


Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMARIO

DOCTRINA

- **Garantia à primeira solicitação no comércio internacional** — Hermes Marcelo Huck 5
- **Limites à atuação do conselho fiscal** — Nelson Eizirik 13
- **Empresa — Abuso de poder econômico — Proteção ao Consumidor** — Sérgio Novais Dias 19
- **Estudo de Direito monetário: A moeda e suas funções; Obrigações monetárias; Estipulação e indexação de obrigações monetárias** — Antônio Mendes e Edson Bueno Nascimento 35
- **Extinção de condomínio sobre quota de capital de sociedade limitada** — Mário Engler Pinto Jr. 57
- **Atualidade dos contratos empresariais** — Waldírio Bulgarelli 63

ATUALIDADES

- **A nova lei antitruste brasileira: Críticas e sugestões** — Marcos Juruena Villela Souto 75
- **International Initiatives — Regarding the harmonisation of rules having an effect on payment, funds transfers, and bankruptcy** — Gregor Heinrich 83

JURISPRUDÊNCIA

- **Garante solidário — Uma construção abstrusa?** — Waldírio Bulgarelli 99

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO** 111

DOCTRINA

LIMITES À ATUAÇÃO DO CONSELHO FISCAL

NELSON EIZIRIK

1. Dada a importância inegável da sociedade anônima na economia contemporânea, as legislações passaram a estabelecer mecanismos de controle sobre a gestão e as contas da administração, visando, fundamentalmente, a possibilidade de revisão da contabilidade, ou seja, de *controle "a posteriori"* das contas. Tal controle tem sido atribuído a órgãos específicos, tais como os comissários na França e na Bélgica, os "auditors" na Inglaterra e nos Estados Unidos, o "kontrollstelle" na Suíça e o Conselho Fiscal no Brasil.

2. A função primordial do Conselho Fiscal, assim, é a de exercer permanente fiscalização sobre os órgãos de administração da companhia, referente às contas e à legalidade e regularidade dos atos de gestão.

3. A atuação do Conselho Fiscal é basicamente *instrumental*, uma vez que visa transmitir aos acionistas as informações de que necessitam, quer para exercerem o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, quer para que possam votar, na assembléia geral, com conhecimento de causa (José Alexandre Tavares Guerreiro, "O Conselho Fiscal e o direito à informação", in *RDM* 45/30, jan.-mar./1982). Nesse sentido, aliás, a Exposição de Motivos da Lei das S/A, salienta que o Conselho Fiscal constitui órgão de fiscalização dos administradores e de informação da Assembléia Geral, ou seja, dos acionistas.

4. A instalação do Conselho Fiscal como órgão de fiscalização tem como fundamento, conforme refere a doutrina, a desconfiança dos acionistas minoritários com relação ao exercício do poder de controle e ao exercício das funções diretivas dos administradores da companhia (Waldírio Bulgarelli, *O Conselho Fiscal nas Companhias Brasileiras*, S. Paulo, 1988, p. 63).

Daí, inclusive, a previsão legal expressa que possibilita a participação, no Conselho Fiscal, de representante de acionistas preferenciais sem direito a voto e de acionistas minoritários (art. 161, § 4.º da Lei 6.404/76), a qual não pode ser obstada pela Assembléia Geral, mesmo no caso de eleição por acionistas titulares de ações preferenciais ao portador, conforme o entendimento da Jurisprudência (*RTJ* 99/766-783) e da Comissão de Valores Mobiliários (*Rev. CVM* 6/72, n. 21).

5. Ainda que a questão tenha gerado controvérsia doutrinária, no regime do Dec.-lei 2.627/40, e continue a causar discussões no sistema da vigente Lei das S/A, parece não haver dúvidas de que a Lei 6.404/76 conferiu ao Conselho Fiscal a natureza de órgão colegial, a deliberar pela maioria de votos de seus membros.

Com efeito, o art. 163 da Lei das S/A estabelece expressamente a competência do Conselho Fiscal (não dos Conselheiros, individualmente conside-

rados), tanto no *caput* como no seu § 7.º, referindo, ademais, a existência de atas de reuniões e pareceres, somente possíveis em órgão colegiado. Além disso, a menção ao registro da dissidência (art. 165, § 2.º) pressupõe a deliberação colegiada e a decisão pelo voto da maioria. Se dúvidas ocorrem no silêncio do Estatuto (Bulgarelli admite a competência concorrente disjuntiva dos membros — ob. cit., p. 219) não vemos como negar eficácia à disposição estatutária que consagre o sistema colegial com decisão majoritária, desde que ausentes esquemas de opressão aos interesses das minorias acionárias.

