

Interessado: Villares Investimentos e Participações Ltda.

Assunto: Interpretação do art. 161, §4º, da Lei das Sociedades por Ações

Declaração de Voto do Diretor Eli Loria

Conforme já relatado, trata-se de recurso interposto pela empresa Villares Investimentos e Participações Ltda., detentora de 3,12% do capital votante e total da companhia aberta Aços Villares S/A, contra entendimento da Superintendência de Relações com Empresas - SEP, de 21/03/07, que tratou de consulta quanto aos procedimentos para instalação e eleição dos membros do Conselho Fiscal, nos termos do artigo 161, 4º, da Lei nº 6.404/76.

Ainda que doutrinadores entendam que a redação desse dispositivo legal seja auto-explicativa ⁽¹⁾, a controvérsia suscitada demonstra que tal entendimento não é unânime, ressaltando-se que os doutrinadores, em geral, não adentram aos detalhes da votação em separado ⁽²⁾.

Nos termos da lei societária, a companhia terá um conselho fiscal, instalado de modo permanente ou a pedido de acionistas em determinados exercícios sociais, consoante disposição estatutária, composto de 3 a 5 membros, acionistas ou não, eleitos pela Assembléia Geral.

Miranda Valverde ⁽³⁾ faz referência à Companhia Privilegiada das Índias Ocidentais, em assembléia realizada no primeiro quartil do século XVII, como a primeira menção à fiscalização dos diretores por comissários nomeados pelos co-participantes, cabendo comentar, *en passant*, que, em nossa legislação, a instalação do Conselho Fiscal surge como obrigatória com o advento do Decreto nº 434, de 1891, que consolidou as disposições legislativas e regulamentares sobre as sociedades anônimas, em seu Capítulo V, "DOS FISCAES", em seu artigo 118 ⁽⁴⁾, sendo que a maioria elegia tanto os administradores quanto os fiscais.

Já sob a égide do revogado Decreto-lei nº 2.627, de 1940, o Conselho Fiscal, a luz de seu artigo 124, também era de atuação permanente ⁽⁵⁾, mas os acionistas preferencialistas e os "acionistas dissidentes", entendidos como acionistas minoritários com direito a voto, titulares de mais de 20% do capital social, podiam eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente ⁽⁶⁾.

Segundo Requião, "esse preceito salvava da inutilidade absoluta o conselho fiscal, pois o uso dessa faculdade representou o mais ativo mecanismo de defesa efetiva dos acionistas minoritários" ⁽⁷⁾.

Conforme Miranda Valverde ⁽⁸⁾, ainda que o estatuto pudesse fixar o número de membros do conselho fiscal acima do mínimo legal de três, uma vez que a lei não fixava o número máximo de integrantes, aos preferencialistas e "dissidentes" caberia a eleição de um único membro, lembrando que o órgão tinha natureza colegial, com decisões tomadas pela maioria, embora a atuação do conselheiro fiscal fosse individual.

A Exposição de Motivos do projeto que viria a ser promulgado como Lei nº 6.404/76 (Mensagem nº 204, de 1976, do Poder Executivo) já destacava, à época, que "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", bem como a importância do Conselho Fiscal como instrumento de proteção aos acionistas "dissidentes" quando estes fazem uso do direito de eleger um membro do Conselho Fiscal em separado, devendo este ter conhecimentos que permitam fiscalizar os órgãos da administração.

Vale lembrar que existem na lei societária, direitos próprios do acionista, que não podem ser modificados ou suprimidos pela Assembléia Geral ou pelo estatuto social. O art. 109 ⁽⁹⁾, ao enumerá-los, destaca em seu inciso III o poder de fiscalizar a gestão dos negócios sociais.

Assim, o Conselho Fiscal é órgão de fiscalização e de informação do acionista e o pedido de instalação concretiza um direito conferido ao acionista pela lei societária e, desde que atendidos os requisitos do art. 161, § 2º, da lei societária, a companhia está obrigada a instalar o mencionado conselho e, nesse sentido julgado do TJSP (AC 317.660-4/2-00, j. 18/12/03): "A criação do conselho fiscal, nas sociedades anônimas, não constitui faculdade mas dever".

Quando o funcionamento do Conselho Fiscal não for permanente, o mesmo será instalado a pedido de acionistas que representem, no mínimo, 10% das ações com direito a voto ou 5% das ações sem direito a voto, cabendo notar que nas sociedades de economia mista o seu funcionamento é permanente nos termos do disposto no art. 240 ⁽¹⁰⁾ da lei societária.

