



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

APONTAMENTOS SOBRE ÓRGÃOS TÉCNICOS E CONSULTIVOS NAS COMPANHIAS

por

Pedro Henrique Serqueira e Souza

ORIENTADOR: Francisco Antunes Maciel Müssnich

2012.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

APONTAMENTOS SOBRE ÓRGÃOS TÉCNICOS E CONSULTIVOS NAS COMPANHIAS

por

Pedro Henrique Serqueira e Souza

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro
(PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

**Orientador: Francisco
Antunes Maciel
Müssnich**

2012.2

Dedicatória

À minha família, pelo apoio incondicional e por acreditar no poder transformador da educação.

Agradecimentos

Agradeço a toda minha família, que torceu por mim durante esses anos de faculdade e aprendizado, me apoiando na minha formação e acreditando no meu potencial.

Agradeço a todos os meus grandes amigos, que estiveram do meu lado, ou longe, me incentivando nessa exaustiva reta final da faculdade, e à minha linda namorada, Aline, pela compreensão e torcida incondicionais.

Agradeço também ao meu professor e orientador Chico Müssnich, pela ajuda e aprendizado ao longo da realização deste trabalho, bem como a todos os meus colegas de escritório do Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados, em especial, Flaks, Sergio, Lobão, Pinho e Kathleen, com quem tenho o prazer de trabalhar todos os dias.

Resumo e Palavras Chave

O objetivo do presente trabalho é estudar os órgãos técnicos e consultivos no âmbito das companhias, conforme previsto no artigo 160 da Lei das S.A., trazendo um panorama de sua natureza jurídica, competências e funções, enquanto aparatos de assessoramento dos órgãos da administração.

Nesse contexto, estudaremos a forma como tais órgãos são inseridos na estrutura administrativa das companhias e a sua interação com os demais órgãos sociais, abordando a controversa questão acerca de seus membros serem considerados ou não verdadeiros administradores, para todos os fins legais.

Para tanto, traçaremos a evolução histórica da estrutura administrativa das companhias no Brasil, com certas considerações à luz do direito comparado, além de abordar, de maneira mais prática, o panorama atual das companhias brasileiras e de seus respectivos estatutos sociais, no que tange a previsão e regulação de órgãos técnicos e consultivos.

Por fim, analisaremos as particularidades do comitê de auditoria, órgão consultivo cada vez mais utilizado no Brasil e de relevante presença no cenário internacional.

Palavras – Chave: Órgãos Técnicos e Consultivos – Estrutura da Administração nas Companhias – Comitê de Auditoria.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DAS COMPANHIAS.....	14
2.1. O Modelo Francês	14
2.2. O Modelo Alemão	17
2.3. O Modelo Brasileiro.....	18
3. ÓRGÃOS TÉCNICOS E CONSULTIVOS NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO DAS COMPANHIAS	25
3.1. Natureza Jurídica, Competência e Funções.....	25
3.2. Princípio da Indelegabilidade	31
3.3. Responsabilidades dos Membros de Comitês	38
3.4. Requisitos, Impedimentos, Investidura e Remuneração dos Membros de Comitês.....	42
3.5. Previsão Estatutária	52
4. O PANORAMA DAS COMPANHIAS BRASILEIRAS	56
4.1. Situação dos Estatutos Sociais das Companhias Abertas.....	56
4.2. Comitê de Auditoria	58
5. CONCLUSÃO	70
6. BIBLIOGRAFIA	72

Lista de Abreviações

“BM&FBovespa” – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros;

“Código de Governança” – Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa;

“CMN” – Conselho Monetário Nacional;

“CVM” – Comissão de Valores Mobiliários;

“Decreto-Lei de 1940” – Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940;

“IBGC” – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa;

“Lei das S.A.” – Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

“Sarbox” – *Sarbanes-Oxley Act* de 30 de julho 2002; e

“SEC” – *Securities Exchange Commission*.

1. INTRODUÇÃO

Com a expansão do mercado brasileiro e o aumento de escala das companhias, verificados nas últimas décadas, vê-se crescer a importância da organização administrativa das companhias em seu desempenho. Tal fato se deve não só à crescente profissionalização e especialização dos administradores, como também à sua participação cada vez mais ativa na complexa gestão empresarial.

Além disso, a abertura da economia brasileira com a corrida às bolsas, a partir da década de 90, propiciou uma verdadeira transformação na estrutura administrativa e gerencial das companhias. Até então, a maioria das companhias brasileiras possuía um único controlador ou grupo de controladores sob comando único. Nesse sentido, WALD afirma que:

“[e]fetivamente, as raras empresas de controle pulverizado desapareceram rapidamente, a partir de 1970, e os casos de controle compartilhado se resumiam, em geral, ao seu exercício por membros de uma mesma família.”¹

O fenômeno da dispersão acionária no Brasil evidenciou (ou começou a evidenciar)² o que há muito se observava em países como os Estados Unidos da América, a separação entre a propriedade das ações e o poder de controle da

¹ WALD, Arnaldo. *A Evolução do regime Legal do Conselho de Administração, os Acordos de Acionistas e os Impedimentos dos Conselheiros decorrentes de Conflitos de Interesses*. Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial. Volume III – Sociedade Anônima. Edições Especiais – Revista dos Tribunais 100 anos, WALD, Arnaldo (coord.) Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011. p.285.

² Confirmando esse fenômeno em expansão no Brasil, Francisco Müssnich e Fábio Peres elucidam que “[e]mbora marcado por um panorama no qual as companhias tradicionalmente se caracterizam por ter um grupo de controle – muitas vezes familiar – extremamente definido, cada vez mais se verifica o fenômeno da dispersão acionária nas companhias abertas no Brasil.” MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. *Administração deve colaborar para o melhor uso das poison pills*. Espaço Jurídico – BM&FBovespa. 2008. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/juridico/noticias-e-entrevistas/Noticias/080919NotA.asp>

companhia, a qual impõe uma nova maneira de pensar o exercício da atividade empresária³.

Se antes o rumo dos negócios sociais era definido exclusivamente pelos acionistas, ou por seus administradores fantoches, agora, a tendência é vermos crescer a figura dos administradores independentes, de carreira, que comandam a companhia no seu dia-a-dia. Tal fato é flagrante nas companhias de grande porte. Isto porque, quanto maior a dimensão da companhia, menores as chances dos então acionistas acompanharem os sucessivos aumentos de capital necessários ao financiamento de sua expansão⁴. Consequentemente, os administradores passam a exercer maior poder de controle das mesmas.

Ora, o poder de controle de uma companhia não decorre, necessariamente, da predominância quantitativa em seu capital votante detida por determinada pessoa, mas sim, pelo exercício de fato de determinados poderes que possam configurar o controle. Afinal de contas, o poder é de quem o exerce. Quando este controle é exercido pela administração da companhia, ele é denominado de *managerial control*⁵.

Cabe ressaltar, contudo, que a maioria das companhias brasileiras ainda opera sob controle concentrado, com pouco espaço para uma atuação

³ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. v.1. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2009, 1ª edição, pp. 784-785.

⁴ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. v.1. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2009, 1ª edição, pp. 784-785.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Forense: Rio de Janeiro, 5ª Ed., 2008, p. 167.

independente dos administradores⁶. Contudo, com a crescente complexidade das relações comerciais, advinda, em parte, da internacionalização dos mercados e do crescimento econômico brasileiro, a tendência é que os administradores das companhias (sobretudo das companhias abertas) passem a deter cada vez mais poder de decisão para gerir os negócios em harmonia com a dinâmica e eficiência impostas pelo mercado.

É nesse contexto que a gestão empresarial impõe, muitas das vezes, a criação de órgãos técnicos e consultivos destinados ao assessoramento dos diretores e membros do conselho de administração das companhias, em diversas áreas técnico-científicas. O surgimento de tais órgãos, no âmbito da organização empresarial, reflete a complexidade de certas funções a serem desempenhadas pela administração, impondo, por sua vez, a necessidade de especialização de determinados setores da companhia, com pessoal qualificado para melhor exercer tais atribuições⁷.

As funções específicas dos órgãos técnicos e consultivos são exercidas, na maioria dos casos, por especialistas em finanças, auditoria, economia ou até mesmo recursos humanos. Eles desempenham funções de alta relevância nas companhias, contribuindo com sua expertise no seio da administração. Sobre os seus papéis de assessores do conselho de administração, HOPT elucida que:

⁶ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Desafios do Direito Societário Brasileiro na Disciplina da Companhia Aberta: Avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado*. In. *Direito Societário, Desafios Atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.125.

⁷ Segundo Modesto Carvalhosa, a criação de órgãos técnicos e consultivos, no âmbito da organização empresarial é fruto justamente do princípio da especialização. Para explicá-lo, o autor cita o *Arret Motte* de 1946, no qual constatou-se que a companhia seria uma instituição de direito privado, constituída por um grupo de pessoas com interesses comuns, reunidas para a consecução de determinado objeto social, por meio de uma organização permanente. Nessa organização, cada órgão teria uma função determinada. Ele ainda completa afirmando que o princípio da especialização

“[b]oard committees play an important role for the work of the board and are therefore provided for under most corporate laws. As a generally agreed, at least three board committees are important for good corporate governance: the audit committee, the nominating committee and the compensation committee. These three functions are key and therefore have to be taken care of by committees that prepare their work thoroughly (...).”⁸

Tais órgãos, comumente chamados de *comitês* ou *conselhos consultivos* já detinham guarida no artigo 121, §2º do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (“Decreto-Lei de 1940”)⁹, sendo reafirmados no artigo 160 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei das S.A.”). Contudo, percebe-se que os comitês não têm sido objeto de estudo da doutrina, condizente com a sua importância e presença cada vez mais evidente na estrutura administrativa das companhias.

A própria Lei das S.A. é bastante enxuta no que diz respeito ao regime jurídico dos comitês. O referido artigo 160 se limita a dispor que os membros de órgãos técnicos e consultivos, criados pelo estatuto, terão seus deveres e responsabilidades equiparados aqueles dos administradores¹⁰.

transcende o da hierarquia de poderes, característico da visão contratualista da companhia. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários a Lei de Sociedades Anônimas*, p. 490.

⁸ HOPT, Klaus J. *apud* MONTEIRO DE CASTRO. *Notas a Respeito dos Comitês do Conselho de Administração de Companhias*. in Temas Essenciais de Direito Empresarial – Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa. KUYVIN, Luiz Fernando Martins (coord.) Editora Saraiva: Rio de Janeiro. 2012. p.1029.

⁹ Art. 121. Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão.

§ 1º Respondem, porém, civilmente, pelos prejuízos que causarem, quando procederem:

I, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II, com violação da lei ou dos estatutos.

§ 2º **Quando os estatutos criarem qualquer órgão com funções técnicas ou destinado a orientar ou aconselhar os diretores, a responsabilidade civil de seus membros apurar-se-á na conformidade das regras deste capítulo.** (grifou-se).

¹⁰ Art. 160. “As normas desta seção aplicam-se aos membros de quaisquer órgãos, criados pelo estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores.”

Talvez essa lacuna doutrinária e legislativa sobre o tema se deva ao fato de que os comitês então existentes não desempenhavam funções relevantes nas companhias. Ou, ainda, que essa ausência de regulação seja intencional, conferindo maior liberdade às companhias para prever e regular seus comitês, o que, até certo ponto, condiz com o próprio dinamismo da gestão empresarial. Como o limite de atuação desses órgãos estaria adstrito aos poderes e competências não conferidos por lei à diretoria ou ao conselho de administração, nos termos do artigo 139 da Lei das S.A., poder-se-ia pensar que os particulares poderiam instituir eventuais comitês, conforme a sua conveniência sem qualquer interferência no funcionamento da administração da companhia.

Entretanto, a questão não é tão simples. Os comitês vêm se mostrando, na última década, importantes vetores de bom governo interno, com atuação determinante no núcleo administrativo das companhias. Por outro lado, a expansão de suas funções, muitas vezes na qualidade de órgão fiscalizador, pode acarretar no conflito entre certas competências dos comitês e dos órgãos da administração *stricto sensu*, ou até mesmo do conselho fiscal.

Importante notar também, que a adoção de comitês ou conselhos consultivos não é uma medida observada exclusivamente no Brasil. Aliás, pode-se dizer que o comportamento das companhias brasileiras em muito foi influenciado pelas recentes conjunturas internacionais, notadamente após a edição da *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 (“Sarbox”) nos Estados Unidos da América.

A Sarbox foi instituída em resposta a diversos escândalos corporativos ocorridos nos Estados Unidos da América, no início dos anos 2000. Em linhas gerais, tais escândalos constituíram fraudes financeiras milionárias incorridas por até então renomadas companhias, que manipulavam seus dados contábeis, sem qualquer controle de auditoria¹¹.

Assim, para promover o *disclosure* de informações financeiras e o bom governo interno das empresas, a Sarbox passou a exigir a presença de um comitê de auditoria nas companhias abertas norte-americanas, justamente para fiscalizar e evitar fraudes da administração. Por conseguinte, as companhias brasileiras que possuíam *American Depositary Receipt* – ADRs negociados em bolsas norte-americanas se viram obrigadas a se adaptar às novas exigências da Sarbox, passando também a prever um comitê de auditoria ou órgão equivalente.

Contudo, é preciso notar que, em regra, a incorporação de aparatos jurídicos estrangeiros em nosso ordenamento gera algumas incompatibilidades com a lei brasileira vigente. Tal fato não foi diferente com o comitê de auditoria à la brasileira. Como bem apontado por MONTEIRO DE CASTRO, “*a disciplina da governança corporativa é pródiga nessas importações, sem a devida adaptação*”¹².

Diante desse cenário, resta evidente a importância do estudo aprofundado dos órgãos técnicos e consultivos nas companhias, principalmente

¹¹ BORGERTH, Vânia Maria da Costa. *SOX: Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley – Um caminho para a informação transparente*. Thompson Learning : São Paulo. pp. 3 – 7.

¹² MONTEIRO DE CASTRO. *Notas a Respeito dos Comitês do Conselho de Administração de Companhias*. in Temas Essenciais de Direito Empresarial – Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa. KUYVIN, Luiz Fernando Martins (coord.) Editora Saraiva: Rio de Janeiro. 2012. p.1037.

acerca de sua competência, prerrogativas, responsabilidades e natureza jurídica, enquanto órgãos inseridos na estrutura administrativa da companhia.

* * *

2. A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DAS COMPANHIAS

Antes de esmiuçar o papel dos órgãos técnicos e consultivos no contexto da estrutura administrativa das companhias brasileiras, é necessário analisarmos a evolução do sistema legal a respeito de sua administração, em linhas gerais, e as correntes de maior relevância que contribuíram para o seu desenvolvimento.

Basicamente, a estrutura administrativa das companhias pode ser dividida em duas correntes. A primeira e mais tradicional corrente defende o sistema monista ou unitário de administração, baseado em apenas um órgão administrativo, responsável por centralizar as decisões e a execução dos atos de gestão da companhia. Em contrapartida, a segunda corrente defende o sistema dualista ou bipartido de administrar, por meio do qual a gerência da companhia é exercida por dois órgãos administrativos, um de caráter deliberativo e outro de caráter executivo¹³.