6. A competência colegial do Conselho Fiscal poderia significar a opressão do representante das minorias acionárias. Tal não se dá, porém, pelo fato de não implicar a visão colegial na exclusão da função dos membros. Nesse sentido, o § 2.º do art. 163 da Lei 6.404/76 dispõe que: — “O Conselho Fiscal, a pedido de qualquer dos seus membros, solicitará aos órgãos de administração esclarecimentos ou informações, assim como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais”.

7. Com efeito, inexistindo atmosfera de entendimento ou de solução de conflitos eventualmente surgidos no Conselho Fiscal, nada impede que os conselheiros ajam individualmente (Cunha Peixoto, *Sociedade por Ações*, S. Paulo, Saraiva, 1978, v. 3.º, p. 221). Assim, se o Conselho Fiscal, uma vez instado por qualquer de seus membros a solicitar informações, permanece inerte, omitindo-se no desempenho de suas funções, o membro interessado pode solicitar da administração as informações necessárias ao exercício de suas atribuições. Há, portanto, atuação individual dos membros no que se refere à solicitação de in-

formações à administração, no caso de *recusa* ou *omissão* do Conselho Fiscal enquanto órgão (José Alexandre Tavares Guerreiro, artigo cit., p. 33).

8. Temos observado, na experiência prática da advocacia empresarial, alguns casos em que acionistas minoritários, com participação social expressiva, elegem representantes seus no Conselho Fiscal com finalidades incompatíveis com o atendimento do interesse social. Tais casos manifestam um entendimento equivocado das funções do Conselho Fiscal, as quais devem ser exercidas dentro dos limites legais, sob pena de eventualmente causar, sua atuação, embaraços ilegítimos à gestão empresarial. Com efeito, trata-se de órgão de fiscalização, que não deve ser utilizado como instrumento de pressão indevido, em casos de disputas entre os acionistas.

9. Há determinadas limitações à atuação do Conselho Fiscal, como órgão, e dos conselheiros individualmente considerados. Na sociedade anônima, como na sociedade politicamente organizada, é conveniente a existência de um sistema de freios e contrapesos, uma vez que o poder ilimitado — seja o de execução, seja o de fiscalização — é sempre foco de graves imperfeições.

10. Assim, se por um lado é conveniente limitar os poderes dos órgãos de administração, visando basicamente impedir a opressão às minorias acionárias e aos investidores em geral, por outro lado parece evidente que a atribuição de poderes ilimitados ao órgão de fiscalização poderia resultar, em situações extremas, na paralisia dos administradores, impedindo a companhia de atingir suas finalidades econômicas e cumprir seu objeto social.

11. O primeiro limite à atuação do Conselho Fiscal decorre da sua posição no quadro dos órgãos societários.

Com efeito, se há relação de subordinação da Diretoria ao Conselho de Administração e destes dois órgãos à Assembléia Geral, tal não ocorre no que diz respeito ao Conselho Fiscal. Este último órgão, na realidade, é, por um lado, independente com relação ao Conselho de Administração e à Diretoria, mas, por outro lado, *não tem poderes hierárquicos sobre tais órgãos*. Ou seja, os órgãos de administração não devem obediência ao Conselho Fiscal, cabendo-lhes atender as solicitações deste último se e na medida em que decorram da lei ou de disposição estatutária.

12. Com relação à atuação individual dos membros do Conselho Fiscal, vale notar que a Lei das S/A estabeleceu uma série de regras visando a sua independência. Nesse sentido, não podem ser membros do Conselho Fiscal ocupantes de cargos em órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedades controladas ou do mesmo grupo, assim como o cônjuge ou parente, até o terceiro grau, de administrador da companhia (art. 162, § 2.º). Os administradores de Sociedades Corretoras de Títulos e Valores Mobiliários estão igualmente impedidos de exercer cargo de membro do Conselho Fiscal em companhia cujos valores mobiliários sejam negociados em Bolsa de Valores (art. 8.º, § 4.º da Lei 4.728/65).

13. Tendo em vista assegurar a independência do Conselho Fiscal, aplica-se plenamente aos seus membros o postulado básico da sua não submissão aos acionistas que os elegeram. Nesse sentido, o § 1.º do art. 154 da Lei das S/A dispõe que o administrador (e o conselheiro fiscal é como tal considerado para os efeitos das normas legais sobre seus deveres e responsabilidades, nos termos do art. 145) "eleito por grupo ou classe

de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para a defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres".

