uma totalidade ordenada (...), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado <espírito do sistema>, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal.

E o espírito do sistema indica que são as minorias ativas o bem que o legislador procurou tutelar, privilegiando a participação das minorias atuantes, princípio este que entendemos estar implícito na lei societária.

Além do mais, uma leitura da lei demonstra que não existe maioria, tampouco minoria, sem representatividade, sem participação ativa de voto. Quando a LSA, por exemplo, no art. 116, define acionista controlador, dispõe que é aquele que detém a maioria dos votos nas deliberações da assembleia e “usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia” (grifo do autor).

Por analogia, no caso dos minoritários, o mesmo raciocínio seria aplicável. Tais acionistas apenas são minorias se efetivamente exercerem seus direitos na vida social da companhia, requisitando informações e comparecendo nas assembleias para votar nas matérias que lhes dizem respeito, dentro das previsões legais.

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999. p. 76.

Alexandre Tavares Guerreiro¹⁹¹, ao discorrer sobre os direitos das minorias na sociedade anônima, assim expressa: “Minorias atuantes tendem a se unir, para poderem exercer seus direitos, como sucede, p. ex., no agrupamento de acionistas para requerer a instalação do conselho fiscal”.

Alfredo Lamy Filho, ao discorrer sobre a reforma da lei societária, reconhece que o aperfeiçoamento da disciplina interna da sociedade anônima, por meio de regras de *disclosure*, exigência de quórum para decisões assembleares, fortalecimento dos direitos da minoria, dentre outros, “supõe <evidentemente>, acionistas ativos, isto é, interessados na sorte da empresa, acompanhando suas decisões e assembleias, policiando dessa forma o funcionamento da instituição”.¹⁹²

Na lei societária, encontramos vários artigos sustentando essa afirmação, como, por exemplo: art. 161, § 2º, que trata da requisição para instalação do conselho fiscal; art. 159, § 4º, que trata da propositura de ação de responsabilidade civil contra administradores; art. 141, que trata do voto múltiplo na eleição de membros do conselho de administração; art. 105, que trata da requisição de exibição dos livros da companhia; art. 157, § 1º, que dispõe sobre o dever de prestação de informações pelo administrador.

Por fim, tenhamos em conta que, quando o legislador quis conferir a uma classe de acionista não controladora alguma prerrogativa desvinculada do percentual de sua representação, ele foi explícito.

É o caso, por exemplo, da eleição em separado de membro do conselho fiscal pelos preferencialistas sem direito a voto (art. 161, § 4º, a).

E não é o caso da eleição do representante dos minoritários.

¹⁹¹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Direito das minorias na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Malheiros, n. 63, p. 106-111, jun./set. 1986. p. 107.

¹⁹² LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da lei de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro* n. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 140.

8.3 Mecanismo do *proxy voting* – um estímulo para comparecer à assembleia por intermédio de procurador

O art. 126, § 1º, da LSA, prevê a possibilidade de o acionista se fazer representar em assembleias gerais por procurador previamente constituído, com poderes específicos para tanto.¹⁹³

Para esse fim, a lei exige que o procurador tenha sido constituído há menos de um ano, seja acionista, administrador da companhia ou advogado.

No caso de companhia de capital aberto, existe a possibilidade, ainda, de a instituição financeira exercer a representação do acionista por meio de procuração, cabendo ao administrador de fundo de investimento representar os condôminos nas assembleias.

De acordo com o § 3º do art. 126, é facultado a qualquer acionista, votante ou não, que represente meio por cento, no mínimo, do capital social, solicitar relação de endereços dos acionistas, para, mediante correspondência ou aviso publicado, solicitar-lhes procuração para representá-los na assembleia e votar.

O voto por procuração (ou *proxy voting*, como é conhecido nos Estados Unidos) é um mecanismo que permite ao acionista que não deseje participar diretamente dos debates, ou que não possa se dirigir ao local da assembleia, nomear procurador. Este será responsável por representá-lo no evento e manifestar seu voto em conformidade com instruções dadas pelo acionista sobre como votar as diversas matérias constantes na ordem do dia.

O procurador deverá, sempre que possível, fazer constar do instrumento de mandato a forma como o outorgado deverá votar.

O objetivo do *proxy voting* é estimular e facilitar a participação dos investidores nas assembleias gerais, especialmente em companhias que apresentam capital pulverizado, nas quais reunir acionistas minoritários se torna crucial para dar andamento à gestão da empresa.

¹⁹³ Vide Instrução CVM n. 481/2009, a respeito de informações e pedidos públicos de procuração para o exercício do direito de voto em assembleias de acionistas. Essa norma foi editada diante da promissora tendência de dispersão de ações do capital de companhias abertas, especialmente daquelas listadas no segmento do Novo Mercado da Bovespa (ROBERT, Bruno. *Proxy solicitation and shareholder director nominations in Brazil: a comparative analysis of Instrução CVM n. 481/2009*. RDM n. 155/156, São Paulo, Malheiros, p. 76-104, ago./dez. 2010).

Osmar Brina Corrêa-Lima¹⁹⁴ lembra que a regra geral, quanto ao quórum deliberativo, está prevista no art. 129 da LSA: as deliberações da assembleia geral serão tomadas por maioria absoluta de votos. O conceito de maioria absoluta de votos deve ser entendido como a maioria das ações votantes presentes à assembleia.

Entretanto, o próprio art. 129 ressalva exceções à regra geral, que podem ser encontradas no art. 136 e no art. 221 da LSA, os quais exigem quórum qualificado e unânime, respectivamente, para a aprovação das matérias neles previstas.

Assim, é possível que uma assembleia devidamente convocada e instalada não tenha condições de aprovar as matérias objeto de deliberação, por falta de quórum deliberativo (maioria ou unanimidade). Daí a importância do *proxy voting* como mecanismo de facilitação do exercício do direito de voto por parte dos acionistas que, por razões de comodidade, custos, distância, entre outros motivos, abstêm-se de comparecer.

Tal mecanismo também pode ser utilizado para o caso específico da representação do acionista na votação em separado de que trata o art. 161, § 4º, a, da LSA.

As procurações outorgadas pelos acionistas para os fins dessa votação podem auxiliar no cumprimento do requisito de representatividade de 10% das ações com direito a voto de que trata a norma, como condição de legitimação para eleição de um membro do conselho fiscal por parte dos acionistas detentores de ações votantes.

Privilegiam a participação das minorias atuantes na eleição dos membros que comporão o conselho fiscal e, portanto, na própria fiscalização da companhia.

¹⁹⁴ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 132.

9. LEI N. 12.846/2013 (LEI ANTICORRUPÇÃO)

9.1 Abrangência da Lei n. 12.846/2013

Não há consenso quanto à definição do termo “corrupção” ou do que seja um “ato corrupto”.

Tanto entre as pessoas em geral quanto entre as que estudam o assunto, a análise e a avaliação da corrupção estão sujeitos a um julgamento de cunho moral. E quando se enuncia um juízo ético, não se é neutro ou indiferente. Daí a dificuldade de estabelecer um conceito preciso sobre corrupção.¹⁹⁵

De qualquer forma, vale a pena transcrever a definição da “Transparency International”, uma organização internacional independente e voltada a difundir ações que visam combater a corrupção pelo mundo: “Corruption is the abuse of entrusted power for private gain. It can be classified as grand, petty and political, depending on the amounts of money lost and the sector where it occurs”.¹⁹⁶

A Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou LAC) trata da responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A lei entrou em vigor em janeiro de 2014, dispondo sobre assunto até então esparso na legislação brasileira.

No contexto da lei, a administração pública abrange todas as pessoas jurídicas da administração pública nacional (União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios) ou estrangeira.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Essa foi a conclusão de um estudo de autoria de Zani Andrade Brei, disponível na biblioteca digital da FGV. O trabalho demonstra que o processo de valoração individual e a interdisciplinaridade do tema conferem ao fenômeno da corrupção significações variadas, dificultando um consenso conceitual. Vide BREI, Zani Andrade. *Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso*. Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/download/8128/6943>. Acesso em: 27 set. 2016.

¹⁹⁶ “Corrupção é o abuso de poder voltado para a obtenção de ganhos privados. Pode ser classificada como grande, pequena e política, dependendo do montante de dinheiro envolvido e do setor onde ela ocorre” (tradução do autor) (Transparency International. Disponível em: <<https://www.transparency.org/whoweare/organisation/>>. Acesso em: 26 maio 2016).