Os sistemas unitário e bipartido de administração foram desenvolvidos precipuamente na França e na Alemanha, respectivamente, e tiveram forte influência na legislação brasileira sobre o tema desde a edição do Decreto-Lei de 1940, até o advento da Lei das S.A., conforme melhor delineado a seguir.

2.1. O Modelo Francês

¹³ TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores; de acordo com a Nova Lei das S.A.* Editora Atlas. São Paulo. 1ª edição. 1997. p. 13.

O sistema monista de estruturação dos órgãos da administração da sociedade foi tradicionalmente adotado pela França, o que o faz ser referido por muitos doutrinadores como o sistema francês. Nos moldes deste sistema, a administração é atribuída a apenas um órgão, a diretoria, responsável por todos os atos de gestão da companhia.

Entretanto, a partir das reformas de 1940 e 1943 da legislação francesa, passou-se a adotar a figura do *conseil d'administration*¹⁴, o qual deveria eleger, dentre um de seus membros um diretor presidente geral que estaria encarregado de certas atribuições específicas, sem, contudo, constituir em si um órgão independente daquele que o nomeou¹⁵.

Na prática, esse conselho de administração exercia uma atividade supervisora da gestão praticada pelo presidente diretor geral, o qual, na qualidade de presidente do referido órgão, acabava por ter amplos poderes para controlar as atividades executivas da companhia¹⁶.

Contudo, com nova reforma da legislação societária francesa em 1966, a estrutura administrativa das companhias francesas passou por

¹⁴ É importante notar que o *conseil d'administration* francês é apenas homônimo do conselho de administração brasileiro, o qual por sua vez, se assemelha ao *conseil de surveillance* instituído na França com a reforma de 1966.

¹⁵ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*. Editora Saraiva: São Paulo. 1ª Edição e 2ª Tiragem. 2010. pp. 15-16.

Sobre a relativização do sistema monista na França: COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain. *Droit des Sociétés*. Litec: Paris. 5 ed. 1992. N. 625. P. 209.: “On qualifie à tort Le système français de moniste; il est en réalité dualiste puisque composé d’un conseil et d’un président-directeur general, jouissant chacun de pouvoirs propres; il est vrai que ce dualisme est atténué, car Le président est l’un des membres du conseil.”

¹⁶ RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité élémentaire de droit commercial*. Tomo 1. P. 858.

importantes modificações, principalmente, em razão da Emenda Capitaint-Le Douarec, que aproximou o sistema monista francês ao dualista alemão, diferenciando duas funções primordiais na administração das companhias: a direção e o controle. Nas palavras de REQUIÃO:

“[I]nspirado no sistema germânico, o Dep. M. Capitaint apresentou a emenda que levou à adoção opcional do sistema, com reforço dos poderes do conselho de fiscalização (conseil de surveillance). Assim apreciou a Assemblée Nacional francesa o sistema germânico: a sociedade é administrada por uma diretoria (directoire)(...) A inovação é a nomeação ou destituição da diretoria pelo conselho (conseil de surveillance). A diretoria está sujeita permanentemente ao controle do conselho”¹⁷.

De fato, o novo sistema francês possibilitou uma melhor repartição das funções da administração da companhia. Note-se, contudo, que, desde a sua implementação, tal modelo de administração não tem sido amplamente utilizado pelas companhias francesas.

Em pesquisa realizada em 2006, pelo Centro de Pesquisa sobre Direito Comercial (*Centre de Recherche sur Le Droit des Affaires*), constatou-se que apenas uma dentre cinco sociedades anônimas que eram constituídas à época optavam pela estrutura administrativa dividida entre um conselho de supervisão e uma diretoria¹⁸⁻¹⁹.

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. v.2. Editora Saraiva: São Paulo. 27^a ed. 2010. pp. 226-227.

¹⁸ Pesquisa disponível em <http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/2006-societe-directoire/societe-directoire-actes.pdf>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

¹⁹ Já em 1997, TOLEDO afirmava que: “[c]oncretamente, a sociedade à *directoire* não vem sendo acolhida que se poderia esperar, o que apenas explica, segundo René Roblot, pela força do hábito. Essa tendência conservadora do empresário francês, cuja revelação é possibilitada pelo caráter opcional do sistema, não se coaduna com a pujança econômica daquele país, nem com os progressos de sua ciência jurídica. De qualquer maneira. Como observa Modesto Carvalhosa, citando Hamiaut, o sistema optativo funda-se exatamente na necessidade de haver um período de adaptação. Parece, no entanto, que hoje, decorrido mais de um quarto de século, já houve tempo suficiente para uma sedimentação.

Em contrapartida, como se verá adiante, tal modelo de organização da estrutura administrativa das companhias era amplamente aceito para além da fronteira do Reno.

2.2. O Modelo Alemão

O modelo dualista caracteriza-se pela existência de dois órgãos sociais com funções distintas e destinados à administração da companhia: a diretoria (*Vorstand*) e o conselho de supervisão (*Aufsichtsrat*). Enquanto a diretoria está encarregada de praticar atos de gestão e de representar a companhia, o conselho de supervisão fica incumbido de supervisionar tais atos de gestão e de tomar decisões estratégicas para orientar o rumo dos negócios sociais.

Introduzida pela *Novelle zum Aktienrecht* de 1884, e reafirmada com a reforma legislativa de 1937 (*Aktiengesetz*), no contexto do período nacional-socialista alemão, essa estrutura administrativa visou reduzir certas ineficiências verificadas no sistema monista, como a falta de segregação das funções administrativas, tidas hoje como prática de bom governo interno. Conforme elucida ADAMEK:

“o sistema dual favorece a alternância e a renovação de lideranças dentro das companhias, o que não ocorre no sistema monista, em que a força do preponderante do presidente tende a ser mais marcante e opressora. No sistema dual, pelo contrário, a convivência de distintas gerações de pensamento normalmente verifica-se com a admissão de jovens executivos bem preparados na diretoria, a qual atua sob a supervisão do conselho; e, um segundo momento, dá-se a renovação por meio da transferência dos diretores, já agora experimentados e maduros para o conselho,

TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores; de acordo com a Nova Lei das S.A.* Editora Altas. São Paulo. 1ª edição. 1997. p. 17.

*abrindo, pois, espaço para a entrada de novos administradores na diretoria, e, assim, sucessivamente, em um constante movimento de renovação.”*²⁰

Percebe-se que o modelo dualista alemão privilegiava a companhia enquanto instituição, fortalecendo a sua administração, em detrimento das prerrogativas dos próprios acionista. Tal fato não era evidenciado com a mesma intensidade no sistema francês.

Primeiro porque na França a adoção do modelo dualista era facultativa e não compulsória, como era na Alemanha. Segundo, porque, apesar de prever a possibilidade de um duplo grau de administração, a gestão da companhia no sistema francês permaneceu, até certo ponto, concentrada nas mãos da assembléia geral, à qual ainda competia a destituição dos diretores e a deliberação sobre as contas da diretoria, por exemplo. O *Aufsichtsrat*, por outro lado, detinha poderes mais amplos, podendo tanto admitir quanto dispensar membros da diretoria, além de também aprovar as suas contas.²¹

2.3. O Modelo Brasileiro

A estrutura da administração das companhias no Brasil já foi delineada sob a forma de ambos os sistemas monista e dualista, sofrendo forte influência dos modelos implementados na França e na Alemanha²², conforme detalhado acima.

²⁰ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*. Editora Saraiva.: São Paulo. 1ª Edição e 2ª Tiragem. 2010. pp. 18-19.

²¹ TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores; de acordo com a Nova Lei das S.A.* Editora Altas. São Paulo. 1ª edição. 1997. p. 23.

²² Apesar de reconhecermos a importância do modelo norte-americano de administração, o presente trabalho não se propõe a estudá-lo, em razão de suas diferenças em relação aos modelos europeus, os

Inicialmente, o modelo brasileiro se alinhou ao modelo francês. Com o Decreto-Lei de 1940 a companhia brasileira era administrada nos moldes do sistema tradicional monista. O artigo 116 do referido diploma dispunha que a companhia seria administrada por um ou mais diretores, acionistas ou não, todos residentes no país, eleitos e destituíveis pela assembléia geral²³⁻²⁴.

À época, doutrinadores renomados como VALVERDE, eram categoricamente contra a criação de um conselho de administração, a se interpor entre a assembléia geral e a diretoria. Conforme ensinava o referido autor:

*“O nosso sistema é, fora de toda dúvida e sobre todos os pontos de vista, superior ao sistema administrativo das sociedades anônimas estrangeiras, cujos Conselhos de Administração, compostos de dezenas de pessoas que não trabalham, na maioria incompetentes, mas que recebem grandes porcentagens sobre os lucros sociais, constituem, na opinião hoje generalizada, o cancro das sociedades anônimas.”*²⁵

quais servem de contraponto mais adequado para a análise da evolução do modelo administrativo brasileiro.

qual, entretanto se difere dos modelos europeus aqui expostos. Isto porque, tal sistema é centralizado na figura do *board of directors*, o qual delega suas funções executivas aos *officers*, que dirigem a companhia,

²³ Art. 116. A sociedade anônima ou companhia será administrada por um ou mais diretores, acionistas ou não, residentes no país, escolhidos pela assembléia geral, que poderá destituí-los a todo tempo.

²⁴ Quando a diretoria era composta por mais de um membro, o Decreto-Lei de 1940 não previa expressamente que os diretores pudessem atuar de forma colegiada, nem tão pouco estabelecia vedação. Caso assim dispusesse o estatuto social entendia-se que a diretoria poderia, de fato, atuar como órgão colegiado para deliberar sobre determinadas matérias. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v.2, n. 611. SOUZA LEÃO JR., Luciano. *Conselho de Administração e Diretoria*. in *Direito das Companhias*. v.1. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (coord.) Rio de Janeiro : Forense, 2009, 1ª edição, p.1.030.

²⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v.2, p. 302.

Apesar disso, diversas companhias, mesmo antes do advento do Decreto-Lei de 1940 já previam em seus respectivos estatutos, a criação de conselhos de administração nos moldes estrangeiros²⁶⁻²⁷. De fato, a estrutura administrativa então vigente se mostrava acanhada para atender as companhias brasileiras, sobretudo as companhias de grande porte.

Com o passar das décadas, buscou-se aperfeiçoar essa estrutura, por meio da distribuição das funções gerenciais entre os órgãos sociais, de forma que se pudesse atender o desenvolvimento de tais companhias. Esse movimento foi primeiro observado a partir da Lei da Reforma do Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 4.595 de 1964), que teve como objetivo a organização dos mercados financeiro e de capitais no Brasil. Esta lei foi a pioneira no Brasil a reconhecer a existência de um conselho de administração, órgão colegiado, de funções essencialmente deliberativas²⁸.

No entanto, foi somente com a chegada da Lei das S.A. em 1976 que tal órgão passou a ser melhor regulado. Ressalta-se que a Lei das S.A, ao adotar o sistema dualista, mais moderno e condizente com as necessidades das empresas brasileiras em expansão, não o fez de forma rígida. A Exposição de Motivos referente ao Projeto da Lei das S.A. esclareceu que:

²⁶ Apontam TEIXEIRA, Egberto Lacerda, e GUERREIRO, José Alexandre Tavares que, “entre nós, antes do advento da lei, não foram poucas as empresas cujos estatutos refletiam essa orientação (das legislações francesa e alemã), repartindo a administração entre órgãos com funções executivas e contornando mediante cuidadosos expedientes a proibição do Decreto-Lei de outorga-se a outro órgão criado pelos estatutos as atribuições e poderes conferidos pela lei aos diretores. (Decreto-Lei nº 2.627, art. 116, §5º)” (Das sociedades anônimas no direito brasileiro, v.1, n. 146, p. 437).

²⁷ As leis que criaram as sociedades Petrobrás e a Eletrobrás, por exemplo, previam a dualidade de órgãos administrativos.

²⁸ CASTELLO BRANCO, Adriano. O Conselho de Administração nas Sociedades Anônimas. Editora Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2ª Ed. 2007. P.26.

“[q]uanto à organização da administração, o Projeto não fixa modelo único - individual (como atualmente, em que cada Diretor tem funções e responsabilidade definidas) ou colegiada (em que é obrigatória a existência do Conselho). É inegável que nas grandes empresas - em que ninguém pode deter todos os conhecimentos necessários às deliberações - o colegiado é a forma mais adequada.”²⁹

Nos termos do artigo 138 da Lei das S.A., a administração da companhia poderá ser exercida pelo conselho de administração e pela diretoria, ou somente pela diretoria, cabendo à companhia escolher a estrutura que preferir, a exceção das companhias abertas, de economia mista e de capital autorizado, nas quais é obrigatória a adoção de conselho de administração³⁰.

O conselho de administração instituído pela Lei das S.A. é um órgão de deliberação colegiada, que age sempre em conjunto, com o objetivo de fixar a orientação global dos negócios empresariais. A deliberação colegiada implica em um *colégio* ou conjunto de pessoas com mesmo *status*, ou que desempenham as mesmas funções, direcionado à formação de um ato coletivo e uno, a partir da soma das vontades individuais, e organizado pelo procedimento de deliberação³¹. O conselho de administração exerce suas atribuições pelo conjunto de seus membros, e não através de cada um deles

²⁹ Nas palavras dos autores da Lei das S.A., Alfredo Lamy e Bulhões Pedreira, o “Projeto introduz várias e importantes modificações na administração da companhia, atento a que os órgãos da administração - sobretudo nas grandes empresas - é que detém maior parcela do poder empresarial, condicionam o sucesso ou insucesso da empresa, e podem ser fonte dos maiores agravos aos minoritários.” Disponível em http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp. Acesso em 01 de outubro de 2012.

³⁰ Art. 138. “A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria.

§ 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores.

§ 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.”

³¹ SOUZA LEÃO JR., Luciano. *Conselho de Administração e Diretoria*. in Direito das Companhias. v.1. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (coord.) Rio de Janeiro : Forense, 2009, 1ª edição, p.1.031.

individualmente. Tal conceito é tão importante que a Lei das S.A., ao dispor sobre a composição do conselho de administração, fixa um número mínimo de 3 (três) membros, como forma de preservar o seu caráter colegial.

Quando uma determinada companhia opta ou é obrigada por lei a compor sua estrutura administrativa com o conselho de administração, este assume o papel de fiscalizar a diretoria, podendo, inclusive, eleger e destituir seus membros.

Já a diretoria, quando inserida no sistema dualista, constitui órgão executivo da companhia, responsável pela prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular e por representá-la, de forma ativa ou passiva, em juízo ou fora dele. Por não se tratar de órgão colegiado, caberá aos membros da diretoria o exercício de tais prerrogativas, em conjunto ou em separado, conforme dispuser o estatuto social da companhia.

Ainda, no ensino preciso de PONTES DE MIRANDA, não se pode confundir os diretores com meros mandatários da companhia, uma vez que os mesmos fazem parte de órgão social entranhado em sua organização administrativa. Portanto, seria mais correto dizer que os diretores não “representam” a companhia, mas “presentam” a mesma perante terceiros³².

Isto posto, vê-se que a Lei das S.A. atribui ao conselho de administração e à diretoria regras e orientações definidas sobre a sua composição e funcionamento e respectivas, constituindo verdadeiras normas societárias

³² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Revista dos Tribunais. 1954. Tomo I. § 75, p. 286.

cogentes, apesar de, por outro lado, também conferir certa liberdade para as companhias regularem tais órgãos por meio do estatuto social.