A CVM, por intermédio da Instrução CVM nº 324/00, com fulcro no art. 291, *caput*, da Lei nº 6.404/76, fixou escala, em função do capital social, reduzindo as porcentagens mínimas de participação acionária necessária ao pedido de instalação de Conselho Fiscal de companhia aberta previsto no § 2º do art. 161 da Lei nº 6.404/76.

Assim, consoante a citada Instrução, para as companhias abertas que possuam capital social superior a R\$150.000.000,00, o Conselho Fiscal de funcionamento não permanente será instalado pela Assembléia Geral, a pedido de acionistas que representem 2% das ações com direito a voto ou 1% das ações sem direito a voto.

Destaca-se a possibilidade de atuação individual do integrante do Conselho Fiscal, conforme art. 164, PU ⁽¹¹⁾, mormente após a reforma legislativa de 2001, que permite a apresentação e leitura de pareceres e representações do conselho fiscal, ou de qualquer um de seus membros, na Assembléia Geral, ainda que a matéria não conste da ordem do dia, afastando a preocupação doutrinária de que a lei, apesar de garantir a participação de minoritários no conselho fiscal, confirmava a preponderância dos interesses do acionista majoritário ⁽¹²⁾.

Assim, da competência do Conselho Fiscal, abordada pelo art. 163, depreende-se que suas funções não são colegiais unitárias, com a expressa possibilidade de iniciativa individual de seus integrantes, uma vez que se destaca, no inciso I, a "função de fiscalizar, **por qualquer de seus membros**, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários", e, em seu inciso IV, "denunciar, **por qualquer de seus membros**, aos órgãos de administração e, se estes não tomarem as providências necessárias para a proteção dos interesses da companhia, à assembléia-geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia", bem como em seu § 2º, no que se refere à solicitação de informações a pedido de qualquer dos membros, e no § 4º, quanto à solicitação de esclarecimentos ou informações aos auditores.

Visando, ainda, a uma atuação eficiente dos membros do Conselho Fiscal, o legislador apontou no *caput* do art. 162 o requisito de capacidade profissional com a necessidade do mesmo ser diplomado em curso de nível universitário, ou que tenha exercido por 3 anos, no mínimo, de cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal, o que transcende o tradicional padrão do "homem ativo e probo" do art. 153, aplicável ao conselheiro fiscal por força do art. 165 ⁽¹³⁾, além do requisito da honorabilidade de seus membros pelo art. 162, § 2º ⁽¹⁴⁾, que remete ao art. 147 ⁽¹⁵⁾.

O legislador, além de buscar preservar a independência do conselho fiscal ao vedar que membros de órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia, além das pessoas enumeradas nos parágrafos do art. 147, possam integrar o Conselho, preocupou-se, no art. 162, § 3º, com a sua digna remuneração e, na reforma introduzida pela Lei nº 9.457/97, com o "*reembolso, obrigatório, das despesas de locomoção e estada necessárias ao desempenho da função*", objetivando a atuação mais eficiente do órgão e de seus integrantes.

Ademais, o § 8º do art. 163 ⁽¹⁶⁾ introduzido pela Lei nº 9.457/97 ampliou os poderes do Conselho Fiscal e o não atendimento pela diretoria do pedido de indicação de perito poderá configurar infração ao dever de diligência.

Tais aspectos se refletem, em contrapartida, nos deveres dos integrantes do Conselho Fiscal, elencados no art. 165, em especial no § 1º ⁽¹⁷⁾, introduzido pela Lei nº 10.303/01, que define o comportamento abusivo, e do atual § 3º, antigo § 2º, que somente exime a responsabilidade solidária dos membros do conselho fiscal por omissão no cumprimento de seus deveres daquele que fizer consignar sua divergência em ata da reunião do órgão e a comunicar aos órgãos da administração e à Assembléia Geral.

Já Miranda Valverde, ao comentar o Decreto-lei nº 2.627, apontava que:

"Tratando-se de deliberações ou resoluções do Conselho Fiscal, os membros que divergiram do voto da maioria têm o dever de manifestar, por escrito, as razões da divergência. Isso permitirá aos acionistas ajuizar do valor do parecer do Conselho e servirá, também, para definir a responsabilidade civil e criminal de cada um, caso ocorra." ⁽¹⁸⁾ (grifei).

Às responsabilidades civil e criminal podemos acrescentar a administrativa no caso das companhias abertas.

Cabe apontar, ainda, que a reforma da lei societária de 2001, ao apontar no art. 165, § 1º, 1ª parte, que os membros do conselho fiscal deverão exercer suas funções no exclusivo interesse da companhia, dirimiu a antiga controvérsia se o representante das minorias agia na defesa dos interesses específicos de seus eleitores.

