

COMPLIANCE, CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO DE SOCIEDADES ANÔNIMAS E OS DEVERES TRIBUTÁRIOS

Origem e significado das estratégias de compliance

O termo **Compliance** tem origem no verbo to comply, que **significa agir de acordo com uma regra, um pedido ou um comando**.

É por meio das políticas de compliance que se evita qualquer possível desvio em relação a política de investimento dos produtos é identificado e evitado. Assim, os investidores têm a segurança de que suas aplicações serão geridas segundo as diretrizes estabelecidas.

O compliance (tanto quanto o Chinese Wall) se traduzem em normas de conduta, de responsabilização e segregação de funções, aos gestores de recursos de terceiros, com a intenção de assegurar os interesses dos investidores.

Atestam basicamente para o isolamento da administração de recursos próprios da de terceiros, contra práticas fraudulentas e uso de informações privilegiadas.

Assim, até por uma questão de moralidade e direito do investidor, os administradores são obrigados a descreverem detalhadamente as estratégias de investimento e garantias que oferecem. Que tipos de investimentos são esses e qual o nível de risco que os fundos vão assumir, além de reportar-se periodicamente ao investidor.

As instituições precisam atentar **ao caráter fiduciário** que representam - a figura do fiduciário é aquela que age em determinados assuntos primordialmente em benefício de outra pessoa (no caso o investidor), apresentado-se como garantia de reciprocidade, boa-fé, escrúpulo e confiança em todas as transações que faz em nome do seu cliente.

O Compliance na Perspectiva da Governança Corporativa

Na verdade, a estratégia de *compliance* se insere em uma realidade societária mais ampla, que é a da governança corporativa. A governança corporativa, por sua vez, constitui-se de *um conjunto de princípios relacionados à transparência, à boa-fé e à equidade nas relações entre a administração da companhia e seus acionistas, com a adoção de práticas*

de "accountability" (responsabilidade) e "compliance" (obediência à lei e ao estatuto). Trata-se de um sistema que viabiliza o monitoramento – principalmente pelos acionistas minoritários - da gestão da empresa, estabelecendo verdadeiro sistema de pesos e contrapesos nas relações entre acionistas controladores e aqueles que estão afastados da direção da sociedade. A adoção das práticas de governança corporativa otimiza a atuação da sociedade, no cumprimento de seus objetivos sociais, além de torná-la mais atrativa para os investidores¹.

Assim, a governança corporativa, no entender de Arnold Wald está sustentada no tripé transparência, integridade e prestação de contas. A transparência está intimamente relacionada com a prestação de informações aos acionistas, investidores e ao mercado em geral, deixando clara a verdadeira situação da sociedade e apontando os rumos que ela deve tomar. A integridade, por sua vez, está ligada com o respeito aos interesses dos minoritários e a um efetivo cumprimento das leis e do estatuto, sem perder de vista, outrossim, a lealdade dos administradores para com os interesses da companhia. Por fim, a prestação de contas serve para monitorar e controlar a atividade dos administradores – mormente pelos acionistas minoritários -, evitando, assim, eventuais abusos².

Formas de Implementação da Compliance

Tem-se proposto³, para implementação da governança corporativa, que as sociedades criem departamentos de *compliance*. Segundo se afirma⁴, tais departamentos *correspondem ao ponto de partida certo para a diminuição do potencial de conflitos de interesse*. E, que, *ao mesmo tempo, e por meio deles que se obtêm os instrumentos organizacionais necessários para a fiscalização dos negócios (...)*⁵ Apresentam utilidade

¹Leonardo de Almeida Sandes – Direitos dos Minoritários – in Direito Societário na Atualidade Editora Del Rey.

²Leonardo de Almeida Sandes – Direitos dos Minoritários – in Direito Societário na Atualidade Editora Del Rey.

³Siegfried Kumpel; DIREITO DO MERCADO DE CAPITAIS Do ponto de vista do direito europeu, Alemão e Brasileiro – Uma introdução. Editora Renovar.

⁴ Siegfried Kumpel; DIREITO DO MERCADO DE CAPITAIS Do ponto de vista do direito europeu, Alemão e Brasileiro – Uma introdução. Editora Renovar.

⁵ Siegfried Kumpel; DIREITO DO MERCADO DE CAPITAIS Do ponto de vista do direito europeu, Alemão e Brasileiro – Uma introdução. Editora Renovar.

por garantirem *uma fiscalização próxima das atividades negociais*⁶ bem como a adoção de medidas preventivas contra violações dos interesses do cliente⁷.

O Compliance e os deveres dos Administradores das Sociedades Anônimas

Sob o viés da análise do *compliance*, é preciso observar o dever de diligência que é exigido dos Administradores das Sociedades Anônimas e que *pode ser definido como o dever dos administradores de fiscalizarem constantemente o desenvolvimento das atividades sociais*⁸.