¹⁹⁷ Segundo Celso A. Bandeira de Mello, a administração pública federal compreende a administração direta e a indireta. A administração direta compreende a estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios; e a administração indireta é composta pelas

Isso quer dizer que a lei abrange amplo espectro do poder público.

O combate à corrupção não é novidade no Brasil. Há diversas leis que tratam do tema, tais como a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), a Lei Antitruste (Lei n. 12.529/2011), entre outras.

Além de o assunto ser tratado de forma dispersa em nossa legislação, as correspondentes normas não satisfaziam plenamente os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil de aplicar de forma abrangente sanções às pessoas jurídicas envolvidas em corrupção pública, envolvendo quaisquer atividades do setor econômico e social, nos âmbitos nacional e internacional.¹⁹⁸

O grande diferencial da Lei Anticorrupção é que ela é diretamente voltada aos particulares e pessoas jurídicas privadas, o que inclui administradores e funcionários das companhias em geral, que passam a ter maior exposição no que diz respeito a sua responsabilização.¹⁹⁹

9.2 Condutas lesivas à administração pública

O art. 5º da LAC relaciona os atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, que atentem contra o patrimônio público nacional ou

Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas. Estado, Município e Distrito Federal estabelecem suas próprias organizações, que, de modo geral, não diferem dos lineamentos da estrutura da União (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 141-142). Quanto às pessoas jurídicas de direito público internacional, Modesto Carvalhosa as define com base no art. 42 do CC: são os Estados estrangeiros e demais pessoas regidas pelo direito internacional público. A inclusão da administração pública estrangeira como sujeito passivo dos ilícitos legais decorre dos acordos internacionais ratificados pelo governo brasileiro (CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: RT, 2015. p. 31).

¹⁹⁸ O Brasil subscreveu várias convenções internacionais de combate à corrupção, tais como: Convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações econômicas internacionais (Promulgada pelo Decreto n. 3.678/2000), Convenção interamericana contra a corrupção (promulgada pelo Decreto n. 4.410/2002) e Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31.10.2003 (Promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006). Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional#content>>. Acesso em: 25 set. 2016.

¹⁹⁹ Convém notar que o objeto de proteção da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) não se confunde com o da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92). Esta última tem como finalidade punir agentes públicos que cometam ilícitos civis que violem a probidade da Administração Pública. Já a Lei Anticorrupção se destina a punir particulares e pessoas jurídicas privadas que cometam atos fraudulentos em suas relações com a Administração Pública (MORANO, C. B. L. Uma breve análise das disposições da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). *Revista de Direito Brasileira*, v. 11, 2015. p. 196).

estrangeiro, contra os princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.²⁰⁰

Desde que tenha ocorrido uma das condutas descritas na norma, independentemente de ter ocorrido prejuízo à administração pública, existe a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, haja vista que os atos previstos são lesivos por presunção legal.

Modesto Carvalhosa entende que o que caracteriza o delito é a verificação de como deveria ter se comportado a pessoa jurídica no seu relacionamento com o Poder Público. Será apreciada a proatividade ou a evitabilidade dos fatos corruptivos apurados em um caso concreto, descartando-se o caráter subjetivo da intenção dolosa.²⁰¹

A Lei Anticorrupção julga o dano que a conduta corruptiva, ativa ou omissiva, da pessoa jurídica causou ao Estado e, por consequência, à sociedade.

²⁰⁰ “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV – no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.”

²⁰¹ Acrescente-se que a responsabilização da pessoa jurídica que praticou os atos lesivos é feita por meio de processo administrativo de caráter penal, e não meramente sancionatório, pois ao delito corruptivo tipificado no art. 5º da lei corresponde o delito criminal da parte do agente público, que incorre nos crimes previstos no Código Penal (CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: RT, 2015. p. 38-42).

Dado que os delitos de corrupção tratados pela lei têm tipificação evidentemente penal, no decorrer desta análise faremos referência aos preceitos desse ramo do direito.²⁰²

A primeira conduta punível é a de “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”. Fazendo um paralelo com o Direito Penal, esse tipo é semelhante ao crime de corrupção ativa (art. 333 do CP): “Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

O Direito Penal conceitua delitos formais como aqueles que, “não obstante reclame a lei que a vontade do agente se dirija à produção de um resultado que constituiria uma lesão do bem, não exigem para a consumação que esse resultado se verifique”.²⁰³

Para Damásio de Jesus, o crime tipificado no art. 333 do CP constitui um crime formal ou de consumação antecipada que atinge o momento consumativo no instante em que o funcionário toma conhecimento da oferta ou da promessa, sendo a recusa do funcionário irrelevante à consumação, pois a lei incrimina o simples oferecer ou prometer a vantagem.²⁰⁴

Damásio atenta para o fato de que nesse crime há concurso de agentes entre corruptor e corrupto, mas o legislador, ao invés de adotar o princípio unitário, resolveu aplicar o pluralista: um delito para o autor da corrupção ativa (do terceiro, art. 333 do CP); e outro para o delito de corrupção passiva (do funcionário, art. 317 do CP). Daí a consumação pelo mero oferecimento ou promessa da vantagem indevida.

Podem-se trazer tais conceitos do ramo penal para a esfera civil, adaptando-os ao delito tipificado na Lei Anticorrupção.

Nesse caso, o delito também é um tipo administrativo formal, que, para sua consumação, independe da verificação do resultado. Entretanto, a consumação do

²⁰² Nessa linha, ver CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: RT, 2015. p. 313.

²⁰³ JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 231.

²⁰⁴ JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte especial – dos crimes contra a fé pública e dos crimes contra a administração pública*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 237-240.

delito não se dá pela simples oferta de vantagem indevida pelo particular, mas também pela aceitação da oferta pelo servidor público.

Isso porque, segundo entendimento de Carvalhosa, na Lei Anticorrupção (art. 5º, I) o concurso de delitos praticados entre o agente público e a pessoa jurídica é elemento necessário para a configuração do delito. Em outras palavras, a “consumação do delito corruptivo se perfaz no momento em que a promessa, ou o mero oferecimento, chega ao conhecimento do agente público e este não a recuse”.²⁰⁵

Daí que não se pode falar em tentativa, dado que o delito corruptivo somente é consumado com a promessa aceita pelo agente público.

Nessa linha de raciocínio, a efetividade do benefício alcançado pela pessoa jurídica em virtude de sua conduta corruptiva interessa à mensuração dos danos materiais e morais sofridos pelo Estado, visando o respectivo ressarcimento.

De modo diverso, para que sejam tipificadas nos itens II e III da lei, há que se comprovar, em processo administrativo, que a autoridade pública efetivamente recebeu os recursos privados. Trata-se de tipo material, pois depende da ocorrência de um resultado para a sua consumação.

O inciso IV trata de condutas lesivas em licitações e contratos administrativos, que dependem da comprovação do dolo específico do agente privado, qual seja, a intenção de violar o princípio da competitividade das licitações.

O fim visado pela Lei Anticorrupção está em linha com o objetivo da lei penal, no que se refere aos crimes praticados por particular contra a administração em geral. Para Damásio de Jesus, o bem jurídico tutelado pelo legislador é o “normal funcionamento da máquina administrativa contra a conduta de estranhos, procurando conceder prestígio, lisura e seriedade à prestação de serviços”.²⁰⁶

²⁰⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: RT, 2015. p. 203.

²⁰⁶ JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte especial – dos crimes contra a fé pública e dos crimes contra a administração pública*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 237.

9.3 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva – Aspectos gerais

A responsabilidade civil nasce com a ocorrência de um ato ilícito, gerando a obrigação de indenizar. A finalidade é colocar a vítima na situação que estaria caso não tivesse ocorrido o fato danoso.

O art. 927 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O referido art. 186 prevê que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Dos artigos supracitados, verifica-se que, para que o prejuízo causado seja indenizado, devem estar presentes os elementos abaixo:

- a) ação ou omissão do agente;
- b) culpa ou dolo do agente;
- c) nexo de causalidade;
- d) dano experimentado pela vítima.