Diante disso, pode-se perceber que o sistema dualista de administração, hoje, amplamente utilizado pelas companhias brasileiras, reflete a incapacidade da assembleia geral de exercer com eficiência as funções relativas à orientação dos negócios sociais. Não bastasse isso, a estrutura administrativa dualista permite uma melhor fiscalização dos administradores da companhia, os quais passam por um crivo em duas esferas diferentes – a assembleia geral controla os atos dos membros do conselho de administração, que, por sua vez, controlam os membros da diretoria.

Ademais, o desmembramento do corpo administrativo das companhias revela, em grande medida, a necessidade de se dividir a competência de administrar em funções e atribuições mais específicas, entre mais de um órgão, gerando ganhos de eficiência no desenvolvimento das atividades da companhia.

Nesse contexto, surge a figura dos comitês ou conselhos consultivos para enriquecer ainda mais a malha administrativa das companhias. Com a sua adoção cada vez mais frequente pelas companhias brasileiras, principalmente as companhias abertas, as funções e atribuições do conselho de administração e/ou da diretoria se ramificam e deságuam nos comitês, dotados de expertise em determinados setores do conhecimento técnico-científico. A partir do emprego dessa especialização e profissionalização, os comitês acabam por auxiliar (e muitas vezes determinar) os rumos da companhia no desenvolvimento de sua atividade empresária.

Mas afinal, estaríamos diante do surgimento de um novo sistema de administração, sendo que dessa vez, um sistema pluripartido e complexo? Os comitês fazem parte, de fato, da administração da companhia, ou são apenas órgãos com funções acessórias, sem qualquer poder de decisão? Podem os comitês, criados pelo estatuto social, conviver em harmonia com os demais órgãos das companhias, criados por lei, sem que haja conflito de competência? São os comitês órgãos essenciais ao bom governo interno nas companhias contemporâneas?

São essas perguntas e questionamentos acerca dos órgãos técnicos e consultivos que tentarão ser respondidas ao longo deste trabalho, com a consciência de que o presente tema, fresco na prática corporativa das companhias brasileiras, ainda está longe de estar sedimentado.

* * *

3. ÓRGÃOS TÉCNICOS E CONSULTIVOS NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO DAS COMPANHIAS

Se de modo amplo e abstrato, é facilmente concebível que um órgão técnico ou consultivo possa integrar a administração da companhia, de modo estrito e prático, a visão já começa a ficar turva. Nas palavras de BARRETO FILHO:

“[d]e modo amplo, integram-se na estrutura administrativa da companhia, preordenada à satisfação dos fins sociais, os órgãos cuja existência é prevista em lei (assembleia geral, conselho de administração, diretoria e conselho fiscal) ou no estatuto conselho técnico-consultivo). Em sentido restrito, abrange a administração da companhia apenas os órgãos diretamente incumbidos de gerir os bens e interesses sociais, nos limites dos preceitos legais e estatutários, ou seja, o conselho de administração e a diretoria.”³³

Não é à toa que a maior parte da doutrina repudia a ideia de que os comitês e conselhos consultivos, mesmo com expressa previsão estatutária, possam fazer parte da administração da companhia. Tal entendimento se finca, principalmente, como se verá melhor adiante, na vedação da delegação de poderes e atribuições, conferidos por lei aos órgãos da administração, a outros órgãos criados por lei ou pelo estatuto social, nos termos do artigo 139 da Lei das S.A.

3.1. Natureza Jurídica, Competência e Funções

Ao comentar o artigo 160 da Lei das S.A., grande parte da doutrina se limita a reescrever o dispositivo legal, afirmando a possibilidade de o estatuto

³³ BARRETO FILHO, Oscar. *Estrutura Administrativa das Sociedades Anônimas*. In Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial. Volume III – Sociedade Anônima. Edições Especiais – Revista dos Tribunais 100 anos, WALD, Arnoldo (coord.) Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011. p.443.

social prever a criação de outros órgãos com funções técnicas e consultivas³⁴, além do conselho de administração e da diretoria, já criados por lei, com curtas considerações sobre a sua responsabilidade.

Conforme já brevemente abordado, os comitês são órgãos com funções técnicas específicas ou de aconselhamento dos demais órgãos sociais, em matérias como economia, finanças, auditoria, recursos humanos, além de infinitas outras, conforme a conveniência e necessidade verificadas no dia-a-dia da gestão empresarial. Suas funções e competências precisas deverão ser esmiuçadas no estatuto social da companhia³⁵⁻³⁶.

A questão está em desvendar se, ao exercer suas funções, os comitês participam ou não da formação das deliberações da administração da companhia, e em que medida tal verificação importaria em determiná-los como administradores ou não.

De acordo com o entendimento de NELSON EIZIRIK:

*“[o]s comitês constituem órgãos que participam da gestão empresarial, mas sem poderes de representar a companhia e de tomar decisões que vinculem os administradores e empregados.”*³⁷

³⁴ A Lei das S.A. permite que a companhia crie número ilimitado de órgãos técnicos e consultivos, por meio de previsão estatutária, conforme a sua conveniência e necessidade.

³⁵ Nesse sentido Fran Martins esclarece que “[r]eferidos órgãos são validamente criados pelo estatuto, que deve traçar as suas atribuições.” MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Forense : Rio de Janeiro. 2ª Ed. Volume 2, Tomo I, 1984, p. 416.

³⁶ Vide item 3.5 do presente trabalho acerca da previsão estatutária dos comitês.

³⁷ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. v. II. Arts. 121 a 188. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo. 2011. p. 418.

Para o respeitado autor, os comitês possuem, de fato, funções importantes para a gestão empresarial. Entretanto eles não detêm nenhum poder de fato ou função que pudesse caracterizá-los como administradores ou, até mesmo, como quase administradores³⁸. Tais órgãos são considerados, por grande parte da doutrina, como meros órgãos acessórios e dependentes dos órgãos da administração com previsão legal. Nas palavras de CARVALHOSA:

*“[s]ão órgãos auxiliares, porque suas funções não podem vir a constituir requisito para a prática de atos de gestão e de representação social (...) Tem o órgão consultivo por função aconselhar os administradores sobre assuntos administrativos ou técnicos, opinando sobre a orientação e o andamento dos negócios sociais.”*³⁹

É bem verdade que, em última análise, caberá ao conselho de administração ou à diretoria, conforme aplicável, dar a última palavra acerca dos rumos da companhia em face dos pareceres e orientações fornecidos por determinado comitê. Isto porque, os comitês não podem violar o princípio da indelegabilidade das competências dos órgãos sociais, vinculando os administradores às suas avaliações e pareceres, conforme previsto no artigo 139 da Lei das S.A.⁴⁰

Contudo, há de se notar que, conforme observou o próprio CARVALHOSA⁴¹, a razão primordial para a criação e proliferação desses comitês é justamente a sua especialização em determinada área do

³⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Malheiros. 2006, v.2, p. 216.

³⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários a Lei de Sociedades Anônima*. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p. 492.

⁴⁰ Vide item 3.2 do presente trabalho acerca do princípio da indelegabilidade.

⁴¹ Vide nota de rodapé nº 7 acima.

conhecimento técnico-científico, a fim de orientar a solução de problemas mais complexos da administração, que transcendem a gestão quotidiana⁴².

Assim, há de se esperar que os pareceres e orientações por eles formulados sejam revestidos de maior propriedade, do que se fossem elaborados por outros integrantes da administração *stricto sensu* da companhia, sem as mesmas qualidades técnicas. Isto porque, não raro, a administração da companhia é comandada por diretores e membros do conselho de administração sem a capacidade técnica devida para a tomada de toda e qualquer decisão no seio da administração da companhia⁴³.

Logo, pode-se vislumbrar que, nesses casos, quando a demanda gerencial se torna complexa, a construção do ato administrativo começa a ser delineado pelos comitês ou conselhos consultivos, até a sua apreciação e aplicação, se for o caso, pelo conselho de administração ou pela diretoria da companhia.

O assessoramento dos órgãos sociais obrigatórios não se limita à simples elaboração de normas de políticas internas e a fiscalização de sua boa observância. No cenário da gestão empresarial contemporânea, os comitês passam a assumir funções cada vez mais relevantes e determinantes para a formação do ato administrativo. Sua própria criação visa um aumento de eficiência dos administradores⁴⁴. Conforme elucida o professor LAMY:

⁴² VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v.2, n. 618, p. 312.

⁴³ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Saraiva: São Paulo. 1966. v.4, n. 897, p. 526.

⁴⁴ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz; LAMY FILHO, Alfredo. *Estrutura da Companhia*. in *Direito das Companhias*. v.1. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (coord.) Rio de Janeiro : Forense, 2009, 1ª edição, p.804.

“[o]s conselhos técnicos e consultivos que aconselham os administradores, não são órgãos de linha, mas de “staff”, integram a administração, participam da formação das deliberações administrativas (...)”⁴⁵

Em consonância com tal entendimento, LUCENA, reconhecendo a hierarquia de poderes entre os órgãos da administração, não deixa de afirmar que:

“[t]ais órgãos estatutários integram-se, de conseguinte, na cúpula de administração da companhia, participando da tomada de decisões administrativas, embora em uma posição subalterna, sem que possam se sobrepor aos administradores aos quais assessoram, mediante orientação e aconselhamento.”⁴⁶

No que tange à sua natureza jurídica, os órgãos técnicos e consultivos são, nas precisas palavras de CARVALHOSA:

“aparelhos da companhia, de caráter não obrigatório, mas cujas funções, uma vez estatutariamente criados, são indelegáveis tanto quanto o são as dos órgãos administrativos necessários.”⁴⁷⁻⁴⁸

Quanto ao funcionamento dos comitês ou conselhos consultivos no exercício de suas atribuições, este se dá através do modo *colegial*⁴⁹, quando

⁴⁵ LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S.A. – Pareceres, Parte III*. Editora Renovar : Rio de Janeiro. p. 417.

⁴⁶ LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei (arts. 121 a 188)*. v.2. Editora Renovar. 2009. pp. 636-637.

⁴⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários a Lei de Sociedades Anônimas*. p. 491.

⁴⁸ Nelson Eizirik adota o mesmo posicionamento ao afirmar que “[q]uando o órgão é previsto no estatuto, aplicam-se aos seus membros, em princípio, as normas da Seção IV e suas funções são indelegáveis.” EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. v. II. Arts. 121 a 188. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo. 2011. p. 418.

⁴⁹ LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei (arts. 121 a 188)*. v.2. Editora Renovar. 2009. p. 635.

tais órgãos são compostos por mais de um membro, observado o disposto no estatuto social.

Como se pode perceber, o órgão técnico e consultivo é, em certa medida, de natureza *sui generis*. Por essa razão, o comitê pode ser, a primeira vista, facilmente comparado ao conselho fiscal, o qual também possui natureza reconhecidamente *sui generis*, em decorrência das particularidades da função fiscalizadora desse órgão também colegiado⁵⁰. Principalmente, quando o comitê assume funções similares de fiscalização em relação às atribuições legais do conselho fiscal, como é o caso do comitê de auditoria.

Contudo, há de se ressaltar que, ao contrário dos órgãos criados pelo estatuto, o conselho fiscal é um órgão social de caráter obrigatório, por força do disposto no artigo 161 da Lei das S.A.⁵¹, lhe sendo permitido apenas o funcionamento não permanente⁵², caso assim seja decido pela assembleia geral⁵³.

⁵⁰ BUCCIOLI, Fábio. *Conselho Fiscal das Sociedades Anônimas como órgão 'suis generis' na Lei n. 6404/76 e no anteprojeto da CVM*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 105. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 134.

⁵¹ 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.” (grifou-se).

⁵² A Diretoria é o único órgão social da companhia cujo funcionamento é obrigatoriamente permanente. A assembleia geral, se reúne, ordinariamente, uma vez por ano para deliberar sobre as matérias elencadas no artigo 132 da Lei das S.A., e extraordinariamente, em relação às demais matérias ou quando os interesses sociais assim o exigirem. O conselho de administração, por sua vez, funciona apenas quando em reunião, conforme dispuser o estatuto e de acordo com a Lei das S.A. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz; LAMY FILHO, Alfredo. *Estrutura da Companhia*. in Direito das Companhias. v.1. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (coord.) Rio de Janeiro : Forense, 2009, 1ª edição, p.805.

⁵³ Vide item 4.2 do presente trabalho acerca do comitê de auditoria.

Por todo o exposto, é importante frisar que o comitê representa um aparato de recursos técnicos e científicos para enfrentar múltiplas e complexas questões da gestão empresarial. Em muitos casos, somente através de sua atuação, em conjunto com o conselho de administração ou com a diretoria, será possível conduzir à companhia ao seu desenvolvimento. Tal contexto será mais evidente em empresas de grande porte, uma vez que a própria complexidade e dinamismo de suas relações comerciais irá impor um suporte mais especializado e adequado às suas necessidades. Em precisa conclusão, CARMO afirma que:

“[a] lei acionária, assistindo às pequenas empresas, teve a visão de que as grandes sociedades, envolvidas em questões estruturais e científicas complexas, têm problemas específicos e necessitam de suporte técnico e científico, capazes de conduzi-las ao desenvolvimento, prevendo crises, as tendências do mercado e a competição, em todos os campos devastadoras.”⁵⁴

3.2. Princípio da Indelegabilidade

O princípio da indelegabilidade das funções administrativas já obtinha guarida no artigo 116 do Decreto-Lei de 1940⁵⁵, com inspiração no princípio constitucional da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988⁵⁶. Por sua vez, a Lei das S.A., em seu artigo 139, manteve tal dispositivo, de modo a assegurar que cada órgão da administração

⁵⁴ CARMO, Eduardo de Souza. *Relações Jurídicas na Administração da S.A.* Rio de Janeiro: Aide, 1988, p. 196.

⁵⁵ Art. 116, § 5º - “**As atribuições e poderes, conferidos pela lei aos diretores, não podem ser outorgados a outro órgão, criado pela lei ou pelos estatutos.** Nos limites de suas atribuições e poderes, é lícito aos diretores constituir, em nome da sociedade, mandatários ou procuradores, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar.” (grifou-se).

⁵⁶ Art. 2º - “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

teria a competência privativa para a prática dos poderes que lhes são conferidos por lei⁵⁷.

A Lei das S.A. veda, portanto, que as atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos da administração sejam outorgados a outro órgão, integrante da administração ou não, criado por lei ou pelo estatuto. Nesse sentido, pode-se perceber que a lei apenas veda a delegação de poderes de um órgão para outro distinto, sem qualquer menção ou vedação à delegação de funções à aparatos circunscritos em um mesmo órgão.

A partir de tal conclusão, pode-se dividir o conceito da delegação de poderes em duas vertentes: a delegação interna e a delegação externa⁵⁸.

A delegação interna é aquela que ocorre em um mesmo órgão social, ou seja, é uma delegação de atribuições e não uma delegação orgânica⁵⁹. A título exemplificativo, quando o conselho de administração “cria”⁶⁰ determinados comitês para assessorá-lo no desempenho de suas funções, ele não está delegando poderes *extramuros*, mas apenas criando um subórgão mais especializado dentro daquele.