Outrossim, *trata-se de um dever próprio dos administradores, que não pode ser delegado, ainda que algumas das atribuições destes tenham sido confiadas a apenas alguns administradores. Ou seja, "mesmo que todas as funções e competências da administração tenham sido atribuídas por delegação a alguns dos administradores, os restantes devem vigiar a atividade dos delegados, sob pena de violarem o dever de diligência"*.⁹ Por outro lado, é de se ver que essa vigilância, *deve ser realizada de forma sintética e não analítica. Isso significa que os administradores têm o dever permanente de monitorar o andamento geral dos negócios sociais e não propriamente de supervisionar detalhadamente as operações rotineiras da companhia*¹⁰.

⁶ Siegfried Kumpel; DIREITO DO MERCADO DE CAPITAIS Do ponto de vista do direito europeu, Alemão e Brasileiro – Uma introdução. Editora Renovar.

⁷ Siegfried Kumpel; DIREITO DO MERCADO DE CAPITAIS Do ponto de vista do direito europeu, Alemão e Brasileiro – Uma introdução. Editora Renovar.

⁸O dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas; Flávia Parente; Editora Renovar.

⁹O dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas; Flávia Parente; Editora Renovar. A autora ainda ressalta que *assim, mesmo na hipótese de delegação de poderes, não podem os administradores delegantes abandonarem seu respectivo dever de supervisão e de controle gerais. Saliente-se que o dever de vigiar se aplica, de maneira indistinta, a todos os administradores, quer tenha ocorrido, quer não, delegação de poderes.*

¹⁰O dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas; Flávia Parente; Editora Renovar. A autora ainda ressalta que *nesse sentido, decidiu a Suprema Corte de New Jersey no julgamento do caso "Francis v. United Jersey Bank": "The sentinel asleep at his post contributes nothing to the enterprise he is charged to protect*

Destarte, não é exigido dos administradores a prática de cada uma das atividades desenvolvidas pela companhia, mas o acompanhamento geral dos negócios sociais¹¹.

Todavia, por outro lado, a necessidade de um acompanhamento mais detalhado dos atos praticados na gestão da companhia e o grau de vigilância a ser exercido pelos administradores vão depender, logicamente, das circunstâncias de cada caso concreto¹², sendo conveniente, ademais, que os administradores instituem um sistema de controle que lhes permita obter as informações relevantes a respeito dos negócios desenvolvidos no âmbito da companhia e monitorar tal sistema de **forma** a garantir o seu correto funcionamento¹³.

Evidente, de outro lado, que os administradores têm, ainda, o dever de supervisionar criteriosamente seus subordinados. Dessa forma, os administradores estarão infringindo o dever de vigiar caso não tenham selecionado adequadamente tais funcionários ou tenham negligenciado seu dever de supervisão ou, mesmo, confiado irresponsavelmente neles, ignorando os sinais de perigo relacionados a erros cometidos por algum destes funcionários¹⁴.

Verifica-se, ainda, que a fiscalização exercida pelos conselheiros fiscais e pelos administradores não se confundem.

Registre-se, por fim, que inserido no âmbito do dever de vigiar ou monitorar encontra-se a obrigação de os administradores verificarem se a companhia possui programas impondo a seus funcionários e

Directorial management does not require a detailed inspection of day-to-day activities, but rather a general monitoring of corporate affairs and policies"

¹¹O dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas; Flávia Parente; Editora Renovar. Lembra ainda que Eisenberg ressalta, inclusive, que seria indesejável que os administradores adquirissem informações sobre todos aspectos das atividades da companhia, uma vez que eventualmente os benefícios de se obterem tais informações poderiam acarretar custos excessivos para a sociedade. Salieta o autor, ainda, que o excesso de informações poderia até impedir que os administradores conseguissem detectar aquelas que fossem realmente relevantes e significativas. A exceção à regra de que devem ser supervisionados apenas os aspectos gerais das atividades da companhia consiste na necessidade de se exigir eventualmente dos administradores uma vigilância especial quando estiverem sendo praticadas determinadas atividades que, em função de sua importância para os negócios da sociedade, demandem dos administradores um monitoramento mais acurado.

¹²O dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas; Flávia Parente; Editora Renovar..

¹³O dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas; Flávia Parente; Editora Renovar..

¹⁴O dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas; Flávia Parente; Editora Renovar..

subordinados o exato cumprimento de normas estatutárias, legais e regulamentares, que lhes forem aplicáveis (compliance programs), cabendo-lhes, ainda, assegurarem-se de que tais programas estão sendo seguidos¹⁵.

Criação e Funcionamento do Conselho Fiscal

O conselho fiscal não será necessariamente um órgão permanente da Sociedade Anônima. Veja-se a redação do art. 161 da LSA:

Art. 161. A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas.

§ 1º O conselho fiscal será composto de, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros, e suplentes em igual número, acionistas ou não, eleitos pela assembleia-geral.

§ 2º O conselho fiscal, quando o funcionamento não for permanente, será instalado pela assembleia-geral a pedido de acionistas que representem, no mínimo, 0,1 (um décimo) das ações com direito a voto, ou 5% (cinco por cento) das ações sem direito a voto, e cada período de seu funcionamento terminará na primeira assembleia-geral ordinária após a sua instalação.

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

Interessante é relembrar o art. 123 alínea “d” sobre a questão da convocação de assembleia geral justamente para instauração de Conselho Fiscal.