Entretanto, a lei impõe, em certas situações, a necessidade de reparação do dano ocorrido sem culpa do agente. Quando isso ocorre, diz-se que a responsabilidade é objetiva, dado que prescinde da culpa, satisfazendo-se apenas com o dano e o nexo de causalidade.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil dispõe que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Assim, observa-se que existem duas espécies de responsabilidade, quais sejam, a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

A primeira repousa na ideia de culpa, sendo necessários todos os elementos acima citados para gerar o dever de indenizar (ação ou omissão, nexo de causalidade, dano e culpa).

Já no caso da responsabilidade civil objetiva, não se exige prova da culpa do agente para que surja a obrigação de reparar o dano. Em alguns casos, a culpa é

presumida pela lei. Em outros casos, prescinde-se a prova da culpa, porque a responsabilidade está baseada no risco.²⁰⁷

A teoria do risco procura justificar a responsabilidade objetiva. Para essa teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco potencial de dano, o qual deve reparar, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Para Maria Helena Diniz,²⁰⁸ pela teoria do risco, “o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção”.

Assim, nesse caso, a culpa é de todo prescindível para a responsabilização do agente. Basta que haja relação de causalidade entre sua ação e o dano.

Consoante Modesto Carvalhosa, no caso da Lei Anticorrupção aplica-se a teoria objetiva do risco criado²⁰⁹, afastando-se inteiramente o requisito subjetivo do dolo para a responsabilização da pessoa jurídica que praticou o ilícito corruptivo.²¹⁰

²⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21.

²⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7: Responsabilidade civil, p. 68.

²⁰⁹ Sobre o conceito do termo “risco criado”, vide artigo publicado por João Paulo Capelotti, que assim esclarece: “A dicção do art. 927, parágrafo único, do Código Civil é clara ao prever a responsabilidade objetiva por danos causados pelos riscos inerentes a determinada atividade. Não tão claro, porém, é o debate sobre a natureza dessa atividade: deve ela render proveito econômico ao causador do dano ou isso é indiferente para a responsabilização? Noutras palavras: o Código Civil de 2002 adotou a teoria do risco proveito ou a do risco criado? Atendendo à teoria do risco proveito, cria-se à vítima a necessidade de provar não só dano e nexos de causalidade, mas também o proveito econômico obtido com a atividade. Ou, ao menos, surge como argumento de defesa a inexistência de benesse econômica auferida pelo pretense responsável. Optando-se pela teoria do risco criado, supera-se o brocardo latino *ubi commoda, ibi incommoda*, pois não haverá comodidade a justificar a reparação, cujos fundamentos passam a residir apenas no dano em si e em seu nexos de causalidade com a atividade de risco. É, inequivocamente, uma perspectiva mais favorável à vítima, mas de consequências bastante mais gravosas ao objetivamente responsável, que passa a ter restritíssima matéria de defesa” (CAPELOTTI, J.P. Risco criado ou risco proveito? – Análise perspectiva e prospectiva do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, v. 16, n. 24, 2012).

²¹⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: RT, 201. p. 407.

9.4 Responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei n. 12.846/2013 – independência em relação à responsabilidade subjetiva da pessoa natural

A Lei Anticorrupção é aplicável às sociedades empresárias e às sociedades simples, independentemente do modelo societário adotado, assim como às fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro (parágrafo único do art. 1º).

Observamos que a lei não cita as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada (EIRELI), previstas no art. 980-A do CC.

A lei estabelece que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos na norma, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (art. 2º). Isso quer dizer que, para as pessoas jurídicas, a responsabilização não exige prova da conduta culposa do agente.

Essa responsabilidade objetiva é solidária entre sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, assim como àquelas resultantes de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, além de terceiras envolvidas nas condutas corruptivas tipificadas na lei (art. 4º, *caput* e §§ 1º e 2º).

As modalidades de reorganização societária elencadas no art. 4º da lei não são exaurientes. Isso porque em um grupo societário podem ser criadas outras pessoas jurídicas, no país ou no exterior, sem que os respectivos atos caracterizem propriamente uma reorganização.²¹¹

Caso a pessoa jurídica acusada de atos de corrupção prove, por exemplo, que o dano à ordem jurídica não decorreu da conduta de seus representantes, rompe-se o nexo de causalidade, não havendo que se falar em ilícito, tampouco na aplicação das sanções previstas nos arts. 6º e 19 da lei.²¹²

²¹¹ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: RT, 2015. p. 155-156.

²¹² Conforme Marcio Pestana, a responsabilidade objetiva enfatiza o aspecto causal, mas não a culpa. Refere-se ao risco que as empresas apresentam de, nas suas relações com o Estado, serem potencialmente ofensoras de valores relevantes para a coletividade e para o próprio Estado brasileiro: a moralidade, a probidade e o patrimônio público (PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei 12.846/2013*. Barueri: Manole, 2016. p. 9).

De acordo com o art. 3º da lei, a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual dos seus dirigentes ou administradores, assim como de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Entretanto, os dirigentes ou administradores da sociedade somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida de sua culpabilidade, ou seja, nesse caso, trata-se de responsabilidade subjetiva (art. 3º, § 2º).

Sobre esse ponto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, em artigo publicado sobre o tema, esclarecem que, pela sistemática da Lei n. 12.846/2013, os dirigentes e administradores da pessoa jurídica só podem ser responsabilizados por atos de corrupção caso seja comprovado que agiram com dolo ou culpa grave.²¹³

A responsabilização objetiva da pessoa jurídica pode encontrar seu fundamento na própria finalidade da lei: impedir a corrupção empresarial. Evita-se assim a possibilidade de a sociedade auferir vantagens ilícitas e depois alegar que não agiu com culpa, haja vista que responderá sempre que praticar ato lesivo em suas relações com a administração pública.²¹⁴

É importante que se diga que o fim último almejado pela lei é a restauração da moralidade do poder público (art. 37 da CF).²¹⁵

No que diz respeito às pessoas naturais, a punibilidade segue um regime menos gravoso, o que não impede a responsabilização da pessoa jurídica. Isso porque o art. 3º da lei estabeleceu um critério de independência para a apuração da responsabilidade da pessoa jurídica e das pessoas naturais ou administradores que a representam.

²¹³ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. *A juridicidade da lei anticorrupção*. Reflexões e interpretações prospectivas. Belo Horizonte: Forum, 2014.

²¹⁴ MAGALHÃES, J. M. R. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei n. 12.846/2013). *Revista Controle*, v. XI, dez. 2013.

²¹⁵ No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, de acordo com o princípio da moralidade “a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito. (...) Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 109-110).

Isso quer dizer que, mesmo que um administrador não tenha culpa em sua conduta e, portanto, não seja punido, seu ato contra o patrimônio público já acarreta a punição da pessoa jurídica que ele representa. Como a responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva, basta a ocorrência do ato ilícito para que exista sanção.²¹⁶

A independência da responsabilização da pessoa jurídica frente à responsabilidade individual das pessoas naturais de que trata o § 1º do art. 3º da Lei n. 12.846/2013 está de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, como se observa da seguinte passagem do Ministro Dias Toffoli:

Ainda que assim não fosse, no que concerne à norma do § 3º do art. 225 da Carta da República, não vislumbro, na espécie, qualquer violação ao dispositivo em comento, pois a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural (grifo nosso).²¹⁷

No Recurso, o ministro Dias Toffoli, referindo-se a Roberto Delmanto, cita que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas naturais, podendo a denúncia ser dirigida apenas contra a pessoa jurídica, caso não se descubra a autoria ou participação das pessoas naturais, ou direcionada contra todos.

Entende que foi exatamente para isso que as pessoas jurídicas passaram a ser responsabilizadas, pois na maioria absoluta dos casos não se descobria a autoria do delito.

A lei dispõe que a responsabilização das pessoas naturais é aplicável para quem exercer o cargo de dirigente ou administrador da pessoa jurídica que cometeu o ato ilícito.

Se por dirigente ou administrador entender-se o representante legal da pessoa jurídica, a independência entre as responsabilidades pode acarretar situações curiosas, pois, ainda que constatada a ausência de culpa na conduta do administrador que a representa (e expressa sua vontade), a pessoa jurídica será mesmo assim responsabilizada civil e administrativamente.

²¹⁶ Opinião diversa tem Marcio Pestana, que entende que apenas haveria responsabilização objetiva da pessoa jurídica caso fosse provada a conduta subjetivamente movida por dolo ou culpa grave de seus agentes, dado que as condutas lesivas tipificadas no art. 5º da lei pressupõe uma conduta instruída por dolo ou culpa grave. Uma vez provada a prática do querer doloso ou culposos, seria possível haver a responsabilização objetiva da pessoa jurídica (PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei 12.846/2013*. Barueri: Manole, 2016. p. 12-13).