Dada a importância do tema, a Comissão de Valores Mobiliários editou a Instrução CVM nº 131/90 definindo como infração grave o descumprimento dos deveres previstos no art. 165 da lei societária, o que pode ensejar a aplicação das penalidades previstas nos incisos III e VI do artigo 11 da Lei nº 6.385/76.

No caso em comento, verifica-se que a companhia aberta instalou o Conselho Fiscal por solicitação do controlador e que seus 3 membros foram por ele indicados, não sendo atendida a solicitação do Recorrente de eleger um membro do Conselho sob a alegação de inexistência de previsão legal.

Certo é que o dispositivo legal em comento não sofreu alteração desde a edição da atual lei societária e que o entendimento exarado pela SEP é o prevalecente na doutrina tradicional ⁽¹⁹⁾.

No entanto, a evolução legislativa descrita acima aponta uma nítida direção no sentido de buscar maior eficiência na atuação do Conselho Fiscal, órgão tão criticado ao longo da história das sociedades por ações neste país, por intermédio da maior participação dos acionistas minoritários na fiscalização dos atos praticados pela administração, nem sempre com seus interesses alinhados aos dos minoritários.

O Diretor-relator traz novas luzes sobre a matéria e com ele devo concordar, seja pelo viés da interpretação literal, seja da interpretação histórica, mas principalmente pela interpretação sistemática e teleológica.

Ao longo dos anos nos defrontamos com um aparente paradoxo da lei societária quando a mesma, em seu artigo 291, autoriza a CVM a reduzir, mediante fixação de escala em função do valor do capital social, a porcentagem mínima aplicável às companhias abertas do §2º do art. 161, sem fazer menção à possibilidade de redução do *quorum* necessário para que os acionistas minoritários possam eleger um conselho fiscal, nos termos do § 4º do mesmo artigo.

Assim, devo concordar com o Relator no sentido de que o art. 161, §4º, "a", 2ª parte, trata do número de ações da companhia detidas por acionistas minoritários detentores de ações com direito a voto, sejam ordinaristas ou preferencialistas, e não do número de ações detidas pelos minoritários presentes ao conclave.

Caso existam 10% das ações com direito a voto em poder de acionistas minoritários, estes, reunidos em qualquer número e em votação apartada, poderão eleger um membro do Conselho Fiscal.

O dispositivo apresenta um critério para que os acionistas minoritários possam pleitear o exercício do direito de realizar uma votação em separado na própria Assembléia Geral, sem que para isso tal matéria necessite constar da ordem do dia, respeitada a porcentagem mínima de participação acionária necessária ao pedido de instalação de Conselho Fiscal de companhia aberta previsto no § 2º do art. 161 da Lei nº 6.404/76 e, no caso das companhias abertas, na Instrução CVM nº 324/00.

No caso de Conselho Fiscal de funcionamento não permanente instalado pela Assembléia Geral a pedido de acionistas minoritários de uma companhia aberta que não possua acionistas minoritários (titulares de ações ordinárias e preferenciais com direito a voto) representando, em conjunto, 10% ou mais das ações com direito a voto, resta prejudicado o dispositivo de eleição do art. 161, § 4º, alínea "a", e os demais acionistas com direito a voto deverão eleger todos os membros do Conselho Fiscal, efetivos e suplentes. Caso estes não queiram fazê-lo, os demais acionistas presentes poderão então eleger os membros do Conselho Fiscal.

Da votação em separado dos acionistas minoritários para a eleição de seu representante no Conselho Fiscal não poderão participar os acionistas controladores, prevalecendo a maioria simples dos votos de todos os acionistas minoritários presentes que queiram exercer seu direito, não computados os votos em branco, podendo existir até três colégios eleitorais ⁽²⁰⁾ na constituição do conselho fiscal: o dos acionistas sem voto ou com voto restrito, o dos minoritários detentores de ações com direito a voto e o dos demais acionistas.

Esse entendimento incrementa a participação dos acionistas nas assembleias gerais, o chamado "ativismo societário", resultando, por outro lado, em uma verificação mais acurada do comportamento dos membros do Conselho Fiscal, inclusive para que a participação dos acionistas minoritários não sirva como instrumento de abuso da minoria, devendo se ater aos ditames legais e ao limite do razoável.

Tratando-se de matéria controversa e sobre a qual não havia manifestação do Colegiado da CVM, entendo que a orientação ora expandida somente deverá produzir efeitos "*ex nunc*", reconhecendo não ter havido prática abusiva por parte da companhia ou de seu controlador.

Rio de Janeiro, 06 de maio de 2008.