Art. 123. Compete ao conselho de administração, se houver, ou aos diretores, observado o disposto no estatuto, convocar a assembleia-geral.

Parágrafo único. A assembleia-geral pode também ser convocada:

(...)

c) por acionistas que representem cinco por cento, no mínimo, do capital social, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, a pedido de convocação que apresentarem, devidamente

¹⁵O dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas; Flávia Parente; Editora Renovar..

fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas; (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

Para fins de responsabilidade é ainda interessante trazer à baila o § parágrafo 7º do art. 165: **§ 7º A função de membro do conselho fiscal é indelegável.** (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

Comentando o art. 165 da LSA, assim se manifestam Carvalhosa e Eizirik¹⁶: *o direito de fiscalizar, assegurado ao acionista como de fiscalizar prerrogativa essencial, ex vi do art. 109 da lei, corresponde, no tocante ao controle da legitimidade das contas dos administradores, ao dever da companhia de, periodicamente, declarar e informar a respeito de tais matérias. A iniciativa da fiscalização, portanto, cabe a própria companhia, através de seus órgãos competentes: no caso brasileiro, a assembléia geral e ao Conselho Fiscal. O primeiro órgão nomeia os membros do segundo, que exercem as competências e poderes que lhes são outorgados pela lei (art. 163). Temos, assim, que devem os acionistas, em decorrência do seu direito de fiscalizar, ser informados pelo Conselho Fiscal da veracidade das contas dos administradores e da exatidão das demonstrações financeiras, bem como eventuais erros ou fraudes que descobrirem e, ainda, das providências que a respeito tomarem (art. 163). O Conselho Fiscal e, outrossim, o veículo ou instrumento institucional de exercício, pela minoria, inclusive detentores de ações preferenciais do direito de fiscalização que lhes cabe, ex vi do art. 109.*

No que concerne à vinculação das deliberações do Conselho Fiscal para com a Administração da companhia, ainda aqui os dois autores¹⁷ citados se manifestam no sentido de que **no que respeita aos atos de vontade, tais como aumento ou redução de capital social (arts. 166 e 173) e outros atos constitutivos, os pareceres do Conselho Fiscal são opinativos, não vinculando a administração nem a assembléia geral, que poderão contrariá-los.** Todavia, em se tratando de atos de verdade, ou seja, quando o Conselho Fiscal não aprova as contas da administração e respectivas demonstrações financeiras, o seu parecer vincula os demais órgãos sociais. Não pode a assembléia geral desconhecê-lo ou votar favoravelmente a aprovação das contas da administração.

¹⁶Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; Vol. III, editora Saraiva, cit.

¹⁷Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; Vol. III, editora Saraiva, cit.

E resumem¹⁸: *assim, com respeito aos atos de vontade, o Conselho Fiscal e órgão opinativo. Com relação aos atos de vontade, os pareceres desfavoráveis a administração são vinculativos. Se, no entanto, forem favoráveis, não serão vinculativos, pois poderá a assembléia geral, não obstante, votar contrariamente a aprovação das contas.*

Competências do Conselho Fiscal

A LSA prevê expressamente as competências do Conselho Fiscal. Confira-se:

Art. 163. Compete ao conselho fiscal:

I - fiscalizar os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários;

I - fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

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

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

IV - denunciar 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 a companhia;

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; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

V - convocar a assembléia-geral ordinária, se os órgãos da administração retardarem por mais de 1 (um) mês essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes,

¹⁸Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; Vol. III, editora Saraiva, cit.

incluindo na agenda das assembléias as matérias que considerarem necessárias;

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

VII - examinar as demonstrações financeiras do exercício social e sobre elas opinar;

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

§ 1º Os órgãos de administração são obrigados, através de comunicação por escrito, a colocar à disposição dos membros em exercício do conselho fiscal, dentro de 10 (dez) dias, cópias das atas de suas reuniões e, dentro de 15 (quinze) dias do seu recebimento, cópias dos balancetes e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente e, quando houver, dos relatórios de execução de orçamentos.

§ 2º O conselho fiscal, a pedido de qualquer dos seus membros, solicitará aos órgãos de administração esclarecimentos ou informações, desde que relativas à sua função fiscalizadora, assim como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

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

§ 4º Se a companhia tiver auditores independentes, o conselho fiscal, a pedido de qualquer de seus membros, poderá solicitar-lhes esclarecimentos ou informações, e a apuração de fatos específicos. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

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

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

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

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

Em comento destes dispositivos, assim se manifestam Carvalhosa e Eizirik¹⁹: *A lei vigente reforçou consideravelmente os poderes do órgão fiscalizador, estendendo as funções e, conseqüentemente as responsabilidades dos seus membros. Explicitou, sobretudo, o caráter sui generis desse órgão colegiado, revestindo os seus membros de poder individual de diligencia.*

Em aspecto especialmente importante para a política de compliance estabeleceu fluxo obrigatório de informações dos órgãos da administração e dos auditores independentes, permitindo que, a par do poder de diligencia, tenha o Conselho Fiscal conhecimento efetivo dos negócios da administração²⁰, tornando o Conselho órgão informativo dos minoritários, no que respeita aos documentos contábeis, complementando o regime de informação sobre matérias da maior importância, obviando, conseqüentemente, o recurso judicial de exibição dos livros (art. 105)²¹.