²¹⁷ STF. RE 628.582-AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. julg. 6.9.2011. *DJe*, 10.10.2011.

9.5 Responsabilidade subjetiva dos administradores

A responsabilização dos administradores da companhia não se alterou, ou seja, a lei continua a atribuir-lhes responsabilidade pessoal pelos prejuízos causados à sociedade, aos sócios e a terceiros, por atos praticados sem a observância dos deveres de diligência, lealdade e informação (art. 1.011 do CC; e arts. 153 a 157 da LSA).

Os administradores das pessoas jurídicas também podem ser responsabilizados, pessoalmente, caso exerçam sua função de administração cometendo abusos, excessos ou infrações à lei, ao estatuto ou contrato social (CC, art. 1.016; e LSA, art. 158).

Nesse particular, o STJ (Recurso Especial n. 1.349.233/SP – 2012/0113956-5), ao tratar da configuração da responsabilidade civil de administrador, cita a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, para quem a responsabilização será sempre de índole subjetiva:

Por outro lado, para a conveniente operacionalização das normas sobre responsabilidade civil dos administradores de companhia, é suficiente a noção de que o descumprimento de dever legal acarreta a **obrigação de recompor os danos** provocados por essa conduta. Na verdade, **trata-se apenas de aplicar ao caso dos administradores de sociedade anônima a regra geral de responsabilidade civil por prejuízos derivados de ilícitos.**

[...]

Desse modo, a sociedade anônima, seu substituto processual, ou quem quer que demande administrador, por danos derivados do modo como ele exerce ou exerceu suas funções na companhia, deve provar: *a)* o descumprimento de dever imputado por lei ou pelo estatuto; *b)* **a existência e a extensão dos danos sofridos**; *c)* o liame de causalidade entre o descumprimento de dever e o prejuízo.²¹⁸

No voto do Ministro Luis Felipe Salomão consta que a administração do recorrente foi indicada pelo autor como danosa à companhia, principalmente em razão de gastos excessivos com viagens nacionais e internacionais com cartão corporativo, entre outros, que não deveriam ser imputados à sociedade.

Considerou-se que o administrador que exorbita seus poderes “age por conta e risco”, devendo responder integralmente por seus atos.

²¹⁸ Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165437930/recurso-especial-resp-13492-33-sp-2012-0113956-5/relatorio-e-voto-165437939>>. Acesso em 25 out. 2016. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 269-270.

A controvérsia também girou em torno da questão da qualidade da gestão. Reconheceu-se que o administrador tem o dever de envidar todos os esforços possíveis para atingir o fim social. O administrador assume uma responsabilidade de meio, e não de resultado, de modo que somente os prejuízos causados por culpa ou dolo devem ser suportados por ele.

Daí por que, em regra, erros de avaliação para atingir as metas sociais não geram responsabilidade civil do administrador para com a companhia, se não ficar demonstrada a falta de diligência que dele se esperava (art. 153 da LSA).

No caso, segundo apurado em instâncias inferiores, não se tratou simplesmente de uma gestão infrutífera, mas sim de uma gestão temerária, com nítidos traços de fraude contra a companhia.

Diferentemente do previsto para as pessoas jurídicas, a LAC (art. 3º, *caput* e § 2º) determina que a responsabilidade do administrador da pessoa jurídica ocorrerá na medida de sua culpabilidade, na condição de autor, coautor ou partícipe dos atos ilícitos (ou em concurso de pessoas).

Tomando conceitos extraídos do direito penal, segundo Damásio de Jesus:²¹⁹

- (i) autor é “o sujeito que executa a conduta expressa pelo verbo típico da figura delitiva (...) é quem dá causa ao evento (...). Não é somente quem realiza as características do tipo penal, mas também aquele que, de qualquer maneira, contribui para a produção do resultado”;
- (ii) coautor “é aquele que realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime (...) É a parte comunitária do crime. Cada um dos integrantes possui o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem plano comum de distribuição de atividades (...). Há divisão de tarefas (...). Nenhum deles é simples instrumento dos outros”;
- (iii) partícipe é aquele que, “não praticando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para a sua realização. Ele não realiza a conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas realiza uma atividade que contribui para a formação do delito”.

²¹⁹ JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 405-412.

Todos (autor, coautor e partícipe) têm responsabilidade subjetiva pela prática do ato lesivo, conforme § 2º do art. 3º da lei.

Qualquer administrador, no exercício de suas funções, estará sujeito a ser responsabilizado se de alguma forma conduzir a pessoa jurídica a atuar em desobediência aos deveres legais que se impõem ao exercício da atividade empresarial.

Sob a perspectiva da Lei Anticorrupção, quando se trata de analisar a responsabilidade individual subjetiva do administrador da sociedade, como autor, coautor ou partícipe do ilícito, é necessário primeiro identificar sua posição jurídica no quadro administrativo da empresa.

A atuação do administrador pode vincular a pessoa jurídica e ser decisiva para a conduta negocial entre pessoa jurídica e terceiro, situação que lhe impõe o dever de atuar de modo lícito, sob pena de ser civilmente responsabilizado pelos prejuízos que culposamente ocasionar tanto à sociedade como a terceiros.²²⁰

No caso de uma sociedade anônima, a diretoria é o órgão executivo da companhia, competindo aos seus membros dirigir a empresa e manifestar a vontade da pessoa jurídica na generalidade dos atos e negócios.²²¹

O diretor de uma S.A. poderia, por exemplo, no exercício de suas funções, prometer ou oferecer vantagem indevida a agente público, incorrendo no ilícito previsto no art. 5º da LAC. Nesse caso, além da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pelo ilícito, o diretor, pessoa física, também seria responsabilizado, no limite de sua culpabilidade.

Entretanto, o administrador também poderá ser responsabilizado ainda que sua conduta não vincule a pessoa jurídica, mas que esteja eivada de excesso ou abuso de suas funções e por essa via cause dano indenizável à própria pessoa jurídica, a sócio ou a terceiro.

Isto porque a atuação dos administradores em geral engloba um conjunto de deveres exigíveis pela pessoa jurídica e por todos aqueles que tenham interesse individual ilegalmente ferido pela sua conduta ilícita.

²²⁰ “Art. 1.022. A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador”.

²²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 256.

A Lei Anticorrupção determina a responsabilização individual de dirigentes ou administradores, assim como de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Dessa forma, qualquer pessoa que, direta ou indiretamente, esteja envolvida com a conduta e os negócios da pessoa jurídica é passível de ter seus atos enquadrados nos tipos lesivos previstos pela referida lei.

Esse enquadramento deve levar em consideração que os delitos corruptivos praticados pelos administradores e demais pessoas naturais são objeto de outras leis e de outros procedimentos administrativos e judiciais, civis e penais.

Corroborando esse entendimento o fato de que a lei trata apenas da pessoa jurídica quando dispõe sobre a responsabilidade e as sanções cabíveis pela prática dos delitos (Capítulo IV), assim como dos efeitos dessas punições (Capítulo VI). Destaca-se, assim, a autonomia dos delitos de corrupção praticados por administradores e demais pessoas naturais.²²²

No caso específico do conselheiro fiscal, sua principal atribuição é exercer a fiscalização sobre os administradores da companhia, em relação às contas, à legalidade, à legitimidade (interesse social) e à regularidade dos atos de gestão financeira (art. 163 da Lei n. 6.404/76).

Fábio Ulhoa Coelho identifica o conselho fiscal como principal instrumento de que dispõem os acionistas para a fiscalização da gestão da empresa. A este órgão compete requisitar informações, examinar documentos e opinar sobre a legalidade e a adequabilidade contábil dos atos da administração.²²³

Com base nas competências do conselho fiscal, é plenamente admissível que seu membro atue, senão como autor ou coator dos ilícitos de corrupção, pelo menos como partícipe do delito. Segundo os conceitos extraídos do Direito Penal, mesmo que ele não realize a conduta descrita pelo preceito primário da norma, pode bem realizar uma atividade que contribua para a formação do delito, ou concorrer de algum modo para sua realização.

²²² CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: RT, 2015. p. 68-70.

²²³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 257.