⁵⁷ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. v. II. Arts. 121 a 188. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo. 2011. p. 262.

⁵⁸ MORELLI, Denis. *Órgãos Técnicos e Consultivos da Sociedade Anônima*. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. 2012. p. 131.

⁵⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários a Lei de Sociedades Anônimas*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91.

⁶⁰ É preciso ter em mente que os órgãos “criados” pelo conselho de administração não correspondem aqueles sobre os quais dispõe a Lei das S.A. em seu artigo 160. Vide item 3.5 do presente trabalho.

Nesse sentido, estabelece o item 2.28 do Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa (“Código de Governança”) do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (“IBGC”):

“[c]omites são órgãos assessoriais ao Conselho de Administração. Sua existência não implica a delegação de responsabilidades que competem ao Conselho de Administração.”⁶¹

Ainda, o Código de Governança recomenda, no item 2.29, que tais comitês sejam composto apenas por membros do conselho de administração. Dessa forma, os membros do conselho de administração que fizerem também parte de comitê terão maior liberdade para o exercício de suas atribuições, podendo se especializar em determinado setor gerencial e promover a eficiência da gestão empresarial, sem “retirar” do conselho de administração as suas atribuições e poderes conferidos por lei.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a criação de comitês do conselho de administração não acarreta na usurpação das competências do conselho de administração, previstas no artigo 142 da Lei das S.A.⁶², mas sim,

⁶¹ 4ª Versão do Código de Governança do IBGC disponível em: <http://www.ibgc.org.br/CodigoMelhoresPraticas.aspx>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

⁶² Art. 142. “Compete ao conselho de administração:

- I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;
- II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;
- III - 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;
- IV - convocar a assembléia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;
- V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;
- VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;
- VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;
- VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros;
- IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver.”

permite que seus poderes e atribuições sejam exercidos de maneira mais eficiente e completa. Logo, percebe-se que o princípio da indelegabilidade não é, de maneira alguma, violado com a criação de órgãos internos do conselho de administração.

As implicações derivadas da delegação interna se limitam à responsabilização dos membros do conselho de administração que, por ventura, também façam parte de comitê no seio daquele órgão.

Em recente Processo Sancionador nº 18/08 da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), para apurar supostas infrações aos artigos 153 e 160 da Lei das S.A., especialmente no que tange ao dever de diligência dos membros do conselho de administração e dos comitês de auditoria e financeiro da Sadia S/A, a respeitada autarquia manifestou o entendimento que as pessoas que ocupam cargos no conselho de administração e em comitê especializados deste têm maior responsabilidade, em decorrência de suas funções.

No interessante julgado do referido processo, de 14 de dezembro de 2010, o Diretor ELI LORIA afirmou que:

*“os membros do Comitê de Auditoria e Financeiro descumpriram, de maneira ainda mais significativa, o dever de diligência, devido às suas competências e atribuições, razão pela qual devem ser responsabilizados de maneira diferenciada, com relação aos conselheiros que não faziam parte de nenhum comitê técnico.”*⁶³

⁶³ Julgado disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/inqueritos/2010/rordinario/inqueritos/18-08%20SADIA.asp>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

Isto posto, percebe-se que em relação à delegação interna, a lei não impõe óbices à delegação de poderes e atribuições⁶⁴. Entretanto, o mesmo não se pode dizer da delegação externa.

Como já mencionado acima, o Decreto-Lei de 1940 já dispunha sobre a vedação à delegação de poderes interorgânica. Entretanto, o respeitado VALVERDE já previa a possibilidade de órgãos criados pelo estatuto autorizarem a prática de atos complexos pela administração da companhia, conforme se observa pela passagem abaixo:

*“nos estatutos é lícito consignar-se a regra de que certos atos, que exorbitam da gestão ordinária dos negócios sociais, não poderão ser praticados pelos diretores sem prévia autorização daquele órgão. Isso, evidentemente, envolve a responsabilidade dos seus membros.”*⁶⁵

Com entendimento próximo, e ainda sob a égide do referido Decreto-Lei de 1940, BATALHA afirma a regra geral vedação da delegação externa de competência, defendendo, por outro lado, que:

*“[I]lícito é, porém, estabelecerem os estatutos que tais órgãos sejam consultados sobre determinadas matérias, antes de serem elas objeto de deliberação em reunião da diretoria ou em assembléia-geral.”*⁶⁶

⁶⁴ Nesse sentido, Paulo Fernandes Toledo, ao comentar a ampla utilização desses comitês no direito societário norte-americano, afirma que “a ideia central é a de que os comitês exercem, dentro dos limites fixados pelo *board* (e, naturalmente, respeitados a lei, os estatutos e o *bylaws*) poderes que, em princípio, deveriam ser exercidos pelo conselho. Este, ao concedê-los ao comitê, retiram-nos de sua própria esfera de atribuições. Assim, os comitês passam a ter parte dos poderes originariamente do conselho, e que por esta forma delegados.” TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores; de acordo com a Nova Lei das S.A.* Editora Altas. São Paulo. 1ª edição. 1997. p. 88.

⁶⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v.2, p. 325.

⁶⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*. v. II. Rio de Janeiro : Forense, 1973, p. 679.

Em ambos os entendimentos acima, a delegação de poderes entre os órgãos da administração e os órgãos estatutários da companhia seria, até certo ponto, viável, quando atendidos os requisitos da extraordinariedade e complexidade do ato administrativo a ser praticado e/ou da finalidade de consulta sobre a viabilidade de tal ato.

Porém, é importante notarmos que, desde o advento da Lei das S.A. em 1976, viu-se surgir a figura do conselho de administração no seio da administração da companhia, como afirmação do sistema administrativo dualista, que já representa avanços no âmbito da divisão e supervisão das funções executivas e quotidianas da diretoria, em face do tradicional sistema monista, previsto no Decreto-Lei de 1940.

O próprio BATALHA, ao discorrer, à época, sobre a faculdade da instituição e finalidades dos órgãos técnicos e consultivos nas companhias, menciona o conselho de administração como órgão que poderia ser criado estatutariamente⁶⁷. Diante disso, não se pode interpretar os entendimentos dos respeitados autores acima de maneira estrita, o qual parece, hoje, se alinhar mais com o papel assumido pelo conselho de administração do que com os comitês propriamente ditos⁶⁸.

Mas afinal, é possível a delegação externa?

⁶⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*. v. II. Rio de Janeiro : Forense, 1973, p. 679.

⁶⁸ MORELLI, Denis. *Órgãos Técnicos e Consultivos da Sociedade Anônima*. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. 2012. p. 131.

Ora, pela leitura do artigo 139 da Lei das S.A., pode-se inferir que somente os poderes e atribuições conferidos por lei a órgão da administração não podem ser delegados. Nesse sentido, com base em uma interpretação *a contrario sensu* de tal dispositivo, todos aqueles poderes e atribuições que a lei não confere expressamente a órgão da administração poderiam ser desempenhados por órgãos técnicos e consultivos criados pelo estatuto⁶⁹.

Apesar de tal conclusão não responder a resposta acima, uma vez que a delegação de poderes por determinado órgão pressupõe que os mesmos lhe tenham sido conferidos, ela revela que o cerne do problema não está na interpretação literal da lei. Muitas das vezes, tal interpretação culmina em aparentes conflitos de competências entre órgãos da administração e órgãos estatutários, impedindo a melhor gestão dos negócios sociais. Conforme elucida CALIXTO SALOMÃO, “*a questão da distribuição de competências, de tão fundamental, é considerada elemento central para definição do sistema de governança corporativa*”⁷⁰.

A aproximação das funções dos órgãos da administração e dos órgãos estatutários deve ser vista como algo positivo para a companhia. É sinal de que

⁶⁹ Nelson Eizirik adota esse posicionamento ao falar sobre a política de remuneração da companhia, com base em plano de opção de compra de ações, e a criação de comitê de remuneração. Segundo ele a administração do plano é usualmente “delegada pela assembleia-geral ao conselho de administração, que pode constituir um comitê específico para assessorá-lo ou mesmo substituí-lo nessa tarefa (frequentemente denominado “comitê de remuneração”), **uma vez que não se trata de atribuição indelegável, já que não prevista no artigo 139.**” (grifou-se). EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. v. II. Arts. 121 a 188. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo. 2011. p. 168.

Cabe notar, entretanto, que neste caso, estaríamos diante de hipótese de delegação interna, a qual, como se viu, não prevê restrições para a “delegação” de matérias a princípio “indelegáveis”, uma vez que as atribuições continuariam circunscritas ao órgão originariamente competente para exercê-las.

Ver item 3.4 abaixo sobre a possibilidade de outorga de plano de opção de compra de ações a membros de órgãos técnicos e consultivos, criados pelo estatuto.

⁷⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. p. 102.

a estrutura administrativa está interligada, sem que se configure, necessariamente, quaisquer conflitos de competências entre os órgãos que a compõem⁷¹.

O texto do artigo 139 da Lei das S.A. tem como objetivo apenas atender à segurança jurídica das relações interorgânicas da companhia⁷². Aos comitês ou conselhos consultivos caberá sempre o papel de auxiliar à administração na formação dos atos administrativos, por meio de pareceres e orientações técnicos e especializados. Resta claro, portanto, que os comitês não podem exercer as atribuições privativas dos órgãos da administração criados por lei.

Em última instância, caberá sempre ao conselho de administração ou à diretoria o poder de tomada de decisão, no âmbito da administração *stricto sensu* da companhia, conforme aplicável. Tal fato, entretanto, não retira dos membros dos comitês o caráter de administradores.

3.3. Responsabilidades dos Membros de Comitês

⁷¹ É importante notar aqui que o limite do conflito de competências é bastante tênue, podendo caracterizar delegação externa de poderes, bem como configurar roupagem jurídica adversa daquela prevista na lei societária aos órgãos técnicos e consultivos.

Nesse sentido, Romano dispõe que “[n]aturalmente, caso venha a verificar-se uma outorga indevida de atribuições ou poderes, deverá a nosso ver ser aplicado o princípio segundo o qual, nas relações jurídicas, o que vale é sempre o conteúdo das coisas, nunca o seu nome ou rótulo. Assim, por exemplo, se o estatuto regular a existência e o funcionamento de um conselho consultivo, outorgando-lhe, porém, no todo ou em parte, atribuições e poderes do conselho de administração, tal órgão estatutário deverá ser tratado como conselho de administração, apesar do nome diferente.” CRISTIANO, Romano. *Órgãos da Sociedade Anônima*. Editora Revista dos Tribunais. 1982. p. 141.

⁷² LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S.A. – Pareceres, Parte III*. Editora Renovar : Rio de Janeiro. pp. 418-419.

Em relação à responsabilidade dos membros dos comitês, o artigo 160 da Lei das S.A. não poderia ser mais claro. Segundo tal dispositivo, os membros de órgãos técnicos e consultivos compartilham dos mesmos deveres e responsabilidades previstos para os administradores, nos termos da Seção IV do Capítulo XII da Lei das S.A.

Diante disso, não restam dúvidas acerca da observância dos membros dos comitês dos deveres de diligência, lealdade e de informar, previstos nos artigos 153, 155 e 157 da Lei das S.A., respectivamente⁷³.

Por esta razão, fica cada vez mais claro que a lei aproxima a figura de tais membros com a dos administradores da companhia, submetendo aqueles ao mesmo regime jurídico destes, em relação aos seus respectivos deveres e responsabilidades. Ora, aquele que suporta ônus, também há de auferir as vantagens a ele relacionadas⁷⁴. Sendo assim, pode-se concluir que, por força deste dispositivo, o relevante ônus sofridos pelos membros dos comitês os permitem também compartilhar as vantagens do regime jurídico dos administradores, o que, por conseguinte, os transforma em verdadeiros administradores.

⁷³ A análise de cada um desses deveres, exaustivamente trabalhados pela doutrina e jurisprudência especializadas, não é objeto do presente trabalho, o qual se propõe tão somente a analisar as consequências e efeitos da equiparação das responsabilidades dos administradores com aquelas dos membros de comitês.

Da mesma forma, os membros dos comitês não serão pessoalmente responsáveis pelos pareceres e aconselhamentos que emitirem no âmbito do exercício de suas competências. Eles somente serão responsabilizados civilmente quando procederem, com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto social da companhia, causando prejuízo à mesma (art. 158, I e II da Lei das S.A.).

⁷⁴ LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei (arts. 121 a 188)*. v.2. Editora Renovar. 2009. p. 637.

Em posição diametralmente oposta, NELSON EIZIRIK afirma de maneira categórica que “[n]ão são eles administradores da companhia, mas apenas equiparam-se aos administradores para os efeitos do disposto na Seção IV”⁷⁵, revelando a máxima “*inclusio unius exclusio alterius*”. Esta opinião é compartilhada por grande parte da doutrina, que não se convence com o fato de que os membros de comitês fazem parte da administração orgânica da companhia.

Ainda nessa linha, ADAMEK repudia a lógica acima inferida, com análise comparativa acerca das responsabilidades impostas ao conselho fiscal:

*“[a] mesma inferência é válida para o Conselho Fiscal: apesar de serem aplicáveis aos seus conselheiros os deveres e responsabilidades próprios de administradores (LSA, art. 165), nem o órgão integra a administração, nem os seus titulares, os conselheiros fiscais, são administradores.”*⁷⁶

Contudo, vale lembrar que o conselho fiscal é um órgão social significativamente distinto dos comitês⁷⁷, sobretudo em relação às suas funções. Como o nome já revela, o conselho fiscal tem a atribuição precípua de fiscalizar os atos da administração, nos termos do artigo 163 da Lei das S.A.⁷⁸

⁷⁵ EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. v. II. Arts. 121 a 188. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo. 2011. p. 418.

⁷⁶ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*. Editora Saraiva : São Paulo. 1ª Edição e 2ª Tiragem. 2010. p. 26.

⁷⁷ Ver também itens 3.1 e 4.2 do presente trabalho.

⁷⁸ Art. 163. “Compete ao conselho fiscal:

I - fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários;

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;

Em contrapartida, os comitês exercem poderes mais amplos de aconselhamento, de caráter técnico-científico, que contribuem para a formação do ato administrativo. Até mesmo o comitê de auditoria, cujas funções se aproximam das atribuições do conselho fiscal, desempenha prerrogativas mais próximas à administração da companhia, como, por exemplo, recomendar e opinar sobre a contratação e destituição de auditor independente, nos termos do artigo 15, II da Resolução nº 3.198/04 do Conselho Monetário Nacional⁷⁹ (“CMN”) e do artigo 31-D, I da Instrução CVM nº 308/99, conforme alterada pela Instrução CVM nº 509/11⁸⁰.

Portanto, pode-se perceber que o fato de o conselho fiscal também sofrer o ônus das responsabilidades dos administradores e não ser considerado como órgão integrante da administração⁸¹, não significa que o mesmo pode ser aplicado aos órgãos técnicos e consultivos da 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;

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, 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.”

⁷⁹ Art. 15. “Constituem atribuições do comitê de auditoria: (...)

II - recomendar, à administração da instituição, a entidade a ser contratada para prestação dos serviços de auditoria independente, bem como a substituição do prestador desses serviços, caso considere necessário; (...)”