E, diante da atual redação legal, o princípio majoritário fica mitigado pelo reconhecimento da legitimidade das pretensões fiscalizatórias individuais dos respectivos conselheiros, eis que, *não depende da deliberação do Conselho a eficácia do pedido de informações individualmente feito por qualquer de seus membros aos órgãos da administração, aos auditores e aos peritos*²².

Por outro lado, ***o Conselho não tem autoridade, ainda que haja deliberação dos seus membros majoritários nesse sentido, para deixar de denunciar aos órgãos sociais os erros ou fraudes que forem descobertos por quaisquer de seus membros individualmente***²³.

¹⁹Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; Vol. III, editora Saraiva, cit.

²⁰Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; Vol. III, editora Saraiva, cit.

²¹Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; Vol. III, editora Saraiva, cit.

²²Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; Vol. III, editora Saraiva, cit.

²³Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; Vol. III, editora Saraiva, cit.

A principal atribuição do Conselho Fiscal e a de exercer o controle da legitimidade dos atos, das contas e da gestão dos administradores.

Segundo a doutrina *o controle de legitimidade não se restringe ao aspecto meramente formal dos negócios jurídicos praticados pelos administradores. Toma em consideração o mérito desses negócios, para verificar a sua consonância com o objetivo social e os fins próprios da companhia*²⁴. E complementa afirmando *que o controle das contas, que se efetiva pelo exame de sua exatidão e correspondência a realidade e que se apura não somente pela sua exatidão matemática mas, sobretudo, pela sua conformidade com a lei, o objetivo social e os limites dos poderes da administração. Além do controle das contas, cabe ao Conselho Fiscal o controle da gestão, ou seja, o exame não só da estrita regularidade das contas, como também de sua oportunidade. E o caso, v. g., de despesas que, embora feitas dentro dos poderes da administração, são exorbitantes, em face da conjuntura financeira ou das perspectivas de sua utilidade ou proveito*²⁵.

Arremata: conseqüentemente, o Conselho não é apenas fiscal das atividades financeiras ou contábeis da companhia, mas da própria atuação dos administradores²⁶.

No mesmo sentido manifesta-se Fran Martins²⁷, ao asseverar que *essa verificação de documentos ou propostas, emanadas da administração, antes de submetidas à assembléia geral, mostra que o Conselho é sobretudo um órgão de fiscalização dos administradores, não de mero exame contábil da sociedade, o que, em princípio, deve caber a auditores.*

E reafirma que *a verdade é que o órgão não é mais apenas um fiscal das atividades financeiras da sociedade mas da atuação dos administradores dentro das atribuições a estes conferidas pela lei ou pelo estatuto. É, assim, o Conselho Fiscal um órgão de defesa dos direitos dos acionistas e de terceiros e como tal tem amplas atribuições, aumentadas pela lei atual (...)*²⁸.

²⁴Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; Vol. III, editora Saraiva, cit.

²⁵Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; Vol. III, editora Saraiva, cit.

²⁶Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; Vol. III, editora Saraiva, cit.

²⁷Fran Martins; Comentários à Lei das S.A.; Editora Forense; Volume II; Tomo I.

²⁸Fran Martins; Comentários à Lei das S.A.; Editora Forense; Volume II; Tomo I.

O Compliance e os Deveres dos Administradores e do Conselho Fiscal das Sociedades Anônimas

São diversos os conteúdos do dever de vigilância dos administradores e do Conselho Fiscal. Como afirma a doutrina, a *fiscalização pelos administradores é efetuada sobre a oportunidade e o mérito dos negócios sociais. Ou seja, a atuação dos membros da conselho fiscal é mais restrita, como destaca Fábio Ulhoa Coelho, in verbis: "A atuação do conselho fiscal, e dos seus membros, está sujeita a limites precisos. De um lado, ele é mero fiscal, e não pode substituir os administradores da companhia no tocante à melhor forma de conduzir os negócios sociais. Não lhe cabe apreciar a economicidade das decisões da diretoria ou do conselho de administração, nem interferir na ponderação da conveniência ou oportunidade dos negócios realizados ou a realizar. Sua tarefa cinge-se aos aspectos da legalidade e regularidade dos atos de gestão (...) De outro lado, o conselho tem atuação interna, exclusivamente interna. Os destinatários de seus atos são, sempre, outros órgãos sociais"*²⁹.

No mesmo sentido são as lições de Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, igualmente, ao analisarem o artigo 163, § 2º, da Lei das Sociedades Anônimas: *A primeira vista poderia parecer que o poder de fiscalização do conselho fiscal é amplo ou até mesmo ilimitado, o que não é verdade; não pode o conselho fiscal, ou seu membro, extrapolar aquilo que pareça razoável, fazendo exigências descabidas à sociedade fiscalizada ou a seus administradores. A fiscalização a ser exercida pelo conselho fiscal sobre os atos dos administradores deve restringir-se tão-somente à verificação do atendimento de seus deveres legais e estatutários. Assim, o órgão fiscalizador não possui competência 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. Embora a Lei das S/A tenha previsto a competência do conselho fiscal para fiscalizar os atos dos administradores (art. 163,1), não conferiu ao órgão poder para interferir na gestão ordinária dos negócios da companhia, conduzida por diretores"*³⁰.