E poderá ser responsabilizado por qualquer pessoa atingida pela conduta ilegal, o sócio da companhia, por exemplo.

Lembramos que, além de civilmente, os conselheiros fiscais podem ser responsabilizados penalmente se, em parecer, fizerem afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou ocultarem fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo (art. 177 do CP).

9.6 Sanções administrativas (art. 6º) e judiciais (art. 19)

A Lei Anticorrupção prevê que as pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos, além da reparação integral dos danos causados, estão sujeitas a multa que pode atingir até 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo (art. 6º, I). Na hipótese de não ser possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de seis mil a sessenta milhões de reais (art. 6º, § 4º).

A lei também prevê como sanção a publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, II).

Quanto às penalidades administrativas de multa, os respectivos valores podem atingir somas vultosas. Por isso, a autoridade administrativa deverá atuar com moderação na aplicação dessas penalidades, sob pena de inviabilizar a própria atividade da pessoa jurídica, o que violaria o princípio constitucional da liberdade de iniciativa, fundamento da ordem econômica brasileira (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da Constituição Federal).

Por isso, ao fixar as sanções que serão aplicadas em decorrência de um ato de corrupção, a lei leva em consideração tanto aspectos relacionados ao infrator quanto características objetivas da infração.

É o que se depreende do art. 7º da lei, que prescreve que a aplicação da sanção deve levar em conta: (i) a gravidade da infração; (ii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iii) a consumação ou não da infração; (iv) o grau de lesão ou perigo de lesão; (v) o efeito negativo produzido pela infração; (vi) a situação econômica do infrator; (vii) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; (viii) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos

de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; (ix) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Vamos nos atentar ao inciso VIII da Lei referida, que prevê como circunstância atenuante o fato de o agente dispor de uma estrutura interna de prevenção de atos de corrupção.

Cabe lembrar que a responsabilidade da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial, exceto quando expressamente previsto na celebração de acordo de leniência.

De acordo com ao art. 19 da LAC, em decorrência da prática de atos lesivos previstos em seu art. 5º, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, bem como o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação de sanções às pessoas jurídicas infratoras. Tais sanções vão desde o perdimento de bens, direitos ou valores até a suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica, sua dissolução compulsória ou a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos públicos.

9.7 Regime de conformidade – *Compliance* (art. 7º, VIII)

O Decreto n. 8.420/2015 assim define programa de integridade:

um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Na aplicação da sanção, a Lei Anticorrupção leva em conta os programas e as medidas tomadas pela pessoa jurídica visando criar e efetivar métodos de controle e conformidade de suas atividades, a fim de prevenir eventuais práticas de corrupção por parte de seus profissionais.

É importante notar que a Lei Anticorrupção transfere para as companhias o dever de *compliance* (o termo tem origem no verbo inglês *to comply*, que significa *cumprir; agir de acordo com uma regra*). Consequentemente, a pessoa jurídica passa a ser a melhor fiscal do comportamento de seus dirigentes e administradores.

São as medidas de *compliance* preventivas de combate à corrupção que mostrarão que a pessoa jurídica agiu de boa-fé no relacionamento com a Administração Pública.

Tal preceito cria um incentivo a mais para que a pessoa jurídica crie estruturas voltadas a prevenção, detecção e redução dos riscos de ocorrência da prática corruptiva.

A corrupção (privada ou pública) se dá pelo abuso das funções exercidas no interior da pessoa jurídica, com obtenção de vantagens pessoais das mais diversas, em detrimento da própria pessoa jurídica, da concorrência, do mercado e do interesse da coletividade em geral. Tais práticas ilícitas devem ser objeto do regime de conformidade (*compliance*).

As providências de *compliance* no combate à corrupção são previstas na Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção de 2003 (art. 12), ratificada pelo governo brasileiro e promulgada pelo Decreto n. 6.287/2006, que impõe aos Estados signatários o dever de implantar instrumentos de prevenção de atos de corrupção, mediante transparência contábil e auditoria interna, além de transparência com o mercado.²²⁴

Recomendam-se, como medidas institucionais de *compliance*, a criação de um código de conduta que verse sobre o comportamento ético dos funcionários da pessoa jurídica, assim como dela própria, e a criação de uma auditoria interna independente, além de um comitê permanente e atuante de acompanhamento, formado por integrantes da diretoria e conselhos da pessoa jurídica.²²⁵

Pode-se citar também como providências de *compliance* a implementação de um regime de verificação de contas e de legitimidade dos negócios jurídicos, assim como a implantação de serviços permanentes de *due diligence* para acompanhamento de cada negócio jurídico, quanto a sua origem, seus termos contratuais, suas finalidades, bem como as implicações econômicas que dele resultem.

²²⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016.

²²⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: RT, 2015. p. 324-332.

No mesmo sentido, ações voltadas à transparência das organizações corporativas, a criação de canais internos de denúncias, assim como mecanismos de controle de contratos administrativos, são também medidas indicadas como favoráveis à prevenção aos ilícitos corruptivos.²²⁶

Em princípio, tais atividades estariam a cargo da auditoria interna, que é o órgão executivo de *compliance*. Entretanto, considerando-se que envolvem a análise e a verificação de contas contábeis, além da fiscalização da regularidade dos atos dos administradores, poderiam ser executadas ou supervisionadas pelo conselho fiscal.

O conselho fiscal estaria apto a realizar um controle mais independente de eventuais atos corruptivos (LSA, art. 162, § 2º, e art. 154, § 1º), por não estar subordinado aos órgãos da administração; já o comitê de auditoria, por fazer parte da administração, teria melhores condições de fazer um controle preventivo do que o conselho fiscal, dada sua interação com a administração da companhia.

Lembramos que a responsabilização civil da pessoa jurídica não depende das cautelas e providências que ela tenha tomado para prevenir a ocorrência dos atos ilícitos. Constatado o ilícito corruptivo, aplicam-se as sanções previstas na lei, sem prejuízo do dever de indenização pelas respectivas perdas.

As medidas de *compliance* aqui descritas, além de não serem obrigatórias, servem apenas como atenuantes das sanções impostas (art. 7º da LAC), mas não têm o poder de elidir a ilicitude do ato.

Nesse sentido, o § 4º do art. 5º do Decreto n. 8.420/2015 estabelece que a apresentação, pela pessoa jurídica, de informações e documentos provando a existência e o funcionamento de programas de integridade servirá como parâmetro de dosimetria das sanções a serem aplicadas.

O programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com o comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa.

A responsabilização dos administradores, inclusive dos conselheiros fiscais, ou de qualquer pessoa natural envolvida de alguma forma com os negócios da

²²⁶ MORANO, C. B. L. Uma breve análise das disposições da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). *Revista de Direito Brasileira*, v. 11, 2015. p. 203-204.

empresa e com os ilícitos porventura constatados, será apurada levando-se em conta sua culpabilidade, atuando como atenuantes eventuais cautelas ou medidas preventivas de *compliance*.

Lembramos que os padrões de conduta e políticas estabelecidos pelos procedimentos de integridade são aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos (§ 4º do art. 5º do Decreto n. 8.420/2015).

9.8 Acordo de leniência (art. 16)

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define “leniência” ou “lenidade” como “brandura”, “suavidade”, “doçura”, “mansidão”.²²⁷

No contexto da Lei Anticorrupção, leniência representa um pacto de colaboração firmado entre a autoridade pública e a pessoa jurídica indiciada, por meio do qual se estabelece a promessa de abrandamento das penalidades previstas pelo art. 6º da lei.

Tal abrandamento consiste na possibilidade de a pessoa jurídica que celebrou o acordo poder se beneficiar com a redução em até dois terços da multa aplicável, bem como com a isenção das penas de publicação da decisão condenatória e de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público (art. 16).

No caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados, a redução da multa poderá chegar até a sua completa remissão, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo (art. 16, § 2º, III).

A lei também prevê a isenção das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar, previstas na Lei n. 8.666/93 e em outras normas que tratam de licitações e contratos.

²²⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Coord. Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 1.252.

O objetivo do acordo é fazer com que as empresas colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dele resultem: a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, quando couber; a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração sob apuração; além do comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade (art. 16).

O compromisso da pessoa jurídica em implementar ou melhorar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e a aplicação efetiva do código de ética e de conduta é um dos requisitos apontados pela lei para que a pessoa jurídica possa celebrar o acordo (art. 16, § 1º, IV).