⁸⁰ “Artigo 31-D Compete ao CAE [Conselho de Auditoria Estatutário]:

I - opinar sobre a contratação e destituição do auditor independente para a elaboração de auditoria externa independente ou para qualquer outro serviço; (...)”

⁸¹ DA SILVA, José Anchieta. *O Conselho Fiscal à luz da Lei das Sociedades Anônimas em vigor*. Belo Horizonte : Del Rey. 2000, p. 119.

Nas palavras do professor LAMY, que revela, em sua mais profunda essência, a intenção do legislador da Lei das S.A.:

“[a]lega-se, em contrário, a literalidade do texto do artigo 160 da Lei (...) mas, sabido que “jus et obligatio sunt correlata”, e expressamente estendidas aos conselheiros estatutários todas as obrigações dos demais membros de órgãos administrativos, haveria necessidade de referir-se a outras seções do capítulo? (...) Do fato de se mencionar uma hipótese não se deduz a exclusão de todas as outras.”⁸²

Isto posto, resta claro que, tanto pela análise dos poderes e atribuições dos comitês no âmbito da estrutura administrativa, quanto pela identificação feita por lei entre a figura do administrador e do membro do comitê, estes últimos devem ser considerados como administradores da companhia.

3.4. Requisitos, Impedimentos, Investidura e Remuneração dos Membros de Comitês

A lei acionária não faz menção a eventuais requisitos e impedimentos para a eleição dos membros dos órgãos técnicos e consultivos nas companhias, bem como é silente sobre as normas relativas à sua investidura e remuneração.

Diante dessa lacuna legislativa, observa-se considerável divisão entre os doutrinadores a respeito do tema. Até mesmo aqueles que não consideram os membros dos comitês como administradores, afirmam paradoxalmente que, em relação aos requisitos, impedimentos, investidura e remuneração, deve-se observar as normas aplicáveis aos administradores⁸³.

⁸² LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S.A. – Pareceres, Parte III*. Editora Renovar : Rio de Janeiro. pp. 418-419.

⁸³ Pode-se aqui citar Roberto Barcellos Magalhães, em relação a todas as normas comuns aos administradores (art. 145 da Lei das S.A.); Modesto Carvalhosa, em relação aos requisitos e impedimentos (arts. 146 e 147 da Lei das S.A.); e Fran Martins, em relação somente aos impedimentos (art. 147 da Lei das S.A.). MAGALHÃES, Roberto Barcellos. *A Nova Lei das Sociedades por Ações*

Por serem órgãos estatutários, os comitês ensejam espaço para que as regras que regulam não apenas as suas funções, mas também a eleição, destituição e remuneração de seus membros fiquem a cargo da assembleia geral. Esse é o entendimento de alguns respeitados doutrinadores, como ROMANO CRISTIANO, o qual defende que “*o estatuto poderá, a respeito dos órgãos técnicos e consultivos, dispor o que for mais conveniente para a companhia, sem restrições*”^{84_85}.

Entretanto, a análise desta questão não é tão simples quanto parece. Senão vejamos.

Primeiramente, em relação aos requisitos, impedimentos e investidura. De certo, o estatuto social poderá dispor sobre determinadas qualidades e atributos obrigatórios para o preenchimento de cargos em conselho consultivo ou estipular vedações aos mesmos. Contudo, a liberdade para dispor sobre tais matérias deve obedecer os limites impostos pela lei. Conforme se observou acima, a lei acionária equiparou os membros de comitês aos administradores, subtendo aqueles ao regime jurídico destes.

Logo, em se tratando de requisitos, impedimentos e investidura, as normas dispostas nos artigos 146, 147 e 149 da Lei das S.A. deverão ser

Comentada (arts. 94 a 200). v. II, Livraria Freitas Bastos S.A. : Rio de Janeiro, p. 736. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários a Lei de Sociedades Anônimas*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 493. MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Forense : Rio de Janeiro. 2ª Ed. Volume 2, Tomo I, 1984, p. 416.

⁸⁴ CRISTIANO, Romano. *Órgãos da Sociedade Anônima*. Editora Revista dos Tribunais. 1982. p. 142.

⁸⁵ Compartilhando do mesmo entendimento: BARBOSA, Marcelo. *Conselho de Administração e Diretoria*. in *Direito das Companhias*. v.1. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (coord.) Rio de Janeiro : Forense, 2009, 1ª edição, p.805.

observadas. Porém ainda é necessário tecer algumas considerações sobre o tema.

O artigo 146 da Lei das S.A. prevê que poderão ser eleitas para os cargos de membros dos órgãos de administração da companhia pessoas naturais, devendo os diretores ser residentes no país. Ora, o requisito de residência no país seria aplicável também aos membros de comitês? Ou tais membros se alinhariam aos requisitos impostos aos membros do conselho de administração, que não dependem de tal requisito?

Parece-nos que tal exigência não seria aplicável aos membros de órgãos técnicos e consultivos. Isto porque, a diretoria, nas palavras do mestre PONTES DE MIRANDA é órgão “*presentante e dirigente*”⁸⁶ da companhia, o qual deve estar na linha de frente da gestão empresarial, conduzindo os negócios da companhia mediante a execução de todos os atos e operações necessários à consecução do objeto social⁸⁷. Os comitês, por outro lado, são órgãos especializados, encarregados, na maioria das vezes, de funções que extrapolam o cotidiano empresarial, assessorando e contribuindo para a formação dos atos dos administradores.

Nesse sentido, conforme bem nota BATALHA:

“[o] requisito de residência em território nacional, imposto aos administradores pelo art. 146, encarta-se na Seção II, não sendo portanto aplicável aos órgãos previstos no art. 160 (...) Assim, também a interpretação histórico-sistemática

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Revista dos Tribunais. São Paulo. p. 383.

⁸⁷ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*. Editora Saraiva.: São Paulo. 1ª Edição e 2ª Tiragem. 2010. p. 24.

conduz à conclusão de que o legislador não teve a intenção de impor o requisito de residência no País aos membros de órgão técnicos e consultivos.^{88,89}

Isto posto, poder-se-ia admitir a participação de conselheiros consultivos com residência ou domicílio no exterior. No entanto, sua posse estaria condicionada à regra exposta no §2º do artigo 146 da Lei das S.A., o qual prevê a constituição de representante residente no país, com poderes para receber citação em ações contra ele propostas, com base na legislação societária, mediante procuração com validade de, no mínimo 3 (três) anos após o término do mandato do conselheiro consultivo. Esta exigência relativa à posse de conselheiro consultivo já pode ser verificada na prática, tendo em vista o posicionamento de algumas juntas comerciais no país⁹⁰.

⁸⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 729.

⁸⁹ Na posição de Modesto Carvalhosa, os membros de órgãos técnicos e consultivos devem ter residência no país, “já que se trata de atividade profissional, portanto, remunerada.” CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 493.

⁹⁰ Em interessante Parecer nº 59/07 da Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, nos autos do Processo nº 06/301388-6, o Procurador Victor Emendörfer Neto apreciou questão semelhante em relação à sociedade limitada, para a qual estendeu o disposto na lei acionária. Trata-se de consulta quanto à legalidade da exigência oposta ao arquivamento da 12ª alteração contratual da sociedade Boheme Pan America Industrial Ltda. Tal exigência impunha a aplicação do artigo 164, §2º da Lei das S.A. aos membros do conselho consultivo da referida sociedade. Apesar de o caso em tela se tratar de hipótese na qual o conselho consultivo possuía atribuições eminentemente de conselho de administração, cabe aqui destacar alguns trechos desse parecer sobre os conselhos consultivos:

“Tem certa razão a requerente quando aduz que conselhos de administração e consultivos são figuras jurídicas distintas. Isto, em tese, é verdadeiro,. De fato, o conselho consultivo é uma figura que integra diversas sociedades – sobretudo civis – e, não raro, existe ao lado de um conselho de administração, de atribuições descritas na LSA. Ressalto que, ao que me consta, não há lei que regulamente a figura do conselho consultivo. Este órgão nasceu das práticas societárias, calcadas na liberdade e na autonomia dos sócios para a constituição e estruturação das sociedades. Em geral, tais conselhos consultivos congregam pessoas alheias ao quadro, com experiência em áreas de interesse da sociedade; em geral, também, **tais conselhos limitam-se a expedir orientações sem caráter vinculante – ou, pelo menos, com obrigatoriedade mitigada – para os órgãos de administração das sociedades. (...) tendo os membros do referido ‘conselho consultivo’ inegáveis atribuições de administradores, devem se sujeitar às formalidades aplicáveis a eles, entre as quais aquela prevista seja no art. 146, §2º da LSA, seja no art. 2º da IN 76/98 do DNRC.**” (grifou-se).

Quanto aos impedimentos previstos no artigo 147 da Lei das S.A., basta notar que se a lei acionária equiparou os membros de comitês aos administradores, no que tange os deveres e responsabilidades, é porque ela reconhece a importância de suas funções na companhia e as implicações que o exercício das mesmas pode causar. Diante desta evidência, nada mais razoável do que estender os impedimentos ali previsto aos membros dos comitês.

Confirmando tal entendimento, FRAN MARTINS elucida que:

“[a]plicam-se aos membros desses órgãos as regras constantes do art. 147, relativas à inelegibilidade, pois, equiparados, em relação à responsabilidade, aos diretores ou conselheiros, os membros devem possuir qualidades que os acreditem a desempenhar funções de magna importância para a sociedade.”⁹¹

Em Parecer CVM nº 007/87, a autarquia, ao analisar os deveres e responsabilidades de membro de conselho consultivo de instituição financeira, chegou à mesma derradeira conclusão:

“[r]esumindo, vimos que a seção IV da lei societária que trata dos deveres e responsabilidades dos administradores é aplicável aos integrantes dos órgãos técnicos e consultivos, sendo estes, por conseguinte, equiparados aos órgãos de administração, tanto que pela regulação ao Conselho Monetário sobre instituições financeiras, a indicação de nomes para integrar os órgãos consultivos segue o mesmo rito estabelecido para os administradores.

Por essas razões, os impedimentos porventura existentes em face da indicação de nomes para os cargos de administração, permanecem para os cargos em órgãos técnicos e consultivos.”⁹²

⁹¹ MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Forense : Rio de Janeiro. 2ª Ed. Volume 2, Tomo I, 1984, p. 416.

⁹² Parecer/CVM/SJU/Nº 007 – 09.03.87.

Portanto, para a eleição de membros de comitês, deverão ser observados os requisitos e impedimentos dos administradores. Note-se que a eleição de tais membros se dará pela assembleia geral ou pelo conselho de administração, conforme dispuser o estatuto social da companhia⁹³. O fato de a assembleia não ter a competência privativa de eleger os membros dos comitês, não os torna menos administradores. Da mesma forma que os diretores, quando eleitos pelo conselho de administração, não perdem o seu status⁹⁴⁻⁹⁵.

Em relação à remuneração prevista no artigo 152 da Lei das S.A., é “[c]laro, que, como administradores que são, serão os membros do conselho consultivo remunerados, tal como o são os administradores legais.”⁹⁶ Sua remuneração deverá ser fixada pela assembleia geral, que o instituiu, ao menos em termos globais, podendo ser delegado ao conselho de administração a distribuição da remuneração global anual atribuída à administração da companhia, entre os membros de órgãos técnicos e consultivos, nos termos do *caput* do artigo 152 da Lei das S.A.⁹⁷

⁹³ EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. v. II. Arts. 121 a 188. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo. 2011. p. 418.

⁹⁴ LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei (arts. 121 a 188)*. v.2. Editora Renovar. 2009. p. 639.

⁹⁵ Em posição contrária, Modesto Carvalhosa afirma que a eleição dos membros dos comitês deve ser “feita pela assembleia geral, uma vez que constitui órgão colegiado, assemelhado, quanto a esse particular, aos Conselhos de Administração e Fiscal. Trata-se de órgão da sociedade, não prevendo a lei competência para órgão da administração proceder à eleição dos seus membros.” CARVALHOSA, Modesto. *Comentários a Lei de Sociedades Anônimas*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 493.

⁹⁶ LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei (arts. 121 a 188)*. v.2. Editora Renovar. 2009. pp. 638-639.

⁹⁷ Art. 152. “A assembléia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado.”

A controvérsia surge sobre a possibilidade de os membros de comitês participarem nos lucros da companhia, conforme dita o artigo 152, §§ 1º e 2º da Lei das S.A.⁹⁸

A remuneração dos administradores via participação nos lucros é um meio de promover o alinhamento dos interesses dos administradores e dos acionistas da companhia. Em tese, ao permitir que parte da remuneração dos administradores se dê via participação nos lucros, se está convidando os administradores a contribuir para a maximização dos lucros da companhia, o que, no final das contas, também será bom para seus acionistas.

Entretanto, caso tal participação nos lucros seja permitida sem limitações bem delineadas, o sistema de remuneração pode revelar efeitos perversos, como o abuso de poder de certos administradores para maquiagem resultados e auferir mais vantagens às custas da companhia. Foi essa, inclusive, uma das razões dos escândalos financeiros da Enron e WorldCom, nos Estados Unidos da América, no início dos anos 2000⁹⁹. Diante disso, a doutrina torna-se um pouco conservadora em relação à extensão do direito em participar nos lucros aos membros de comitês.

Ademais, argumenta-se que essa possibilidade poderia configurar ameaça ao direito aos dividendos, por parte dos acionistas minoritários, uma

⁹⁸ Art. 152, § 1º “O estatuto da companhia que fixar o dividendo obrigatório em 25% (vinte e cinco por cento) ou mais do lucro líquido, pode atribuir aos administradores participação no lucro da companhia, desde que o seu total não ultrapasse a remuneração anual dos administradores nem 0,1 (um décimo) dos lucros (artigo 190), prevalecendo o limite que for menor.

§ 2º. Os administradores somente farão jus à participação nos lucros do exercício social em relação ao qual for atribuído aos acionistas o dividendo obrigatório, de que trata o artigo 202.”

⁹⁹ Vide item 4.2 do presente trabalho.

vez que com a inclusão de mais um grupo de pessoas na fila dos lucros, os acionistas minoritários acabariam sempre ficando para trás¹⁰⁰.

Com base em tais argumentos, a CVM acreditava que o direito à participação nos lucros estava adstrita aos administradores legais da companhia. Entretanto, após parecer formulado por LAMY, a respeitada autarquia reconsiderou sua decisão. Segundo o referido professor:

“o argumento de que a participação nos lucros seria ‘perniciosa’ aos minoritários, porque reduziria a eficácia de um dos parâmetros do §1º do artigo 152 (pois aumentaria o número de participantes nos lucros) além de irrelevante face às normas legais, como vimos, não apresenta consistência econômica (...) é universalmente justificada como forma de vincular o administrador à sorte da empresa e à eficiência de sua atividade (...) Atrair o administrador subordinando parte de seu ganho ao resultado operacional (ao invés de assegurar-lhe honorários independentemente do êxito ou fracasso de sua atuação) não é, nem pode ser considerado ‘pernicioso ao acionista’, pois que é feito (ou deve sê-lo) no interesse geral, o que vale dizer, também do acionista”¹⁰¹.

Outra maneira de alinhar os interesses dos administradores e dos acionistas através do sistema de remuneração é a outorga de planos de opção de compra de ações da companhia, previsto no artigo 168, §3º da Lei das S.A.¹⁰², são os chamados *stock option plans*.