²⁹O dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas; Flávia Parente; Editora Renovar..

³⁰Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik. Comentários à Lei das S.A. Vol. III; Editora Saraiva.

Analisando as relações³¹ entre Administração e Conselho Fiscal, bem como dos componentes deste, assim se manifesta Alfredo Lamy Filho³²;

A vigente Lei 6.404, de 1976, não poderia deixar de ter presente essas e outras considerações, daí ter procurado elaborar um rigoroso sistema de fiscalização, tanto externo (não sócios) como interno.

Para promover a fiscalização externa, a exemplo do que ocorre no sistema americano (e que vem sendo adotado em geral pelos países europeus), obrigou as empresas abertas a se submeterem a auditoria de profissionais, devidamente credenciados por um órgão público. E conferiu a esse órgão — a Comissão de Valores Mobiliários criada pela Lei n. 6.385/76, promulgada junto com a Lei de S.A. — várias atribuições, entre as quais (art. 8º, inciso III) a de fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários de que trata o art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participam, e os valores neles negociados.

Mais ainda, a Lei consagrou um minucioso sistema contábil (inexistente na legislação anterior) a que ficaram submetidas todas as sociedades, e sob o qual passaram a trabalhar os auditores externos, responsáveis pelos pareceres que emitem.

Tal sistema é completado pela publicidade a que ficaram sujeitas as companhias abertas, devidamente policiadas pela CVM.

No âmbito da fiscalização interna, a Lei introduziu talvez sua maior inovação, com a criação do Conselho de Administração, no qual, pelo sistema de voto múltiplo (art. 141) os minoritários podem ter assento. E a esse Conselho (que não é o Fiscal, mas o Administrativo) atribuiu, de forma expressa, a função de "fiscalizar a gestão dos Diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da Companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos (art. 142, inciso III, da Lei 6.404/76)"

³¹Trajano de Miranda Valverde; Sociedades por Ações, vol. II. TRAJANO VALVERDE, ("Sociedades por Ações", vol. II, pág. 346), deixando claro inclusive que prevalece também no conselho fiscal o princípio majoritário, asseverou que: *os fiscais formam um Conselho Órgão colegiado, portanto, cujas decisões são tomadas pelo voto da maioria.* E afirmou: *Tratando-se de um órgão colegial, claro é que a escolha do perito compete ao Conselho Fiscal por decisão da maioria de seus membros. Cada fiscal não tem a faculdade de indicar o seu perito, ainda que represente, no Conselho Fiscal, acionistas dissidentes ou preferenciais.*

³²Alfredo Lamy Filho ; TEMAS DE S.A. Editora Renovar.

No corpo desse sistema de fiscalização, instituído pela Lei, parece evidente que o velho Conselho Fiscal teria perdido sua razão de ser. Ocorre que a Lei não regia, apenas, as empresas abertas, e as companhias fechadas não estavam sujeitas, obrigatoriamente, à adoção da forma de administrar através do Conselho de Administração (que tem representantes da minoria) nem se subordinavam à polícia da Comissão de Valores Mobiliários ou ao parecer de auditores externos. Daí ter sido mantido o Conselho Fiscal, embora em caráter facultativo — o que, talvez, prenuncie sua extinção.

Assim é que nas companhias fechadas, cresce de importância a função do Conselho Fiscal, mormente se, como lhe é facultado, a SA de capital fechado não criar um conselho de administração. Nesta senda ainda caminha o ensinamento de Alfredo Lamy F^o³³:

É que, estando inscrito num largo sistema de fiscalização externa e interna, tem ele sua Importância e conseqüentes atribuições muito reduzidas, dado que a fiscalização por parte dos minoritários se processa basicamente através dos pareceres dos auditores externos, profissionais estranhos à sociedade (e aos quais o Conselho Fiscal poderá solicitar esclarecimentos, nos termos do art. 163, § 4o da Lei); da ação da Comissão de Valores Mobiliários (como nos Estados Unidos); do Conselho de Administração (eleito com voto múltiplo, o que assegura a presença da minoria); e, eventualmente — se pedido pela minoria sua instalação —, através do Conselho Fiscal (ao contrário do que ocorre, pois, nas sociedades fechadas).

Destarte, as atribuições que a Lei definiu como da competência do Conselho Fiscal, são **basicamente as de fiscais das contas** (como os "commissaires des comptes" francês) como se vê na leitura do §3º do art. 163, que autoriza a presença do Conselho [fiscal] nas reuniões do Conselho de Administração³⁴. Desde que estas reuniões sejam para tratar das matérias definidas nos itens II, III e VII do art. 163, **ou seja, opinar sobre o relatório anual, propostas de alteração do estatuto e exame das demonstrações financeiras**³⁵.

³³ Alfredo Lamy Filho ; TEMAS DE S.A. Editora Renovar.

³⁴ Alfredo Lamy Filho ; TEMAS DE S.A. Editora Renovar.