14. Ou seja, a Lei das S/A determina expressamente, no seu art. 154, que *todos* os administradores (aí incluídos os conselheiros fiscais) devem exercer as suas atribuições, conferidas pela lei ou pelo estatuto, para lograr os fins e no interesse da companhia. Havendo conflito entre os interesses da companhia e os do grupo de acionistas que o elegeu, é dever do conselheiro fiscal atender aos interesses da companhia, mesmo que sacrificando os de seus eleitores. Tal se dá pelo fato de que os administradores não são mandatários dos acionistas, mas corporificam *órgãos* da companhia. Uma vez eleitos, os administradores passam a agir sempre e necessariamente no interesse da sociedade, não do grupo de acionistas que os elegeu.

15. Nesse sentido, Modesto Carvalhosa enfatiza que tal antijuridicidade, consistente na defesa dos interesses dos eleitores "... pode ocorrer mais freqüentemente quando o grupo minoritário deseja praticar uma pertinaz oposição ao controlador e aos administradores majoritários, com o fim de vender suas ações e, assim, retirar-se da companhia. Essa prática do "strike", por demais conhecida na "common law", constitui forma de extorsão que, em muitos casos, não pode ser suportada pela companhia. Caracterizada objetivamente tal conduta dos administradores representantes de grupos, serão eles responsabilizados pelos danos que sua ação pernicioso vier a causar à companhia" (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, S. Paulo, Saraiva, 1982, v. 5.º, p. 150).

16. Assim, se o conselheiro fiscal age exclusivamente no interesse dos

acionistas que o elegeram, sacrificando o interesse social e impedindo ou dificultando a companhia de atingir seu objeto social e lograr seus fins lucrativos, evidentemente pode ser responsabilizado pelos prejuízos causados por tal conduta antijurídica.

17. Nesse sentido, a Lei das S/A, em seu art. 165 dispõe expressamente que: — “Os membros do Conselho Fiscal têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os arts. 153 e 165 e respondem pelos danos resultantes de emissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto”.

18. A violação ao disposto no art. 154, § 1.º pode acarretar a responsabilidade civil do conselheiro fiscal pelos prejuízos causados à companhia.

19. Vale notar que a doutrina repele a atuação *ad terrorem* do conselheiro fiscal, caracterizada notadamente pelo excesso de solicitações imotivadas ou pela ingerência excessiva na gestão dos negócios sociais. A propósito, o Direito Francês cogita da *défense d'immixtion*, ou seja, da proibição de se imiscuir o Conselho Fiscal nos atos de gestão ordinária da companhia (Ives Djian, *Le Controle de la Direction des Sociétés Anonymes dans le Pays des Marché Communs*, Paris, 1965).

Entre nós, a Jurisprudência dos Tribunais tem entendido que o poder do Conselho Fiscal limita-se à fiscalização da gestão do exercício social em andamento, sem alcançar períodos de administração acobertados pela aprovação de Assembléias Gerais anteriores.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da AC 62.520-1, em 1.11.85, decidiu que:

“Se ao Conselho Fiscal, como órgão, cabe a atividade de fiscalização e con-

trole da gestão administrativa da sociedade, a cada conselheiro, de per si, deve caber o acesso às informações necessárias a essa função. Porém, esse poder tem de estar delimitado pelo interesse da fiscalização de gestão do exercício social em desdobramento, sem remontar a toda a vida pretérita da entidade, alcançando períodos de administração acobertados pela aprovação de Assembléias Gerais anteriores (RT 605/58-59).

20. O exercício da fiscalização pelo Conselho Fiscal com relação às contas apresentadas pela administração é razoavelmente detalhada na Lei das S/A, uma vez que tal constitui a função básica do órgão. Nesse sentido, a lei dispõe que incumbe ao Conselho Fiscal: opinar sobre o relatório anual da administração; analisar, ao menos trimestralmente, o balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente pela companhia; examinar as demonstrações financeiras do exercício social e sobre elas opinar (art. 163, II, VI e VII). O controle sobre as contas é exercido com base em documentos de produção obrigatória por parte da administração. Consiste, tal controle, em acompanhamento *pari passu* do andamento da empresa, aferindo o Conselho Fiscal a sua regularidade mediante o exame dos registros contábeis.

21. Cabe ainda ao Conselho Fiscal opinar sobre certas matérias relevantes para a companhia e seus acionistas, contidas em propostas encaminhadas pelos órgãos de administração à Assembléia Geral, tais como: 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 (Lei das S/A, art. 163, III).