A leniência é um acordo de resultado, ou que efetivamente leve à produção de provas convincentes, capazes de indiciar as demais pessoas envolvidas no concurso corruptivo.²²⁸

Disso resulta que o compromisso de melhora nos sistemas de *compliance*, auditoria e demais mecanismos internos de denúncias de irregularidades deve ser tal que leve à efetividade dessas medidas pactuadas no acordo.

O papel do conselho fiscal pode aqui também ser relevante como mecanismo interno de denúncia, aos órgãos da administração ou à assembleia geral, dos erros, fraudes ou crimes que descobrirem, bem como de sugestão de providências úteis à companhia para o cumprimento dos compromissos assumidos quando da celebração do acordo de leniência (art. 163, III, da LSA).

²²⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: RT, 2015. p. 378.

10. FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO – UMA FISCALIZAÇÃO ATIVA DA GESTÃO SOCIAL

Segundo Norberto Bobbio²²⁹, a concepção repressiva do ordenamento jurídico é ainda dominante na teoria geral do direito. Tal concepção considera o direito como ordenamento coativo, estabelecendo um vínculo necessário e indissolúvel entre direito e coação. Daí a importância dada àquilo que o jurista chama de sanções negativas, pois a coação é considerada como tal.

Todavia essa visão do direito não é a mais adequada diante das transformações da sociedade contemporânea, contrapondo-se a ela uma nova visão, que consiste na função promocional do direito, fundamentada na

ação que o direito desenvolve pelo instrumento das *sanções positivas*, isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de *incentivos*, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, fim precípua das penas, multas, indenizações, reparações, restituições, ressarcimentos, etc., mas sim a promover a realização de atos socialmente desejáveis.²³⁰

A diferença entre um ordenamento com função protetivo-repressiva e um com função promocional pode ser resumida no seguinte: o primeiro se baseia na técnica do desencorajamento, que sanciona os atos indesejáveis ou obstaculiza sua ocorrência; o segundo tem por fim provocar o exercício de atos conformes, tornando-os mais atraentes.

É a passagem de um controle passivo (mais preocupado em desfavorecer ou reprimir ações não desejadas) para um controle ativo (preocupado em favorecer ações vantajosas).

O encorajamento pode se dar por meio de uma sanção positiva (prêmio, recompensa), que vem depois de realizado o ato desejado, ou pela facilitação, que

²²⁹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 7.

²³⁰ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 1-32.

precede ou acompanha o comportamento que se pretende encorajar. Uma medida de desencorajamento é uma ameaça; uma de encorajamento é uma promessa.²³¹

A técnica da facilitação, como técnica de encorajamento, é meio com o qual se exerce um controle sobre o comportamento de um grupo, encaminhando a atividade na direção desejada, não pelo estabelecimento de uma recompensa, mas pelo acompanhamento da ação e das condições em que ocorre.

O conselho fiscal, na qualidade de órgão de fiscalização da companhia, pode ter atuação relevante em ações positivas visando a facilitação de práticas de encorajamento com vistas a evitar ilícitos corruptivos.

O IBGC²³² entende que a função do conselho fiscal é

Contribuir para o melhor desempenho da organização. Pode servir como instrumento legal de implementação de uma política ativa de boas práticas de governança corporativa direcionada especialmente para a transparência e controle dos atos internos da companhia (grifo do autor).

Ainda segundo o IBGC, a atuação do órgão se dá pelo entendimento do negócio, por recomendações, pela elaboração de pareceres e pelo monitoramento de processos. O instituto sugere, como iniciativas do conselho fiscal, o acompanhamento da execução de orçamentos, da distribuição de dividendos, da política de informações, da pontualidade da empresa no cumprimento de suas obrigações, dos indicadores financeiros, do trabalho das auditorias, bem como o exame dos contratos e licitações, entre outras.

A Exposição de Motivos n. 196 da LSA apresenta o conselho fiscal como um órgão que tem um papel significativo a desempenhar na defesa da companhia e de seus acionistas:

Não é órgão de auditoria contábil, que somente pode ser exercida por organizações de profissionais especializados, mas de fiscalização dos administradores e de informação da Assembleia Geral, que poderá desempenhar papel da maior significação na defesa da companhia e dos acionistas ao acompanhar, efetivamente, a ação dos administradores, submetendo seus atos a apreciação crítica, para verificar o cumprimento de deveres legais e estatutários (grifo do autor).

²³¹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 17-18.

²³² INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Guia de orientação para o conselho fiscal*. 2. ed. Coordenação de Roberto Lamb e João Verner Juenemann. São Paulo: IBGC, 2007. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/1.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2016, p. 9.

O conselho fiscal é um órgão de fiscalização. Mas isso não significa que deve ser compreendido como um órgão passivo e de mera vigilância, mas sim como um órgão facilitador da empresa, auxiliando os administradores no encaminhamento da atividade na direção desejada, contribuindo com a companhia no atingimento dos fins para os quais foi criada.

O acréscimo de comandos positivos estimulam atos inovadores, por isso seu caráter promocional, em contraste com a atitude meramente passiva de repressão de atos não desejados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aperfeiçoamento do funcionamento da sociedade anônima é tema não só de interesse privado, mas também de interesse público, pois é ela canalizadora das poupanças do público investidor ao setor produtivo, servindo inclusive como instrumento de política econômica.

Para conseguir captar recursos no mercado, a sociedade anônima deve apresentar uma estrutura administrativa que proporcione aos seus sócios a garantia de que seu capital vai produzir uma rentabilidade tal que justifique o investimento realizado.

O conselho fiscal, enquanto órgão de existência necessária, faz parte dessa estrutura, cujas funções não se esgotam no exame das contas apresentadas pela diretoria, alcançando também a fiscalização dos atos de gestão da administração, que acabam por repercutir na posição financeira da companhia.

Logo, uma fiscalização efetiva dos negócios sociais se faz necessária para que os objetivos inicialmente propostos pelos fundadores da companhia, assim como aqueles almejados pelos investidores do mercado, sejam alcançados.

Viu-se nesta discussão que o aprimoramento do conselho fiscal, quando da edição da LSA em 1976, partiu da constatação da sua ineficácia como mecanismo de tutela das minorias acionárias no regime anterior, o que era um entrave à proposta de crescimento da economia brasileira e ao desenvolvimento do mercado de capitais.

Isso quer dizer que o conselho fiscal não era representativo dos vários interesses envolvidos numa sociedade anônima.

Trajano de Miranda Valverde²³³ já levantava dúvidas acerca da eficácia do conselho fiscal como órgão de fiscalização das sociedades anônimas. A esse respeito, apontava, como solução mais aconselhável, a designação de auditores independentes para, além de examinar a situação econômico-financeira da sociedade, examinar sua gestão administrativa.

²³³ VALVERDE, Trajano de Miranda. A reforma da legislação relativa às sociedades por ações. *Revista de Direito Mercantil*, p. 153-156, n. 1, 1971.

Em princípio, a auditoria externa e independente pode servir como mecanismo auxiliar na fiscalização da sociedade, mas ela não substitui o conselho fiscal, haja vista que as atribuições deste último são indelegáveis.

Além do mais, a função principal da auditoria externa independente é cuidar da veracidade das contas e demonstrações financeiras apresentadas pela diretoria executiva, e não da gestão dos administradores, atribuição esta conferida ao conselho fiscal.

No Brasil, o órgão voltado essencialmente à fiscalização é o conselho fiscal. Sua independência em relação aos órgãos da administração pode ser apontada como um de seus principais benefícios.²³⁴

Serve esse órgão a todos os acionistas da sociedade, controladores ou não, mesmo porque a LSA, ao prever o direito essencial à fiscalização (LSA, art. 109, III), não faz distinção a qualquer classe de acionista.

Grande parte das legislações estrangeiras reconhece a necessidade de submeter os membros da administração ao controle e à fiscalização de outro órgão. O direito estrangeiro adota, via de regra, a auditoria externa como mecanismo de fiscalização.²³⁵

O direito francês é o mais aperfeiçoado, adotando um sistema de fiscalização externa profissional e rígido.²³⁶

O direito norte-americano é outro exemplo de país que adota o sistema de fiscalização externa, por meio de profissionais denominados *auditors*. Foi nesse

²³⁴ Já na vigência do anterior Decreto-lei n. 2.627/40, Trajano de Miranda Valverde reconhecia a necessidade de submeter os membros da administração das sociedades anônimas ao controle e fiscalização de pessoas que não participassem da gestão do patrimônio social (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações: comentários ao Decreto 2.627 de 26 de setembro de 1940*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 2, p. 335).