³⁵ Alfredo Lamy Filho ; TEMAS DE S.A. Editora Renovar.

E ressalta que *em nenhuma delas existe o problema da apreciação dos atos de gestão interna da companhia, que compete aos administradores*³⁶.

Ressalva, no entanto, que a Lei não tolheu, por via da composição majoritária do Conselho, a ação do Conselheiro eleito pela minoria, e expressamente ressalvou no § 2º do citado art. 163: § 2º — O Conselho Fiscal, a pedido de qualquer de seus membros, solicitará aos órgãos de administração esclarecimentos ou informações, assim como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais³⁷. Muito embora lembre que os esclarecimentos e informações que um membro do Conselho pode solicitar (...) são aqueles que estão contidos na competência do órgão de que participa, e que está definida no art. 165. Ninguém pretenderia, por certo, atribuir a um integrante de um órgão competência maior que a do órgão de que participa³⁸.

Responsabilidade dos Membros do Conselho Fiscal

De acordo com a legislação atualmente em vigor, a responsabilidade dos membros do conselho de administração está equiparada aos dos administradores. Confirma-se o art. 165 da LSA:

Art. 165. Os membros do conselho fiscal têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os arts. 153 a 156 e respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto.(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001³⁹).

Comentando o preceito, assim se manifestam Carvalhosa e Eizirik:

A responsabilidade civil dos conselheiros fiscais e, em princípio, individual. Somente se estabelece a solidariedade, se comprovada judicialmente negligencia ou conluio com os outros

³⁶ Alfredo Lamy Filho ; TEMAS DE S.A. Editora Renovar.

³⁷ Alfredo Lamy Filho ; TEMAS DE S.A. Editora Renovar.

³⁸ Alfredo Lamy Filho ; TEMAS DE S.A. Editora Renovar.

³⁹ Veja a a guisa de exemplo o seguinte acórdão: A ação dirigida ao mesmo tempo contra os diretores e os membros do Conselho Fiscal de sociedade anônima encontra apoio no art. 128 do Decreto-lei n.º 2.627, de 1940, pelo qual as responsabilidades daqueles e destes são equiparadas. São os segundos, portanto, parte legítima, para serem demandados como réus, juntamente com os primeiros referidos, em ação de indenização por prejuízos por eles causados na direção da sociedade. Nenhuma impossibilidade existe na cumulação de pedidos de reconhecimento de vícios apontados em balanços e demais contas da sociedade, com a sua consequência lógica da responsabilidade dos réus, pela reposição das importâncias recebidas com apoio nesses balanços (Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apel. n.º 80.734. Rel.: Des. DIMAS DE ALMEIDA, in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1958, 267/234).

conselheiros ou com os administradores (art. 158). Por outro lado, a solidariedade também se estabelece quando houver omissão no cumprimento dos deveres legais impostos aos membros do órgão fiscalizador. A omissão traduz-se pelo descumprimento das obrigações de fazer impostas pela lei aos conselheiros fiscais e previstas no artigo ora comentado, ou seja: oferecer pareceres sobre o relatório anual da administração e respectivas demonstrações financeiras e, ainda, sobre propostas dos órgãos da administração, da assembleia geral; convocar a assembleia geral; analisar trimestralmente os documentos contábeis da administração.

Estará, inobstante, isento da responsabilidade o conselheiro que além de comunicar aos órgãos societários as irregularidades que perceber mas que faça consignar seu voto levando a questão à assembleia geral.

Um exemplo clássico é o da distribuição de dividendos fictícios.

Responsabilidade pelos descumprimentos da legislação tributária

A criação de um departamento que acompanhe de perto o cumprimento das obrigações tributárias é fundamental para um completo *compliance* dentro de uma política maior de governança corporativa

Problemas Operacionais advindos do descumprimentos da legislação tributária

Uma sociedade empresarial está jungida, pelas suas atividades econômicas, a uma série de obrigações tributárias.

Poderiam tais obrigações, a grosso modo, ser classificadas, à luz da própria legislação, em principais (pagamento dos tributos em si) e acessórias (prestações complementares, escrituração fiscal, etc.).

O descumprimento de quaisquer delas – de acordo com o que dispõe o art. 3º e 113 do Código Tributário Nacional – trará uma série de problemas de ordem prática para a atividade empresarial.

Problemas com a emissão de Certidões Negativas de Débito

A que ocorre de forma imediata é a perda do direito à CND – Certidão Negativa de Débitos, que impedirá a Sociedade Empresarial de realizar contratos com entidades governamentais, participar de licitações ou mesmo receber pagamentos por serviços ou produtos fornecidos ou prestados a entidades públicas.

A CND representa a ausência de débitos em aberto com o fisco. Assim é que o desrespeito a regras tributárias previstas não somente em lei mas em regulamentos poderá ter a nefasta conseqüência de impossibilitar à Sociedade a obtenção de uma CND.