22. Verificando a ocorrência de erros, fraudes ou crimes, compete ao Conselho Fiscal denunciá-los aos órgãos de administração e à Assembléia Geral (art. 163, IV). Visando impedir a obstrução do poder de denúncia das irregularidades verificadas, a lei faculta ao Conselho Fiscal a convocação de Assembléia Geral ordinária ou extraordinária (art. 163, V).

23. Por outro lado, a lei não atribui ao Conselho Fiscal competência para opinar sobre a orientação geral dos negócios estabelecida pelo Conselho de Administração, nem sobre os atos de nomeação e destituição de diretores, muito menos qualquer poder para manifestar-se previamente sobre atos ou contratos que venham a ser firmados. Ou seja, a elaboração das políticas empresariais prescinde de qualquer análise prévia ou de aprovação por parte do Conselho Fiscal.

24. Da mesma forma, embora prevendo a lei expressamente a competência do Conselho Fiscal de fiscalizar os atos dos administradores (art. 163, I), não conferiu ao órgão qualquer poder de interferir na gestão ordinária dos negócios da companhia, conduzida pelos diretores.

25. A fiscalização exercida pelo Conselho Fiscal sobre os atos dos administradores centra-se na verificação do atendimento dos seus deveres legais e estatutários. O órgão de fiscalização não tem poderes para apreciar o conteúdo da gestão societária, ou seja, não lhe cabe entrar no julgamento do mérito e da conveniência das decisões empresariais tomadas pelos administradores.

26. Com efeito, a fiscalização exercida pelo Conselho Fiscal refere-se à legalidade e regularidade dos atos dos administradores, não à sua convenien-

cia e oportunidade, exceto nos casos expressa e taxativamente elencados no inc. III do art. 163 da Lei das S/A. Tal significa, por exemplo, que os critérios para a fixação de preços praticados pela companhia, bem como margens de rentabilidade por produto, não necessitam ser analisados previamente pelo Conselho Fiscal. Apenas caberá a fiscalização e posterior denúncia à Assembléia Geral se eventualmente caracterizado, em tais atos de gestão, descumprimento de disposição legal ou estatutária.

27. Daí decorre que solicitações do Conselho Fiscal ou de Conselheiro referentes a informações analíticas sobre a política de preços, estratégias de vendas e de exportação de produtos, "marketing", etc., podem, se eventualmente inoportunas, por ainda não elaboradas definitivamente tais políticas, ou por gerar a produção de tais informações custos excessivos, ser objeto de recusa pela diretoria. Em tal caso, caberá ao Conselho de Administração ou à Assembléia Geral decidir sobre o cabimento ou não da prestação das informações.

28. Saliente-se que a hipótese acima mencionada é inteiramente diversa daquela em que o administrador recusa-se a colocar à disposição do Conselho Fiscal documentos legalmente exigidos, como o balancete e demais demonstrações financeiras. No caso, a recusa caracterizaria infração expressa a disposição legal (art. 163, VI e VII). Em se tratando de documentos não previstos em lei, de difícil ou onerosa preparação, ou mesmo desnecessários para o exercício das funções fiscalizadoras do Conselho, a recusa da Diretoria em elaborá-los e apresentá-los não caracteriza, à primeira vista, obstrução à legítima atuação do Conselho Fiscal, a não ser que visem os

diretores, com a recusa, ocultar atos seus contrários à lei ou ao estatuto.

29. Inexistindo, conforme antes referido, vínculo de subordinação dos Diretores ao Conselho Fiscal, é igualmente evidente que não configura infração à lei a recusa dos diretores em seguir procedimentos operacionais, administrativos ou gerenciais sugeridos pelo órgão fiscalizador.

30. Conclusões: Resumindo o que foi até aqui exposto podemos concluir que a atuação do Conselho Fiscal, como órgão, e dos conselheiros individualmente considerados, embora ampla, apresenta certos limites, necessários ao desenvolvimento normal dos negócios da companhia. Tais limites referem-se a:

1 — inexistência de relação hierárquica entre o Conselho Fiscal e os membros do Conselho de Administração e diretores;

2 — obrigatoriedade de ser o cargo de membro do Conselho Fiscal exercido com vista a atender os interesses da companhia, os quais devem prevalecer sobre os interesses dos acionistas que o elegerem;

3 — inexistência de controles por parte do Conselho Fiscal sobre a conveniência e oportunidade de decisões empresariais adotadas pelos diretores e pelo Conselho de Administração, a não ser no caso de matérias a respeito das quais a lei atribua expressamente ao referido órgão competência para opinar.