¹⁰⁰ A Instrução CVM nº 323/00, que define hipóteses de exercício abusivo do poder de controle e de infração grave, estabelece no inciso XII de seu artigo 1º que uma das modalidades de exercício abusivo do poder de controle de companhia aberta, “**a instituição de plano de opção de compra de ações**, para administradores ou empregados da companhia, inclusive com a utilização de ações adquiridas para manutenção em tesouraria, deixando a exclusivo critério dos participantes do plano o momento do exercício da opção e sua venda, **sem o efetivo comprometimento com a obtenção de resultados, em detrimento da companhia e dos acionistas minoritários**”. (grifou-se).

¹⁰¹ LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S.A. – Pareceres, Parte III*. Editora Renovar : Rio de Janeiro. p. 419.

¹⁰² Art. 168, § 3º. “O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembléia-geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle”.

Através deles, os administradores passam a deter opções de compra das ações de emissão da companhia, cujo preço de emissão é fixado com base em período anterior ao momento do exercício da opção, possibilitando que os mesmos participem dos lucros futuros da companhia, bem como da valorização das ações de sua emissão no mercado. Nas palavras de ALAIN GREENSPAN:

*“[s]tock option grants, properly construed, can be highly effective in aligning the interest of corporate officers with those of shareholders. Such an alignment is an essential condition for maximizing the long-term market value of the firm.”*¹⁰³

Importante frisar que, nesse contexto, a outorga e o exercício de opção de compra de ações não conferem aos demais acionistas o direito de preferência na subscrição das ações a serem emitidas, conforme prevê o artigo 171, §3º da Lei das S.A.¹⁰⁴ Deste fato, consegue-se distinguir claramente tais opções de compra com os bônus de subscrição e as próprias ações da companhia.

No Processo CVM RJ 01/08489¹⁰⁵, em voto do então Diretor MARCELO TRINDADE, a CVM considerou os seguintes requisitos legais para a adoção de um plano de opção de compra de ações: (i) a previsão estatutária de capital autorizado; (ii) o respeito aos limites desse mesmo capital autorizado; (iii) a aprovação em assembleia geral; e (iv) ter o plano como destinatários os

¹⁰³ GREENSPAN, Alain. *Stock Option and Related Matters*. Revista de Direito Bancário – RDB 17/2022, jul.-set./2002, p. 279

¹⁰⁴ Art. 171, § 3º. “Os acionistas terão direito de preferência para subscrição das emissões de debêntures conversíveis em ações, bônus de subscrição e partes beneficiárias conversíveis em ações emitidas para alienação onerosa; **mas na conversão desses títulos em ações, ou na outorga e no exercício de opção de compra de ações, não haverá direito de preferência.**” (grifou-se).

¹⁰⁵ Julgado de 03 de janeiro de 2002.

Disponível em <http://www.cvm.gov.br/port/descol/resp.asp?File=2002-001D03012002.htm>.

administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou à sociedade sob seu controle.

Logo, verificados tais requisitos e considerando os membros de comitês como administradores, poderíamos considerar que a companhia estaria autorizada a outorgá-los os *stock option plans*, o que inclusive contribuiria para o seu desempenho, cada vez mais focado nas metas da companhia.

Ainda que assim não se entenda, note-se, quanto ao último requisito acima apontado, que o *stock option plan* não é só destinado aos administradores, mas também aos empregados e prestadores de serviços da companhia. Em Parecer CVM nº 037/84, a respeitada NORMA PARENTE firmou o entendimento da autarquia no sentido de que:

“[a] expressão ‘pessoas naturais que prestem serviços à companhia’ é genérica e compreende qualquer pessoa que preste serviço à companhia, seja na qualidade empregado, administrador ou prestador de serviço propriamente dito.”¹⁰⁶

Ora, é inegável que os membros de órgãos técnicos e consultivos, no exercício das atribuições conferidas pelo estatuto, prestam serviços à companhia em sentido amplo. Assim, a possibilidade de lhes outorgar planos de opção de compra de ações é verificada tanto do prisma de sua natureza como administradores, quanto do exercício de suas atribuições ao “prestar serviços” técnicos e de aconselhamento à companhia.

Tal constatação é de grande importância para a boa governança da companhia, a qual necessita, para o seu crescimento a longo prazo, estabelecer medidas de incentivo àqueles que contribuem com os seus resultados.

¹⁰⁶ Parecer/CVM/SJU/ N° 037 – 11.05.84.

Obviamente, os *stock option plan* devem ser outorgados de maneira racional e eficiente, de modo a não propiciar abusos. Conforme elucida MARCELO TRINDADE, ainda no Processo CVM RJ 01/08489 acima mencionado:

“o que se deve evitar é a criação de planos de opções que assegurem a seus beneficiários a obtenção de uma remuneração pura e simples e a certeza do recebimento das ações como forma de remuneração fixa, independentemente do desempenho da companhia (...)”

Portanto, no que tange à remuneração dos membros de órgãos técnicos e consultivos das companhias, verifica-se saudável o incentivo da companhia fornecido através da possibilidade de participação nos lucros e da concessão de *stock option plans*. Por outro lado, tal possibilidade deve sempre respeitar os limites legais e ser constantemente fiscalizada pelos acionistas, para evitar qualquer tipo de abuso ou manipulação por parte dos beneficiários dos respectivos sistemas de remuneração.

3.5. Previsão Estatutária

Outro aspecto de extrema relevância acerca dos órgãos técnicos e consultivos é a importância de sua previsão nos estatutos sociais das companhias. Isto porque, o artigo 160 da Lei das S.A. se refere claramente aos órgãos *criados pelo estatuto* e não por qualquer norma de regimento interno da companhia. Esta diferenciação, apesar de usualmente não abordada¹⁰⁷, é essencial para distinguir os deveres, direitos e responsabilidades dos membros de tais órgãos, importando, inclusive, na classificação de sua natureza jurídica.

¹⁰⁷ A título exemplificativo, a 4ª Versão do Código de Governança do IBGC, em seu item 2.27 não aborda tal diferença, nos seguintes termos: “[i]ndependentemente de o Conselho Consultivo estar ou não previsto no Estatuto/Contrato Social e das implicações legais deste fato, sua atuação deve ser pautada pelos mesmos princípios que regem o Conselho de Administração.” (grifou-se).

Segundo a precisa conclusão de TOLEDO, ao propor que os conselhos de administração das companhias criem comitês para assessorá-los em suas funções,

*“cumpre consignar que os comitês aqui propostos não se confundem com os órgãos técnicos e consultivos previstos no art. 160 de nossa lei societária. E isto porque estes são independentes (caso contrário, não poderiam prestar consultoria, pouco valendo seus pareceres e laudos, se não forem fornecidos com isenção) e reportam-se à própria companhia, ao passo que os comitês vinculam-se aos conselhos de administração e são auxiliares destes.”*¹⁰⁸

Assim, quando se está diante de um comitê ou conselho consultivo criado pelo estatuto, seus respectivos membros se submetem ao regime legal dos administradores, especialmente no que tange aos seus deveres e responsabilidades. O mesmo não ocorre quando tais comitês ou conselhos consultivos são criados pelo conselho de administração¹⁰⁹. Até mesmo quando o estatuto social dispõe que o conselho de administração poderá “criar” órgãos técnicos e consultivos para assessorá-lo, não será aplicável as disposições do artigo 160 da Lei das S.A.¹¹⁰

¹⁰⁸ TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores; de acordo com a Nova Lei das S.A.* Editora Altas. São Paulo. 1ª edição. 1997. p. 93.

¹⁰⁹ Quanto aos comitês do conselho de administração, Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy, com base na experiência norte-americana, defendem inclusive que os mesmo podem ser criados pelo estatuto: “[o]utro tipo de órgão que pode ser criado pelo estatuto são as comissões ou comitês do Conselho de Administração, especializados em determinadas matérias, compreendendo um ou mais membros do Conselho e pessoas a ele estranhas, que são usuais nos Estados Unidos como meio para aumentar a eficiência dos ‘Board of Directors’”. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *Estrutura da Companhia*. in Direito das Companhias. José Luiz Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho (coord.), Editora Forense : Rio de Janeiro, 2009, 1ª ed., v. I, p. 804.

¹¹⁰ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. v. II. Arts. 121 a 188. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo. 2011. p. 418.

A CVM corrobora tal entendimento em seu Parecer nº 35/08¹¹¹, no qual a autarquia propõe que as companhias abertas instaurem comitê especial independente para avaliar operações com partes relacionadas, garantindo assim a comutatividade de tais operações e o dever fiduciário dos administradores, conforme disposto na lei acionária.

Na formação do comitê especial independente acima referido, a CVM recomenda a adoção de uma das seguintes alternativas: (i) comitê composto exclusivamente por administradores da companhia, em sua maioria independentes; (ii) comitê composto por não administradores da companhia, todos independentes e com notória capacidade técnica, desde que o comitê esteja previsto no estatuto, para os fins do artigo 160 da Lei das S.A.; ou (iii) comitê composto por: (a) um administrador escolhido pela maioria do conselho de administração; (b) um conselheiro eleito pelos acionistas não controladores; e (c) um terceiro, administrador ou não, escolhido em conjunto pelos outros dois membros.

Percebe-se claramente que, na hipótese de tal comitê ser formado por não administradores, ele deverá ser obrigatoriamente previsto no estatuto social da companhia, para os fins do artigo 160 da Lei das S.A. Tal fato nos permite inferir a importância dada pela autarquia à previsão estatutária de tais órgãos, no sentido de que a responsabilidade dos membros do referido comitê será equiparável aos dos administradores, quando houver expressa regulação no estatuto social.

Quanto às outras hipóteses, por haver administradores *stricto sensu*

¹¹¹ Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/infos/pare035comunicado.asp>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

compondo o comitê, seus membros já estariam sujeitos ao regime jurídico dos administradores, o que poderia explicar a desnecessidade de a autarquia recomendar a previsão estatutária.

Nesse sentido, o artigo 31-D, I da Instrução CVM nº 308/99, conforme alterada pela Instrução CVM nº 509/11¹¹², a qual dispõe sobre a atividade dos auditores independentes da companhia, também assenta o entendimento da autarquia no sentido de que a previsão estatutária é exigida, neste caso, para os comitês de auditoria.

Diante do exposto, percebe-se que a previsão estatutária é um dos requisitos para que se configure um órgão técnico e consultivo nos moldes do artigo 160 da Lei das S.A.

* * *

¹¹² Disponível em : <http://www.cvm.gov.br/port/infos/Comunicado509.asp>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

4. O PANORAMA DAS COMPANHIAS BRASILEIRAS

A partir da análise da forma como os órgãos técnicos e consultivos se inserem na estrutura administrativa das companhias, pode-se partir, agora, ao estudo dos comitês no contexto das companhias brasileiras e à sua aplicabilidade na prática de tais companhias.

Para tanto, iniciaremos este capítulo do presente trabalho, abordando em termos estatísticos, o número de companhias abertas brasileiras que criaram ou previram a possibilidade de criação de comitês e conselhos consultivos em seus respectivos estatutos sociais.

Logo após, estudaremos um dos comitês de maior vulto nos estatutos das companhias abertas brasileiras, o comitê de auditoria, o qual passou a ser largamente adotado após o advento da Sarbox em 2002, e que ainda revela certas polêmicas acerca de sua convivência harmônica com o conselho fiscal.

4.1. Situação dos Estatutos Sociais das Companhias Abertas

Considerando que a adoção de órgãos técnicos e consultivos é prática mais condizente com uma gestão empresarial complexa e dinâmica, característica das empresas de grande porte, que contam com estruturas bem definidas de administração, analisamos os estatutos sociais das companhias abertas brasileiras, listadas nos segmentos de mais alto nível de governo interno: os segmentos de listagem Níveis 1 e 2 de Governança Corporativa e o

Novo Mercado da Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (“BM&FBovespa”)¹¹³.

A pesquisa compreendeu, no total, 126 (cento e vinte e seis) companhias listadas no Novo Mercado, 19 (dezenove) companhias listadas no Nível 1 de Governança Corporativa e 32 (trinta e duas) companhias listadas no Nível 2 de Governança Corporativa, somando 177 (cento e setenta e sete) companhias analisadas.

Com base no levantamento realizado, contatou-se que 83% (oitenta e três por cento) das companhias continham em seus respectivos estatutos algum tipo de previsão acerca de comitês ou conselhos consultivos, estatutários ou não, sendo que apenas 17% (dezessete por cento) das companhias não faz qualquer menção sobre tais órgãos.

Quando há previsão de comitês e conselhos consultivos, a maioria dos estatutos traz dispositivos genéricos, silenciando a respeito das atribuições, composição e funcionamento de tais órgãos e primando pela liberdade de atuação de tais órgãos. De fato, em aproximadamente 60% (sessenta por cento) dos casos, o estatuto social prevê tão somente a possibilidade de o conselho de administração criar órgão técnicos e consultivos para assessorá-lo em suas funções. De maneira geral, os estatutos sociais dessas companhias, com uma redação bastante similar, dispõem sobre os comitês, nos seguintes termos:

“O Conselho de Administração, para melhor desempenho de suas funções, poderá criar comitês ou grupos de trabalho com objetivos definidos, sendo integrados por

¹¹³ Pesquisa realizada no mês de outubro de 2012, com base em informações disponíveis nos websites da CVM e da BM&FBovespa, a saber: www.cvm.gov.br e www.bmfbovespa.com.br.

peças por ele designadas dentre os membros da administração e/ou outras pessoas ligadas, direta ou indiretamente, à Companhia.”¹¹⁴

Por outro lado, cerca de 40% (quarenta por cento) das companhias, que têm algum tipo de previsão relativa a comitês, optaram pela previsão estatutária, dispondo expressamente sobre os órgãos técnicos e consultivos em seus estatutos. Mesmo nesses casos, a grande maioria delas não estipula de forma clara as regras que irão regular o trabalho de tais órgãos, se limitando a dispor de forma ampla sobre a sua composição e atribuições.

Diante desse cenário, perceber-se que as companhias abertas brasileiras ainda preferem a liberdade de regular seus órgãos técnicos e consultivos, sem a ingerência dos acionistas, os quais atribuem, na maioria dos casos, ao conselho de administração a competência de deliberar sobre a criação de tais órgãos.

Se por um lado, tal liberdade se coaduna com a dinâmica da gestão empresarial, por outro, ela denota certa falta de preocupação dessas companhias com a transparência do trabalho dos comitês. Sendo que essa falta de transparência pode, inclusive, afetar o valor de mercado dessas companhias, em determinados casos.

4.2. Comitê de Auditoria

O comitê de auditoria é, sem sombra de dúvidas, a vedete dos comitês e conselhos consultivos nas companhias, não só pela sua forte presença no cenário internacional, mas também pela importância de suas atribuições. Sua

¹¹⁴ Parágrafo 5º do Artigo 16 do Estatuto Social da Natura Cosméticos S.A. Consulta realizada em 13 de outubro de 2012.

adoção mais expressiva pelas companhias abertas brasileiras é explicada pela edição da Sarbox em 30 de julho de 2002.