Denúncia Espontânea

Uma vez observado pelo contribuinte que praticou alguma infração – seja ela de natureza material (não pagamento de tributo, pagamento a menor, etc) ou formal (declaração de valores equivocada ou não declaração de valores ou não retenção de tributação na fonte), deverá ser providenciado o mais rápido possível o procedimento de **denúncia espontânea** que acaba por reduzir o valor das multas e facilitando as formas de pagamento das mesmas multas e dos tributos eventualmente devidos.

Assim, devem ser observadas as regras tais como as de retenção de imposto na fonte, correta declaração de rendimentos por meio das DCTFs (para o Fisco Federal e das demais guias para as outras instâncias federativas).

A denúncia só é considerada espontânea quando oferecida **antes da lavratura do termo de início de ação fiscal (TIAF)** ou de seu equivalente nas instâncias estaduais e municipais.

Responsabilidade pessoal dos membros do Conselho Fiscal pelo descumprimento da legislação tributária

Por outro lado, as dívidas tributárias podem alcançar os administradores das S/A bem como, por força do art. 165 da LSA bem como do art. 135 do CTN, em casos determinados, como o da violação da lei e ou dos estatutos sociais.

Veja-se o art. 135 do CTN:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Destarte, de acordo com o CTN, somente os sócios que gerenciam a sociedade poderiam ser responsabilizados, uma vez tendo atuado com excesso de poderes ou infração ao contrato social ou estatuto ou à lei. No entanto, o art. 165 da Lei das SA possibilita a eventual responsabilização tributária de membros do Conselho Fiscal⁴⁰.

⁴⁰ De fato não logramos encontrar acórdão que responsabilize diretamente os membros do conselho fiscal. No entanto, a título de ilustração, colacionamos os julgados que se seguem, que demonstram a responsabilização de outras instâncias societárias: Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO; Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 8901223945; Processo: 8901223945 UF: MG Órgão Julgador: QUARTA TURMA; Data da decisão: 29/10/1990 Documento: TRF100005987; Fonte DJ DATA: 11/3/1991 PAGINA: 4218 Relator(a) JUIZ NELSON GOMES DA SILVA Descrição POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. VEJA: REVISTA DE DIREITO TRIBUTARIO N 17/18, DEZ/81, PAG 86, PARECER, PROFESSOR WALMOR FRANKE.

Ementa EMBARGOS DE TERCEIROS. COOPERATIVA. PRESIDENTE RESPONSÁVEL POR SUBSTITUIÇÃO. EMBARGOS DO DEVEDOR. MEIO PROCESSUAL ADEQUADO PARA SE DEFENDER DA EXECUÇÃO. 1. O PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE COOPERATIVA E RESPONSÁVEL POR SUBSTITUIÇÃO EM PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL (ART. 135, III, DO CTN). 2. NESTA CONDIÇÃO, OS EMBARGOS ADEQUADOS SÃO OS DO DEVEDOR E NÃO OS DE TERCEIRO. 3. ENCERRADA IRREGULARMENTE A COOPERATIVA, SEUS SOCIOS DIRIGENTES TEM O MESMO DESTINO DAS DAS PESSOAS JURIDICAS PRIVADAS COMERCIAIS E CIVIS, OU SEJA, SÃO SUJEITOS PASSIVOS DA OBRIGAÇÃO TRIBUTARIA, PODENDO ESTES SEREM CITADOS E TEREM SEUS BENS PENHORADOS NA MESMA EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA CONTRA A RESPECTIVA EMPRESA EXECUTADA. 4. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO; Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 36877; Processo: 9902118151 UF: RJ Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA; Data da decisão: 15/09/1999 Documento: TRF200069433; Fonte DJU DATA:30/11/1999; Relator(a) JUIZA TANIA HEINE Decisão A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator.

Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - MEMBRO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO I - Uma vez comprovado que o membro do Conselho de Administração exercia função de administração em conjunto com a Diretoria, fica demonstrada a sua responsabilidade pelos créditos correspondentes a obrigação tributária resultante de atos praticados com excesso de poder ou infração a lei, contrato social ou estatuto. II - Agravo de Instrumento improvido. Data Publicação 30/11/1999

DJU DATA:29/11/2006 PÁGINA: 449 Relator(a) JUIZA SUZANA CAMARGO Decisão A Turma, à unanimidade, julgou prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto da relatora e, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do DES. FED. ANDRÉ NABARRETE, acompanhado pelo voto da DES. FED. RAMZA TARTUCE. Vencida a relatora que dava provimento ao agravo.

Ementa PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CABIMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO ART. 618 do CPC. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA.