²³⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 596-601.

²³⁶ Na França, a fiscalização das companhias é obrigatoriamente exercida por profissionais denominados *commissaires aux comptes*, devidamente inscritos no registro competente, com poderes permanentes de verificação dos documentos que julgarem necessários ao desempenho de suas funções. A omissão da nomeação dos comissários sujeita os responsáveis à pena de prisão de dois anos e multa. Por sua vez, aos comissários é prevista pena de prisão de cinco anos e multa nos casos de falsidade em seus relatórios ou se deixarem de denunciar ao Procurador da República os ilícitos de que tenham conhecimento. Esse sistema sofreu influência do direito societário inglês, que também adota um sistema rígido de fiscalização externa através dos *auditors* (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 596-598).

regime que se baseou o sistema de auditores independentes da legislação brasileira.

Nos EUA, a alta independência e a estabilidade dos auditores são consequências das rígidas exigências da SEC, que conferem aos relatórios dos auditores alto grau de confiabilidade e certeza.²³⁷

No Brasil, como se viu, adotou-se o sistema de fiscalização orgânica, por meio do conselho fiscal, o qual, com base nas considerações deste trabalho, pode-se dizer que é um mecanismo significativo para o exercício da fiscalização por parte dos acionistas.

A exemplo dos EUA e de diversos países europeus, o Brasil poderá evoluir para um sistema de fiscalização externa e profissional de auditoria independente.²³⁸

A eficácia do órgão vai depender do grau de rigidez e da confiança dos investidores na atuação do nosso órgão regulador (CVM), assim como na confiança na administração da companhia, responsável pela indicação e pela destituição dos auditores (LSA, art. 142, IX).

O órgão responsável pela fiscalização da empresa, assim como pela dos atos de seus administradores, deve ser planejado de modo a não servir como instrumento de pressão de qualquer grupo específico de acionistas ou para suportá-la, mas de modo a que consiga desempenhar com eficiência e qualidade as funções para as quais foi criado, auxiliando a companhia a cumprir seu fim social.

²³⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 598-599.

²³⁸ Recordamos que, quando das discussões sobre a reforma da LSA, mais especificamente no que se refere ao aperfeiçoamento da disciplina interna das sociedades, uma das soluções apontadas para assegurar a gestão honesta e responsável das companhias foi a previsão de auditoria externa obrigatória, por intermédio de firmas fiscalizadas e registradas no Banco Central, além de sujeitas à responsabilidade civil e criminal por seus pareceres, com extinção do conselho fiscal, cujas atribuições seriam transferidas ao conselho de administração (LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da lei de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, n. 7, São Paulo, RT, p. 123-158, 1972. p. 142). Não se extinguiu, entretanto, o conselho fiscal, que teve suas funções ampliadas. A Exposição de Motivos da LSA deixou claro que o conselho fiscal não é um órgão de auditoria contábil, mas de fiscalização dos administradores e de informação da assembleia geral, com papel significativo na defesa da companhia e de seus acionistas.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minorias em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Quorum, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BORBA, Gustavo Rabelo Tavares. *O exercício do direito de voto na sociedade anônima*, 2006, p. 191-208. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/751060/DLFE-45604.pdf/Revista_61_Doutrina_pg_191_a_209.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

BRASIL. BM&FBOVESPA. *Regulamento de listagem no novo mercado*. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/novo-mercado/>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. *Resolução 3.198, de 27 de maio de 2004*. Dispõe sobre a prestação de serviços de auditoria independente para as instituições financeiras e demais instituições a funcionar pelo Banco Central. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/46402/Res_3198_v9_P.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Presidência da República. *II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975-1979)*, 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/anexo/ANL6151-74.PDF>. Acesso em: 5 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 512.418/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. s.j.: 7.12.2004. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_512418_SP_1266475814923.pdf?Signature=XG5Yo%2FCUq%2Bpu%2BM2HatVihk27rfU%3D&Expires=1477247279&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d14334ed6073662ca9414f58f1ae26dc>. Acesso em: 24 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.349.233/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. s.j.: 6.11.2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165437930/recurso-especial-resp-1349233-sp-2012-0113956-5/relatorio-e-voto-165437939>>. Acesso em 25 out. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível n. 1.0000.00.340235-1/000*. Relator: Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes. s.j. 11.9.2003. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5808906/100000034023510001-mg-100000340235-1-000-1/inteiro-teor-11957617>>. Acesso em: 27 set. 2016.

BREI, Zani Andrade. *Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso*. Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/download/8128/6943>. Acesso em: 27 set. 2016.

BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico do conselho fiscal das S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Alteração da Lei das Sociedades por Ações – o substitutivo do Deputado Emerson Kapaz. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 143-160.

CAPELOTTI, J. P. Risco criado ou risco proveito? – Análise perspectiva e prospectiva do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, v. 16, n. 24, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. 3. ed. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1951.

CARTA CAPITAL. *Por que a sua companhia não tem um conselho fiscal permanente?* Edição 84, 2010. Disponível em: <<https://capitalaberto.com.br/temas/por-que-a-sua-companhia-nao-tem-um-conselho-fiscal-permanente/#.V593iTFTFMt>>. Acesso em: 1º ago. 2016.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2 e v. 3.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: RT, 2015.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

COMIRAN, Giovana Cunha. O modelo anglo-americano de governança corporativa. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Coord. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, v. 63, São Paulo: RT, jan./mar. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *O acionista minoritário no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CVM. *PAS 2005/1443/RJ*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2006/20060510_PAS_RJ20051443.pdf>.

Acesso em: 1 jul. 2016.

CVM. *PAS CVM RJ 08/05*. Relator: Eli Loria. s.j. 12.12.2007. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2007/20071212_PAS_082005.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CVM. *PAS n. 07/05*, s.j. 24.4.2007. Relator: Marcelo Trindade. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2007/20070424_PAS_0705.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CVM. *PAS n. 11/2012*. s.j. 2.12.2014. Relatora: Ana Novaes. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2014/20141202_PAS_112012.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CVM. *PAS n. 118/2007/SP*. Relator: Marcos Barbosa Pinto. s.j. 26.2.2008.

CVM. *PAS. RJ 2007/3246 e 2006/5701*. Reg. n. 5489/2007. Rel. Marcelo Fernandez Trindade. s.j. 10.7.2007. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisooes/anexos/0003/5489-0.pdf>> Acesso em: 15 set. 2016.

CVM. *Proc. 2005/08/RJ*. Diretor Relator Eli Loria. s.j. 12.12.2007. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2007/20071212_PAS_082005.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CVM. *Proc. 2007/11086/RJ*. Pedido de Reconsideração. Relator: Marcos Barbosa Pinto. s.j. 23.9.2008. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/decisooes/2008/20080923_R1/20080923_D02.html>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CVM. *Proc. n. 2004/3708/RJ*. Rel. Marcelo Fernandez Trindade. s.j. 24.8.2004. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisooes/anexos/0002/4455-0.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

CVM. *Proc. n. 2006/579/RJ*. Recurso improvido em s.j. de 21.3.2006. Diretor Relator: Pedro Oliva Marcilio de Souza. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisooes/anexos/0003/5044-0.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

CVM. *Proc. n. 2007/11086/RJ*. Diretor Relator: Marcos Barbosa Pinto. s.j.: 6.5.2008 (com pedido de reconsideração negado em 23.9.2008). Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisooes/anexos/0004/5633-0.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CVM. *Proc. n. 2009/13179/RJ*. Diretor-relator: Alexsandro Broedel Lopes. s.j. 9.9.2010. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisooes/anexos/0007/7190-4.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2016.

DAMI, Anamelia Borges Tannús et al. *Estrutura de propriedade no Brasil: evidências empíricas no grau de concentração acionária*, p. 6. Trabalho apresentado em Congresso promovido pela FIECAFI/USP, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.congressosp.fiecafi.org/web/artigos62006/198.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7: Responsabilidade civil.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2.

EIZIRIK, Nelson. Limites à atuação do conselho fiscal. *RDM* n. 84, São Paulo: Malheiros, p. 13-18, out./dez. 1991.

EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. e do mercado de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

EIZIRIK, Nelson. *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FAMA, Eugene F.; JENSEN, Michael C. Separation of ownership and control. *Journal of Law and Economics*, v. 26, jun. 1983. Harvard University Press.

Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=94034>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.94034>>. Acesso em: 13 set. 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Coord. Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 11. ed. São Paulo: Sedegra, 1973. v. 3.

FERRI, Carlo Emilio. *La società per azione come strumento dello sviluppo economico*. Relazione presentata al Simposio sulla riforma delle società per azioni promosso dal Centro di studi giudiziari italo-statunitense. Varenna, Villa Monastero, 10-13 set. 1964, p. 631-645. Disponível em:<https://www.jstor.org/stable/43209328?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 7 set. 2016.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Assembleias gerais. In: Maria Eugênia Finkelstein e Marcelo Martins Proença (Coord.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Série GVlaw).

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito. *RDM* n. 139, São Paulo: Malheiros, jul./set. 2005.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GALBRAITH, John Kenneth. *O novo estado industrial*. 2. ed. São Paulo: Pioneira (Novos Ubrais), 1977.

GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. 2. ed. Padova: Cedam, 1988. Volume settimo – la società per azione.

GITMAN, Lawrence. *Princípios de administração financeira*. 7. ed. São Paulo: Harbra, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Direito das minorias na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Malheiros, n. 63, p. 106-111, jun./set. 1986.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O conselho fiscal e o direito à informação. *Revista de Direito Mercantil* n. 45, São Paulo, Malheiros, p. 29-34, jan./mar. 1982.

HILÁRIO, Benedito Garcia. Conselho fiscal da sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil*, n. 12, p. 55-70, 1973.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Guia de orientação para o conselho fiscal*. 2. ed. Coordenação de Roberto Lamb e João Verner Juenemann. São Paulo: IBGC, 2007. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/1.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

ITO, Sidney. *Governança corporativa e Sarbanes-Oxley: o dia seguinte*. São Paulo: KPMG Business Magazine, 2005. v. 3.

JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*, I (Impresa e società). 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

JENSEN, M. C.; MECKLING, W.H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, p 305-360, 1976.

JENSEN, Michael C. *A Theory of the firm, governance, residual claims, and organizational forms*. Cambridge: Harvard University, 2000.

JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte especial – dos crimes contra a fé pública e dos crimes contra a administração pública*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

KAGUEJAMA, Paula Thieme; ZANGALI, Haissa Vivi. A consistência na utilização da *affectio societatis* nos julgados referentes à dissolução parcial e à exclusão de sócio das câmaras reservadas de direito empresarial (TJSP). *Revista de Direito Mercantil* n. 163, São Paulo, Malheiros, set./dez. 2012.

KPMG'S AUDIT COMMITTEE INSTITUTE. 18ª Mesa de Debates: Conselho Fiscal e Comitê de Auditoria: responsabilidades, potenciais conflitos e lições aprendidas, 2009. Disponível em: <http://www.kpmg.com.br/aci/publicacoes/2009/18_mesa_debates.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da lei de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, n. 7, São Paulo, RT, p. 123-158, 1972.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LORIA, Eli; MENDES, Hélio Rubens de Oliveira. A formação histórica da sociedade anônima e sua contribuição para o desenvolvimento econômico. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Coord. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, v. 56, São Paulo, RT, abr./jun. 2012.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 2.

MAGALHÃES, J. M. R. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei n. 12.846/2013). *Revista Controle*, v. XI, dez. 2013.

MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Exposição de Motivos n. 196*, de 24 de junho de 1976. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis/anexos/em196-Lei6404.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2016.

MORANO, C. B. L. Uma breve análise das disposições da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). *Revista de Direito Brasileira*, v. 11, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. *A juridicidade da lei anticorrupção*. Reflexões e interpretações prospectivas. Belo Horizonte: Forum, 2014. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito societário: desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 120-155.

NAJJARIAN, Ilene Patrícia de Noronha. Das ações de sociedades anônimas como originadoras de outros valores mobiliários. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, Marcelo Martins (Coord.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Série GV Law).

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. Função e impacto das sociedades anônimas no sistema jurídico e econômico brasileiro. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (Coord.). *Sociedades anônimas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (Série GVLaw).

OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico). *White paper on corporate governance in Latin America*, 2003. Disponível em: <<https://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/18976210.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2016

ORGANIZAÇÃO. *Transparency International*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2013/results>>. Acesso em: 29 maio 2016,

PARENTE, Norma Jonssen. *Aspectos jurídicos do "insider trading"*. Rio de Janeiro, 1978. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/serieshist/estudos/anexos/Aspectos-Juridicos-do-insider-trading-NJP.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2016.

PARENTE, Norma Jonssen. O dever de lealdade do administrador e a oportunidade comercial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Coord. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, v. 54, São Paulo, RT, out./dez. 2011.

PELEIAS, Ivam Ricardo; SANTOS, Maria Cristina Lourenço dos. *Conselho fiscal: responsabilidade com a sociedade e os investidores*. São Paulo: Atlas, 2010.

PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei 12.846/2013*. Barueri: Manole, 2016.

PITTA, Andre Grunspun. *O direito do acionista à informação*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3: Sociedade anônima, p. 163-204.

PONTES, Evandro Fernandes de. *O conselho fiscal nas companhias abertas brasileiras*. Coimbra: Almedina, 2012.

PORTUGAL. *Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=524&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 25 set. 2016.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Direitos e deveres dos acionistas*. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, Marcelo Martins (Coord.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Série GV Law).

QUATTRINI, Larissa Teixeira. *Os deveres dos administradores de sociedades anônimas abertas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ROBERT, Bruno. Proxy solicitation and shareholder director nominations in Brazil: a comparative analysis of Instrução CVM n. 481/2009. *RDM* n. 155/156, São Paulo, Malheiros, p. 76-104, ago./dez. 2010.

ROSE, Marco Túlio de. Fidelidade societária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Coord. Arnaldo Wald e José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, v. 51, São Paulo, RT, p. 19-55, jan./mar. 2011.

ROSSETTI, José Paschoal. *Política e programação econômicas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

ROVAI, Armando Luiz. *Impacto do Código Comercial de 2002 no registro de empresa na era da globalização*. 220 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Administradores de sociedades anônimas: relação jurídica entre o administrador e a sociedade*. São Paulo: Almedina, 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. Proteção ao acionista minoritário no Brasil: breve histórico, estrutura legal e evidências empíricas. *Artigos DireitoGV*, p. 27, dez. 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SCALZILLI, João Pedro et al. Perspectivas para a disciplina da companhia aberta: principais desafios do direito societário brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, n. 158, São Paulo, Malheiros, p. 211-241, abr./jun. 2011.

SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Sirey, 1970, n. 21.b.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION – SEC. *Standards Relating To Listed Company Audit Committees, 2003*. Disponível em: <http://www.sec.gov/rules/proposed/34-47137.htm#P113_18819>. Acesso em: 19 out. 2015.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Anchieta da. *O conselho fiscal nas sociedades anônimas brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979. v. 1.

TRIUNFANTE, Armando. A proteção do sócio minoritário no código das sociedades português. In: *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*. COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). Coimbra: Almedina, 2012.

UNITED STATES. Congress American. S.2673 – *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002*. *Law Sarbanes-Oxley*. July, 2002. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/107th-congress/senate-bill/2673/text>>. Acesso em: 19 out. 2015.

VALVERDE, Trajano de Miranda. A reforma da legislação relativa às sociedades por ações. *Revista de Direito Mercantil*, n. 1, p. 153-156, 1971.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações: comentários ao Decreto 2.627 de 26 de setembro de 1940*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 2.

WAISBERG, Ivo. Direito e economia: o efeito bumerangue do populismo jurídico. In: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coord.). *A empresa no terceiro milênio*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2005.

WORLD ECONOMIC FORUM. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index/competitiveness-rankings/#series=GCI.A.01.01.02>>. Acesso em: 20 out. 2016.

ZANGALI, Haissa Vivi; THIEME, Paula Thieme Kaguejama. A consistência na utilização da *affectio societatis* nos julgados referentes à dissolução parcial e à exclusão de sócio das câmaras reservadas de direito empresarial (TJSP). *Revista de Direito Mercantil*, n. 163, São Paulo, Malheiros, p. 207-225, set./dez. 2012.