A Sarbox foi promulgada em resposta aos escândalos financeiros verificados nos primeiros meses daquele ano, envolvendo companhias até então sólidas no mercado norte-americano, como a Enron¹¹⁵ e a WorldCom¹¹⁶. Tais companhias forjavam as suas demonstrações contábeis e financeiras, simulando os resultados divulgados ao mercado. Quando a verdade veio à tona, os efeitos foram devastadores, trazendo desconfiância ao mercado de capitais e prejuízos aos investidores.

Para evitar novos escândalos e promover a transparência dos resultados das companhias, surgiu a Sarbox, representando uma das mais relevantes regulamentações do mercado de capitais e das atividades das companhias abertas norte-americanas, desde a criação da *Securities Exchange Comission* (“SEC”), pelo *Securities Exchange Act* de 1934¹¹⁷. Ela significou uma espécie de federalização da legislação societária dos Estados Unidos da América,

¹¹⁵ Em 2001, a Enron, empresa atuante no mercado de gás natural, era a quinta maior empresa norte-americana, tendo sido eleita no ano 2000, pela revista *Fortune*, como a 22ª melhor empresa para se trabalhar nos Estados Unidos da América, tendo sido referida pelo New York Times como “a model for the American workplace”. *How Enron Played the Media*. Matéria disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/1817445.stm>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

¹¹⁶ Em 2002, a empresa WorldCom era considerada a segunda maior empresa de telefonia de longa distancia dos Estados Unidos da América e, no mesmo ano, surpreendeu os americanos a ajuizar o pedido de falência mais extenso da historia daquele país, representativo de um vulto de dividas que somavam aproximadamente 41 bilhões de dólares norte-americanos. *WorldCom files largest bankruptcy ever*. Matéria disponível em: http://money.cnn.com/2002/07/19/news/worldcom_bankruptcy/. Acesso em 01 de outubro de 2012.

¹¹⁷ Conforme Seção 4 do *Securities and Exchange Act* de 1934. Disponível em: <http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

constituindo um marco regulatório do Estado num mercado de tradição essencialmente liberal¹¹⁸.

Em linhas gerais, a Sarbox visou instituir um mercado mais ético, com práticas mais justas, transparentes e eficientes por parte das companhias abertas, principalmente, em relação às demonstrações financeiras e aos processos de auditoria. Nesse sentido, BORGERTH defende que a Sarbox foi, antes de tudo, um instrumento de promoção do bom governo interno das companhias:

*“em sua grande maioria, as práticas de manipulação utilizadas não eram exatamente ilegais, ou seja, eram permitidas por brechas verificadas na legislação existente. No entanto, a existência destas brechas talvez seja originada pelo fato de que na época em que aquelas leis foram escritas, o legislador tenha considerado desnecessário explicitar que determinadas práticas jamais deveriam ser adotadas, uma vez que elas viriam a transgredir o conceito do que seria considerado eticamente aceitável.”*¹¹⁹

Dentre as medidas instituídas pela Sarbox, estava a previsão de criação de comitê de auditoria pelas companhias, o qual, em regra, deveria ser composto por membros independentes com, pelo menos, um especialista em finanças, sendo responsável, dentre outras atribuições, pela seleção dos auditores independentes e pela fiscalização do seu trabalho¹²⁰.

¹¹⁸ EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. v. II. Arts. 121 a 188. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo. 2011. p. 420.

¹¹⁹ BORGERTH, Vânia Maria da Costa. *SOX: Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley – Um caminho para a informação transparente*. Thompson Learning : São Paulo. pp. 3 – 7.

¹²⁰ Seção 301 da Sarbox.

Conforme esclareceu a SEC, “*the audit committee provides independent review and oversight of a company’s financial reporting processes, internal controls and independent auditors.*”¹²¹

Na esteira desse poder de controle interno da companhia, os comitês de auditoria tem a função de receber denúncias anônimas de fraudes relacionadas à auditoria e *disclosure* de informações contábeis. O comitê de auditoria é encarregado de analisar tais denúncias e encaminhar aos órgãos competentes, conforme julgasse necessário. Ele representa uma tentativa de separação entre a empresa e a auditoria independente, para evitar possíveis combinações e manipulações de resultados, devendo se reportar diretamente ao *board of directors*.

Diante da previsão do comitê de auditoria para as companhias abertas norte-americanas, estariam as companhias abertas brasileiras sujeitas à tal regime? Em esclarecimento sobre as normas da Sarbox sobre o comitê de auditoria, a SEC esclareceu que:

*“[s]ection 10A(m) of the Exchange Act makes no distinction between domestic and foreign issuers. With the growing globalization of the capital markets, the importance of maintaining effective oversight over the financial reporting process is relevant for listed securities of any issuer, regardless of its domicile. Many foreign private issuers already maintain audit committees, and the global trend appears to be toward establishing audit committees. Thus, as proposed, the Commission’s direction to the SROs will apply to listings by foreign private issuers as well as domestic issuers.”*¹²²

¹²¹ Realese 33-88220 da SEC. Disponível em: <http://www.sec.gov/rules/final/33-8220.htm>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

¹²² Realese 33-88220 da SEC. Disponível em: <http://www.sec.gov/rules/final/33-8220.htm>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

Posta essa exigência, as companhias abertas brasileiras que possuíam *American Depositary Receipt* – ADRs negociadas em bolsas norte-americanas se viram obrigadas a se adaptar às exigências da SEC em relação ao comitê de auditoria. Tal adaptação poderia ser implementada de duas formas: (i) através da criação de um comitê de auditoria, nos moldes da Sarbox, observada a lei brasileira; ou (ii) por meio da instituição de “conselho fiscal adaptado”^{123_124}.

Inicialmente, dois terços das companhias abertas brasileiras sujeitas à Sarbox optaram por modificar seus conselhos fiscais, adaptando suas funções àsquelas previstas para o comitê de auditoria¹²⁵. Entretanto, alguns anos depois da promulgação da Sarbox, mais da metade já havia mudado de estratégia, passando a adotar tal órgão em separado, delineando de maneira mais precisa suas atribuições e permitindo uma maior transparência na gestão dos negócios das companhias¹²⁶.

O IBGC, inclusive, não recomendava o turbinamento do conselho fiscal, o qual deveria incorporar diversas atribuições dos comitês de auditoria. Segundo o renomado instituto, o comitê de auditoria estaria mais conectado

¹²³ A SEC permitiu que as companhias brasileiras ajustassem seus respectivos conselhos fiscais, à luz dos dispositivos da Sarbox relativos aos comitês de auditoria. Realese 33-88220 da SEC. Disponível em: <http://www.sec.gov/rules/final/33-8220.htm>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

¹²⁴ De acordo com dados da Associação Brasileira de Companhias Abertas – ABRACA, 30 (trinta) companhias abertas brasileiras possuíam à época títulos negociados nas bolsas norte-americanas, estando, assim sujeitas à Sarbox. Disponível em: <http://www.sec.gov/rules/proposed/s70203/lcantiadiano1.htm>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

¹²⁵ Neste sentido afirma Danilo Gregório: “Ha também razoes praticas para o sucesso dos conselhos fiscais adaptados nos primeiros anos de adequação à lei norte-americana. Inicialmente, além da falta de conselheiros de administração independentes, a necessidade de um especialista em finanças representou um impeditivo para que as companhias criassem comitês de auditoria.” GREGÓRIO, Danilo. *Companhias listadas nos Estados Unidos ampliam preferência pelos comitês de auditoria ao se adaptarem à Sarbanes-Oxley*. Revista Capital Aberto. Edição Novembro 2007, p. 38

¹²⁶ *Emissoras de ADR optam pelo comitê de auditoria*. Revista Capital Aberto na Edição de Setembro de 2006. Coluna Panorama. p.6.

com o sistema atual de governança interna “*por ser um braço do conselho de administração, o comitê tem acesso facilitado ao planejamento estratégico da companhia e, assim, pode executar melhor suas incumbências*”¹²⁷⁻¹²⁸⁻¹²⁹.

Em resposta a esse alinhamento dos mercados, a CVM editou a Instrução CVM nº 509/11, alterando a antiga Instrução CVM nº 308/99 e a Instrução CVM nº 480/09, em relação ao processo de auditoria das companhias abertas. Nela ficaram estabelecidas algumas regras importantes sobre o comitê de auditoria brasileiro, como, por exemplo a obrigatoriedade de sua previsão estatutária, a sua vinculação com o conselho de administração, a sua autonomia operacional e dotação orçamentária, a sua composição por, no mínimo 3 (três) membros, na sua maioria independentes, sendo que, ao menos um deles com reconhecida experiência em assuntos de contabilidade societária, dentre outras.

Mais do que isso, a CVM, visando incentivar a criação desses órgãos, concedeu às companhias que adotassem o comitê de auditoria, o benefício da

¹²⁷ GREGORIO, Danilo. *Companhias listadas nos Estados Unidos ampliam preferência pelos comitês de auditoria ao se adaptarem à Sarbanes-Oxley*. Revista Capital Aberto. Edição Novembro 2007, pp. 37-38.

¹²⁸ O IBGC no início do ano 2012, procurando incentivar o aperfeiçoamento dos comitês de auditoria no Brasil, lançou o programa de certificação dos profissionais de comitês de auditoria, fornecendo “selo de qualidade” para a atividade. Dessa maneira, procura-se contribuir para elevar o nível de excelência do trabalho realizado por tais profissionais. Essa certificação será conferida através de um teste elaborado em conjunto com o Instituto de Auditores Independentes do Brasil (Ibracon). ABREU, Isabella. *IBGC certificará membros de comitês de auditoria*. Revista Capital Aberto. Edição Março de 2012. Coluna Boa Ideia. p. 47.

¹²⁹ Aproveitando a onda dos comitês de auditoria, a BM&FBovespa, quando da recente alteração do regulamento do Novo Mercado, bem como dos Níveis 1 e 2 de governança, propôs que as companhias ali listadas tivessem obrigatoriamente um comitê de auditoria. Entretanto, a medida foi rejeita pela maioria das companhias integrantes de tais segmentos. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/09/empresas-rejeitam-opa-obrigatoria-no-novo-mercado.html>. Acesso em: 15 de outubro de 2012.

troca compulsória dos auditores independentes no prazo de 10 (dez) anos, ao invés de 5 (cinco) anos.¹³⁰ Estima-se que, a partir do próximo ano, ao menos 11 (onze) companhias irão aproveitar dessa flexibilização do rodízio obrigatório de auditores independentes¹³¹.

No mais, a referida instrução fixou as atribuições do comitê de auditoria, das quais citamos aqui algumas das mais relevantes¹³²: (i) receber denúncias, inclusive sigilosas, internas e externas à companhia, em matérias relacionadas ao escopo de suas atividades; (ii) opinar sobre a contratação e destituição do auditor independente para a elaboração de auditoria externa independente ou para qualquer outro serviço; (iii) supervisionar as atividades (a) dos auditores independentes a fim de avaliar a sua independência, a qualidade dos serviços prestados e a adequação dos serviços prestados às necessidades da companhia; (b) da área de controles internos da companhia; (c) da área de auditoria interna da companhia; e (d) da área de elaboração das demonstrações financeiras da companhia; (iv) monitorar a qualidade e integridade dos mecanismos de controles internos e das informações

¹³⁰ "Artigo 31-A O prazo estabelecido no art. 31 desta Instrução é de até 10 (dez) anos consecutivos caso:

I - a companhia auditada possua Comitê de Auditoria Estatutário - CAE em funcionamento permanente; e

II - o auditor seja pessoa jurídica.

§ 1º Para a utilização da prerrogativa prevista no caput, o CAE deverá estar instalado no exercício social anterior à contratação do auditor independente.

§ 2º Adotada a prerrogativa prevista no caput, o auditor independente deve proceder à rotação do responsável técnico, diretor, gerente e de qualquer outro integrante da equipe de auditoria com função de gerência, em período não superior a 5 (cinco) anos consecutivos, com intervalo mínimo de 3 (três) anos para seu retorno."

¹³¹ São elas: Comgás, Cosan, Embraer, HRT Participações, Iochpe Maxion, LLX, M. Dias Branco, Magazine Luiza, Manabi (em processo de pré-IPO), Lojas Marisa e SulAmérica. YOKOI, Yuri. Revista Capital Aberto. Edição de Julho de 2012. Coluna Panorama. p. 8.

¹³² Cabe ressaltar que o artigo 31-B, IV da Instrução CVM nº 509/11 impõe que o comitê de auditoria tenha um regimento interno, aprovado pelo conselho de administração, o qual deverá conter, de forma detalhada, todas as suas funções.

financeiras divulgadas pela companhia; (v) avaliar e monitorar as exposições de risco da companhia; (vi) avaliar e monitorar, juntamente com a administração e a área de auditoria interna, a adequação das transações com partes relacionadas realizadas pela companhia e suas respectivas evidenciações; e (vii) elaborar relatório anual resumido, com a descrição de suas atividades e a conclusão de seu trabalho.

Ao estudar tais competências, vê-se nascer a problemática do conflito de competências interorgânicas. Ainda quando do advento da Sarbox, CANTIDIANO, então presidente da CVM, havia levantado tal problemática, nos termos da carta de 07 de março de 2003, enviada à SEC, em face da atribuição de escolher e destituir auditores independentes, a qual compete ao comitê de auditoria norte-americano e que é, por outro lado, de competência privativa do conselho de administração brasileiro:

*“[t]he requirement contained in Rule 10A-3(c)(2)(i)(F), regarding the authority to appoint and retain any registered public accounting firm engaged by the listed issuer would collide with article 139, as mentioned above, since the board of directors is responsible for the appointment and retention of independent auditors, according to article 142, item IX, of the Corporation Law.”*¹³³

A SEC, ciente das particularidades da lei acionária brasileira e de outras diversas legislações societárias pelo mundo, acatou certas adaptações propostas pelas comissões de valores mobiliários de vários países, evitando o conflito de competências, sem, contudo, esvaziar a essência do comitê de auditoria¹³⁴.

¹³³ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Disponível em: <http://www.sec.gov/rules/proposed/s70203/lc Cantidiano1.htm>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

¹³⁴ “While as noted above there is a continuing trend toward having audit committees in foreign jurisdictions, several foreign jurisdictions require or provide for auditor oversight through a board of auditors or similar body, or groups of statutory auditors, that are in whole or in part separate from the board of directors. We believe that these boards of auditors or statutory auditors are intended to be independent of management, although their members may not in all cases meet all of the independence requirements set forth in Section 10A(m) of the Exchange Act. In addition, while these bodies provide

Entretanto, mesmo com tal flexibilização, refletida na Instrução CVM nº 509/11, as funções do comitê de auditoria ainda são alvo de discussões acerca do conflito de interesses, em face dos demais órgãos da companhia, sobretudo em relação à sua função fiscalizadora.

BULGARELLI, antes do surgimento da figura dos comitês de auditoria no cenário nacional, já prevenia:

“[s]ob este último aspecto [fiscalização da gestão administrativa], pode-se dizer que [o Conselho Fiscal] exerce função concorrente com o Conselho de Administração, o qual, no sistema brasileiro, tem como uma de suas funções a de fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre os contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros (cf. art. 142, III).”¹³⁵

independent oversight of outside auditors, they may not have all of the responsibilities set forth in Rule 10A-3. The establishment of an audit committee in addition to these bodies, with duplicative functions, might not only be costly and inefficient, but it also could generate possible conflicts of powers and duties. Accordingly, we proposed an exemption from certain of the requirements for audit committees for boards of auditors or statutory auditors of foreign private issuers that fulfilled the remaining requirements of the rule, if those boards operate under legal or listing provisions intended to provide oversight of outside auditors that is independent of management, membership on the board excludes executive officers of the issuer and certain other requirements were met.