O STJ, por meio do Min. Garcia Vieira, entende que o mero inadimplemento tributário já é suficiente para que atinja o patrimônio dos sócios gerentes, conforme abaixo:

TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – INCLUSÃO DOS SÓCIOS DA EMPRESA NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO – RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PELA PRÁTICA DE INFRAÇÃO À LEI (NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS) QUANDO NO EXERCÍCIO DA GERÊNCIA EXECUTADA – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Consoante jurisprudência pacífica desse STJ, os sócios gerentes são responsáveis pela dívida tributária da empresa, resultante de atos praticados com infração à lei, a exemplo do não recolhimento do ICMS devido. Quem, na condição de sócio-gerente da empresa, deixa de recolher tributos devidos pela sociedade, pode figurar no pólo passivo da execução fiscal contra ela ajuizada. Recurso provido. (Resp. 291.617/SP, rel. Min. Garcia Veira, 1a T. DJ 11.06.01)

Por outro lado é de se citar o entendimento da 2ª Turma do mesmo Superior Tribunal de Justiça, pela relatoria do Min. Franciulli Neto:

EXECUÇÃO FISCAL – CO-RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS INDICADOS NA CDA – PROVA DA QUALIDADE DE SÓCIOS-GERENTES, DIRETORES OU ADMINISTRADORES PELO EXEQUENTE – DESNECESSIDADE – PRESUNÇÃO DE

INAPLICABILIDADE DA LEI 8.620/93. PREVALÊNCIA DO ART. 135, III, DO CTN. SOCIEDADE ANÔNIMA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS DIRIGENTES QUE NÃO RECOLHEM TRIBUTOS DA EMPRESA. FALÊNCIA CONFIGURA A INSUFICIÊNCIA PATRIMONIAL. REDIRECIONAMENTO PARA OS DIRETORES CONTEMPORÂNEOS AO DÉBITO. CONDIÇÃO NÃO INFIRMADA PELOS AGRAVANTES. - À vista do julgamento deste recurso, resta prejudicado o agravo regimental. - A exceção de pré-executividade está fundamentada no art. 618 do CPC, para os casos em que o juiz conheceria da matéria de ofício e sem dilação probatória. É cabível discutir legitimidade de parte, ex vi do art. 267, § 3º, do CPC. - Cobrança de contribuições previdenciárias posteriores à Constituição de 1988, que têm natureza tributária. Inviável o art. 13, caput, da Lei 8.620/93, pois a responsabilidade tributária lato sensu, consoante art. 146, III, "a" da CF, demanda lei complementar. Aplicável, portanto, a responsabilidade do art. 135 do CTN. - Dirigentes de sociedade que não recolhem tributos praticam ato ilícito, conforme julgado do STJ. - Distintas são as pessoas jurídicas de seus administradores, porque estes são subsidiariamente responsáveis. Deve ser configurada a dissolução irregular ou insuficiência patrimonial, ex vi dos art. 134 e 135, III, do CTN. Precedente do STJ. - In casu, a empresa teve sua concordata convalidada em falência em decisão que deixou de proceder à lação em face de certidão de oficial de justiça. Dessa forma, autorizada a conclusão de inexistência de patrimônio tanto para saldar os credores quanto para garantir o débito tributário superior a R\$ 1.500.000, o que justifica o redirecionamento da cobrança para os dirigentes que figuraram no conselho de administração da sociedade anônima no período de constituição do débito, fato não infirmado pelos agravantes. - Agravo de instrumento desprovido. Prejudicado o agravo regimental. Data Publicação 29/11/2006

CERTEZA DA CDA FORMULADA COM BASE NOS DADOS CONSTATES DO ATO CONSTITUTIVO DA EMPRESA.

É consabido que os representantes legais da empresa são apontados no respectivo contrato ou estatuto pelos próprios sócios da pessoa jurídica e, se a eles se deve a assunção da responsabilidade, é exigir-se em demasia que haja inversão do ônus probatório, pois, basta ao INSS indicar na CDA as pessoas físicas constantes do ato constitutivo da empresa, cabendo-lhes a demonstração de dirimentes ou excludentes das hipóteses previstas no artigo referenciado, especialmente do inciso III.

A certidão de dívida ativa, sabem-no todos, goza de presunção juris tantum de liquidez e certeza. “A certeza diz com os sujeitos da relação jurídica (devedor e credor), bem como com a natureza do direito (direito de crédito) e o objeto devido (pecúnia)” (in: Código Tributário Nacional Comentado, RT, 1999, p. 786), podendo ser elidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou de terceiro a quem aproveite, nos termos do parágrafo único do art. 204 do CTN, reproduzindo no art. 3º da Lei 6.830/80, e não deve o magistrado impor ao exequente gravame não contemplado pela legislação de regência.

No tocante à alínea “c”, tem-se que merece ser provido o recurso, pois a solução jurídica apontada no aresto paradigma está em nítido confronto com o entendimento exarado no v. acórdão recorrido.

Recurso especial provido.

(Resp. 278.741/SC, rel. Min. Franciulli Neto; STJ, 2ª T., maioria, DJ 16.09.02)

Outro aspecto a ser levado em conta é a disposição do art. 52 da Lei no 8.212/91, a saber:

Art. 52. À empresa em débito com a seguridade social é proibido:

I – distribuir bonificação ou dividendo a acionista;

II – dar ou atribuir cota ou participação nos lucros a sócio cotista, diretor ou outro membro de órgão dirigente, fiscal ou consultivo, ainda que a título de adiantamento.

Parágrafo único. A infração do disposto neste artigo sujeita o responsável à multa de 50% das quantias que tiverem sido pagas ou creditas a partir da data do evento, atualizadas na forma prevista no art. 34.

Neste caso, em havendo a distribuição de bonificação ou dividendo ou participação nos lucros, estará caracterizada a responsabilidade objetiva do sócio administrador/gerente.