Eli Loria

(1) CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*, 3ª ed, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p. 316.

(2) Ver MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Vol II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 424; REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, Vol II, São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 184; CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Ob. cit., p. 317; BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Vol II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977, p. 743; PERIN JUNIOR, Ecio. *A lei n. 10.303/2001 e a proteção do acionista minoritário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 75 e 135; AMENDOLARA, Leslie. *Direito dos acionistas minoritários*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p.49.

(3) VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações (Comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959; v. II, p.346.

(4) Art. 118. Toda a sociedade anonyma deve ter um conselho composto de tres ou mais fiscaes, e supplentes em igual numero.

§ 1º A nomeação dos fiscaes e supplentes será feita pela assembléa geral na sessão ordinaria annual, e poderá recahir em individuos que não sejam socios. (Lei n. 3150 de 1882, art. 14; Decr. n. 8821 do mesmo anno, art. 54; Decr. n. 164 de 1890, art. 14.)

(5) Art. 124. A sociedade anônima ou companhia terá um conselho fiscal, composto de tres ou mais membros e suplentes em igual número, acionistas ou não, residentes no país, eleitos, anualmente, pela assembléa geral ordinária, os quais poderão ser reeleitos. (Revogado pela Lei nº 6.404, de 1976)

Parágrafo único. A remuneração dos membros do conselho fiscal será fixada, anualmente, pela assembléa geral ordinária que os eleger. (Revogado pela Lei nº 6.404, de 1976)

(6) Art. 125. 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. (Revogado pela Lei nº 6.404, de 1976)

(7) Requião, Rubens. Ob. cit., p. 184.

(8) Ob. Cit., p.353.

(9) Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléa-geral poderão privar o acionista dos direitos de:

I - participar dos lucros sociais;

II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;

III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;

IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172;

V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.

§ 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléa-geral.

§ 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

(10) Art. 240. O funcionamento do conselho fiscal será permanente nas companhias de economia mista; um dos seus membros, e respectivo suplente, será eleito pelas ações ordinárias minoritárias e outro pelas ações preferenciais, se houver.

(11) Art. 164. Os membros do conselho fiscal, ou ao menos um deles, deverão comparecer às reuniões da assembléa-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 assembléa-geral, independentemente de publicação e ainda que a matéria não conste da ordem do dia. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

(12) MARTINS, Fran. Ob. cit., p. 425.

(13) Ver BULGARELLI, Waldirio. *Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A: de acordo com a reforma da lei das S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.77 e seguintes.

(14) § 2º Não podem ser eleitos para o conselho fiscal, além das pessoas enumeradas nos parágrafos do artigo 147, membros de órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia.

(15) § 1º São inelegíveis para os cargos de administração da companhia as pessoas 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.

§ 2º São ainda inelegíveis para os cargos de administração de companhia aberta as pessoas declaradas inabilitadas por ato da Comissão de Valores Mobiliários.

(16) § 8º O conselho fiscal poderá, para apurar fato cujo esclarecimento seja necessário ao desempenho de suas funções, formular, com justificativa, questões a serem respondidas por perito e solicitar à diretoria que indique, para esse fim, no prazo máximo de trinta dias, três peritos, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, de notório conhecimento na área em questão, entre os quais o conselho fiscal escolherá um, cujos honorários serão pagos pela companhia. (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)

(17) § 1º Os membros do conselho fiscal deverão exercer suas funções no exclusivo interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o exercício da função com o fim de causar dano à companhia, ou aos seus acionistas ou administradores, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia, seus acionistas ou administradores. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

(18) Ob. cit. p.361.

(19) "O segundo colégio eleitoral compõe-se das ações minoritárias que para elegerem o seu representante e respectivo suplente deverão reunir dez por cento ou mais das ações com direito a voto. Diferentemente, portanto, do primeiro colégio eleitoral, mesmo tendo a minoria votante obtido êxito na solicitação da instalação do Conselho Fiscal, para o que lhes fora exigido apenas 5% (cinco por cento) do capital votante, este colégio minoritário e votante só conseguirá fazer seu representante e suplente se reunir na assembléa 10% (dez por cento) do capital social votante, no mínimo.

É, portanto, perfeitamente possível que a iniciativa de instalação do Conselho Fiscal tenha partido de acionistas votantes e minoritários e apenas os preferencialistas consigam eleger, nele, representante." (Silva, José Anchieta da. *Conselho Fiscal nas Sociedades Anônimas Brasileiras: o conselho*

fiscal à luz da lei de sociedades anônimas em vigor. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, p. 61)

[\(20\)](#) Silva, José Anchieta da. Ob. cit., p. 60 e seguintes.