(...)

For example, under current Japanese law, we understand that large Japanese corporations must maintain a board of corporate statutory auditors, a legally separate and independent body from the corporation's board of directors that is elected by shareholders. See, e.g., Law for Special Exceptions to the Commercial Code Concerning Audits, etc. of Corporations (Law No. 22, 1974, as amended). Further, we understand that effective April 1, 2003, Japanese corporations will have the option to elect either a governance system with a separate board of directors and board of corporate auditors or a system based on nominating, audit and compensation committees under the board of directors. We also understand that the Italian corporate governance regime provides for an independent board of statutory auditors ("Collegio Sindacale") and the Brazilian corporate governance regime allows a Fiscal Council ("Conselho Fiscal"). See, e.g., the Letters of Assonime; Brazilian Securities Commission. As noted previously, the examples provided in this release are for illustrative purposes only. The exemption provided in the final rule for boards of auditors or similar bodies will be available to any foreign private issuer that meets the exemption's requirements because of the issuer's home country regime." Realese 33-88220 da SEC. Disponível em: <http://www.sec.gov/rules/final/33-8220.htm>. Acesso em 20 de outubro de 2012.

¹³⁵ BULGARELLI, Waldirio. *Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A: de acordo com a reforma da Lei das S.A.* Editora Renovar: Rio de Janeiro, 1988, p. 129.

Sob essa lógica, o comitê de auditoria passaria, então, a exercer, concorrentemente, suas funções fiscalizadoras, em conjunto com os conselhos fiscal e de administração, de maneira complementar e eficiente, como em um sistema de freios e contrapesos. Entretanto, é preciso ressaltar que para que esse sistema esteja em equilíbrio, deve-se tomar muito cuidado para não se extrapolar as competências específicas e privativas de cada órgão da companhia. É por meio deste equilíbrio que se tem a convivência harmônica entre os órgãos da companhia, algo extremamente importante para o seu bom funcionamento.

Neste contexto, nota-se ainda certa tensão entre a convivência do comitê de auditoria e do conselho fiscal nas companhias. Argumenta-se que a criação de dois órgãos com funções próximas elevaria desnecessariamente os custos da companhia, a qual deveria poder escolher pela permanência de um deles. Em importante julgado, a CVM manifestou entendimento, em voto do então presidente da autarquia, MARCELO TRINDADE, que a sociedade Souza Cruz S.A. não poderia simplesmente optar pelo órgão menos oneroso, descartando o outro.

De acordo como voto ali proferido, o conselho fiscal é órgão obrigatório da companhia, mesmo quando seu funcionamento não é permanente, fato este que:

“não impede que a administração queira instituir um Comitê de Auditoria, que, no regime da Lei 6.404/76, terá o status de órgão técnico e consultivo previsto no art. 160, destinado a aconselhar os administradores da Companhia. Mas esta opção não afasta a obrigatoriedade de instalação do Conselho Fiscal, caso esta seja requerida.”¹³⁶

¹³⁶ Processos CVM RJ 2007/3246 e 2006/5701. Reg. nº 5489/2007. Julgado de 10 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/descol/respdccis.asp?File=5489-0.HTM>.

Além disso, apesar de as atribuições do conselho fiscal e do comitê de auditoria serem relativamente próximas, não se pode afirmar que as mesmas sejam iguais, até mesmo em razão da própria natureza jurídica de ambos os órgãos. Além disso, os membros do comitê de auditoria, para o exercício de sua função fiscalizadora, devem dominar um conjunto complexo de leis, normas contábeis e de auditoria (*COSO, IFRS, US GAAP, etc.*), bem como critérios de avaliações de risco e controle da companhia, características estas que não são vistas comumente entre os membros do conselho fiscal¹³⁷.

Ademais, é importante que frisar que o comitê de auditoria integra a administração da companhia, auxiliando direta e dinamicamente o conselho de administração¹³⁸, ao passo que o conselho fiscal apenas a fiscaliza, como um órgão protetor dos acionistas minoritários e do interesse geral¹³⁹⁻¹⁴⁰.

Por esta razão, talvez, o conselho fiscal não seja competente para apreciar o mérito das decisões administrativas da companhia, tampouco podem seus membros analisar a conveniência, oportunidade ou qualidade dos atos

¹³⁷ PriceWaterHouseCoopers. *Comitê de Auditoria no Brasil. Melhores Práticas de Governança Corporativa – O Desafio Continua*, 2ª Edição, 2007. , p. 25. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/assets/melhores-praticas-07.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2012.

¹³⁸ Corroborando tal assertiva e a título ilustrativo, (i) o artigo 31-B, II da Instrução CVM nº 509/11 dispõe que o comitê de auditoria deve ser órgão de assessoramento direto do conselho de administração; e (ii) o artigo 31-B, §2º, I da Instrução CVM nº 509/11 dispõe que o coordenador do comitê de auditoria, eventualmente acompanhado dos outros membros, deve se reunir, ao menos, trimestralmente com o conselho de administração.

¹³⁹ BULGARELLI, Waldirio. *Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A: de acordo com a reforma da Lei das S.A.* Editora Renovar: Rio de Janeiro, 1988, p. 130.

¹⁴⁰ Revista Capital Aberto. *Comitês de auditoria avançam no Brasil*. Disponível em: http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&sec=11&i=1293. Acesso em 10 de outubro de 2012.

emanados pelos órgãos da administração¹⁴¹. A contrário senso, pode-se considerar que o comitê de auditoria, quando monitora a qualidade e a integridade das informações financeiras elaboradas pela administração ou avalia as exposições de risco da companhia, está, de certa forma, apreciando o mérito do ato administrativo. Ora, nada mais razoável, uma vez que o comitê de auditoria integra a própria estrutura administrativa da companhia.

Por todo o exposto, o caráter específico e complexo das atribuições do comitê de auditoria nos permitem chegar a conclusão de que a sua convivência com o conselho fiscal é não só aceitável, como recomendável. A complementação de suas funções, a partir da colaboração entre esses órgãos, aperfeiçoa a fiscalização da gestão empresarial. Fora isso, a criação de comitê de auditoria, ao lado do conselho fiscal, representa uma prática de boa governança cada vez mais bem vista no cenário nacional e internacional, o que faz aumentar o valor da companhia no mercado.

* * *

¹⁴¹ BRANCO. Wladimir Castelo Branco, Diretor – Relator, Processo Administrativo Sancionador CVM nº 09/97. Julgado de 13 de dezembro de 2006.

5. CONCLUSÃO

Os órgãos técnicos e consultivos, criados pelo estatuto, para os fins do artigo 160 da Lei das S.A., constituem importantes aparatos de assessoramento e auxílio especializados à disposição da companhia para o seu desenvolvimento.

Em meio à intensificação das relações comerciais, a demanda por órgãos que promovam ganhos de eficiência na gestão empresarial cresce exponencialmente. Tal eficiência decorre principalmente da especialização e da profissionalização dos membros desses órgãos, que exercem suas funções com independência no interesse coletivo da empresa.

Os comitês tem o propósito de desempenhar suas funções em áreas específicas, aprofundando a análise de certas questões, as quais o conselho de administração ou a diretoria, por falta de capacidade técnica ou simplesmente de tempo, não conseguiria analisar de maneira eficiente. Assim, eles permitem a otimização do trabalho dos demais órgãos da administração, que poderão focar na orientação geral dos negócios, deliberando sobre os assuntos do dia, de maneira mais rápida, sem se ater, necessariamente, a complexas e específicas questões técnico-científicas.

Conforme ficou aqui demonstrado, a presença cada vez mais marcante desses comitês e conselhos consultivos na estrutura administrativa das companhias brasileiras evidencia o surgimento de um sistema pluripartido e integrado entre os órgãos sociais. Mas como em todo sistema integrado, é preciso que as relações e comunicações interorgânicas sejam precisas e bem definidas, de modo a evitar a criação de órgãos supérfluos e conflitos de competência.

Nesse contexto, os comitês e conselhos consultivos são mais do que meros órgãos auxiliares da administração da companhia. Apesar de seus pareceres e orientações não vincularem os membros do conselho de administração e da diretoria, sua opinião é essencial para a tomada de certas decisões. Dessa forma, os comitês contribuem para a construção dos atos administrativos da companhia, interferindo de forma ativa no rumo dos negócios sociais.

Tal evidência leva-nos à conclusão lógica de que tais órgãos integram à administração da companhia, sendo seus respectivos membros verdadeiros administradores.

Diante desse fato, a liberdade conferida pela Lei das S.A. às companhias para criar e regular tais órgãos deve ser aplicada de maneira inteligente, de modo a promover a integração de todos os órgãos que compõem a estrutura administrativa, transformando os comitês e conselhos consultivos em verdadeiros ativos.

* * *

6. BIBLIOGRAFIA

Livros e Artigos de Periódicos:

ADMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*. Editora Saraiva. São Paulo. 2010. 1ª Edição e 2ª Tiragem.

BARRETO FILHO, Oscar. *Estrutura Administrativa das Sociedades Anônimas*. In Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial. Vol. III – Sociedade Anônima. Edições Especiais – Revista dos Tribunais 100 anos. WALD, Arnaldo (coord.). Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*. Vol. II. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1973.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1977.

BORGERTH, Vânia Maria da Costa. *SOX: Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley – Um caminho para a informação transparente*. Editora Thompson Learning. São Paulo.

BUCCIOLI, Fábio. *Conselho Fiscal das Sociedades Anônimas como órgão ‘suis generis’ na Lei 6.404/76 e no anteprojeto da CVM*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Vol. 105. Editora Malheiros. São Paulo. 1997.

BULGARELLI, Waldirio. *Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A: de acordo com a reforma da Lei das S/A*. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 1988.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e **LAMY FILHO**, Alfredo. *Direito das Companhias*. Vol. I. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2009. 1ª Edição.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e **LAMY FILHO**, Alfredo. *A Lei das S/A – Pareceres, Parte III*. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2003.

CARMO, Eduardo de Souza. *Relações Jurídicas na Administração da S/A*. Editora Aide. Rio de Janeiro. 1988.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários a Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo. Editora Saraiva. 2011. 5ª Edição.

CASTELLO BRANCO, Adriano. *O Conselho de Administração nas Sociedades Anônimas*. Editora Forense Universitária. Rio de Janeiro. 2007. 2ª Edição.

COMPARATO, Fábio Konder e **SALOMÃO FILHO**, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2008. 5ª Edição.

COZIAN, Maurice e **VIANDIER**, Alain. *Droit des Sociétés*. Nº 625. Editora Litec. Paris. 1992. 5ª Edição.

CRISTIANO, Romano. *Órgãos da Sociedade Anônima*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1982.

DA SILVA, José Anchieta. *O Conselho Fiscal À Luz da Lei das Sociedades Anônimas em vigor*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2000.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Vol. II. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo. 2011.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Vol. 4. Nº 897. Editora Saraiva. São Paulo. 1966.

GREENSPAN, Alain. *Stock Option and Related Matters*. In Revista de Direito Bancário – RDB 17/2022. Julho-Setembro de 2002.

GREGORIO, Danilo. *Companhias listadas nos Estados Unidos ampliam preferência pelos comitês de auditoria ao se adaptarem à Sarbanes-Oxley*. In Revista Capital Aberto. Edição Novembro 2007.

LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei*. Vol. II. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2009.

MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. II – Tomo I. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1984. 2ª Edição.

MONTEIRO DE CASTRO. *Notas a Respeito dos Comitês do Conselho de Administração de Companhias*. In Temas Essenciais de Direito Empresarial – Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa. KUYVIN, Luiz Fernando Martins (coord.). Editora Saraiva. Rio de Janeiro. 2012.

MORELLI, Denis. *Órgãos Técnicos e Consultivos da Sociedade Anônima*. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. 2012.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Desafios do Direito Societário Brasileiro na Disciplina da Companhia Aberta: Avaliação dos Sistemas de Controle Diluído e Concentrado*. In. Direito Societário, Desafios Atuais. Editora Quartier Latin. São Paulo. 2009.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel e **PERES**, Fábio Henrique. *Administração deve colaborar para o melhor uso das poison pills*. Espaço Jurídico – BM&FBovespa. 2008. Disponível em:
<http://www.bmfbovespa.com.br/juridico/noticias-e-entrevistas/Noticias/080919NotA.asp>

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1954.

PRICEWATERHOUSECOOPERS. *Comitê de Auditoria no Brasil. Melhores Práticas de Governança Corporativa – O Desafio Continua*. 2007. 2ª Edição. Disponível em:
<https://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/assets/melhores-praticas-07.pdf>.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. II. Editora Saraiva. São Paulo. 2010. 27ª Edição.

REVISTA CAPITAL ABERTO. *Emissoras de ADR optam pelo comitê de auditoria*. In Revista Capital Aberto na Edição de Setembro de 2006. Coluna Panorama.

REVISTA CAPITAL ABERTO. *IBGC certificará membros de comitês de auditoria.* Revista Capital Aberto. Edição Março de 2012. Coluna Boa Ideia.

REVISTA CAPITAL ABERTO. *Comitês de auditoria avançam no Brasil.* In Revista Capital Aberto. Disponível em:
http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&sec=11&i=1293.

RIPERT, Georges e ROBLOT, René. *Traité élémentaire de droit commercial.* Tomo 1. Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1986.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário.* Editora Malheiros. 2011. 4ª Edição.

SOUZA LEÃO JR, Luciano. *Conselho de Administração e Diretoria.* In Direito das Companhias. Vol. I. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo (coord.). Editora Forense. Rio de Janeiro. 2009. 1ª Edição.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda e GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro.* Vol. I. José Bushatsky Editor. 1979.

TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores; de acordo com a Nova Lei das S/A.* Editora Atlas. São Paulo. 1997. 1ª Edição.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. Vol. II. Nº 611. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1959.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. Vol. II. Editora Malheiros. São Paulo.

WALD, Arnaldo. *A Evolução do Regime Legal do Conselho de Administração, os Acordos de Acionistas e os Impedimentos dos Conselheiros decorrentes de Conflitos de Interesses*. In Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial. Vol. III – Sociedade Anônima. Edições Especiais – Revista dos Tribunais 100 anos. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011.

Decisões e Pareceres:

Processo Administrativo Sancionador CVM nº 09/97.

Processo CVM RJ 01/08489.

Processo Sancionador nº 18/08.

Parecer/CVM/SJU/Nº 007/87.

Parecer CVM nº 037/84.

Parecer CVM nº 35/08.

Sítios da Internet:

www.bmfbovespa.com.br.

<http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/2006-societe-directoire/societe-directoire-actes.pdf>.

<http://www.cvm.gov.br/>

<http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/09/empresas-rejeitam-opa-obrigatoria-no-novo-mercado.html>.

<http://www.ibgc.org.br/>

<http://www.jucesc.sc.gov.br/>

http://money.cnn.com/2002/07/19/news/worldcom_bankruptcy/

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/1817445.stm>

<http://www.sec.gov/>

.