

AS SOCIEDADES POR AÇÕES E O PROJETO DE LEI Nº 8.563/17

A Lei das Sociedades por Ações (LSA) 6.404/76 manteve o conselho fiscal como órgão obrigatório, cabendo ao estatuto dispor sobre seu funcionamento permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado, a pedido dos acionistas. Preservou-se a eficiência do órgão como instrumento de proteção ao minoritário, salientando que a solução adotada pela LSA facilitou a vida das sociedades anônimas, que se adaptaram ao novo modelo legal.

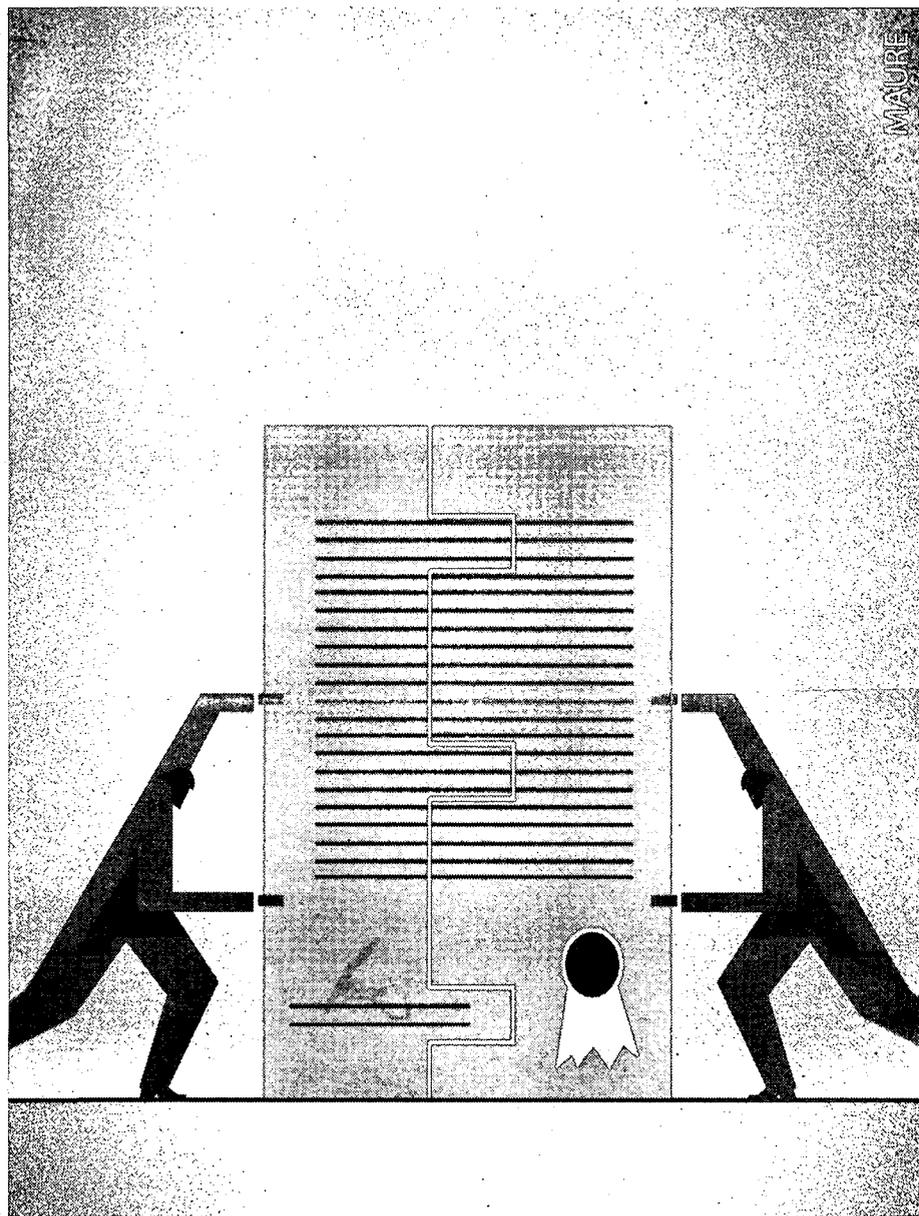
No caso das companhias abertas brasileiras, listadas na New York Stock Exchange (NYSE), as dificuldades surgiram em 2002, com a edição da Lei Sarbanes-Oxley (SOX). Segundo as regras da SOX, essas companhias, incluindo as com sede no exterior, devem ter um comitê de auditoria. A exigência, além de criar novos custos, conflitava com as peculiaridades do nosso regime jurídico e a possibilidade de haver superposição de funções entre o nosso conselho fiscal e o comitê de auditoria e a criação de área cinzenta, quanto aos atos que cada órgão poderia praticar.

Acolhendo as ponderações da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a SEC (*Securities Exchange Commission*), órgão regulador do mercado norte-americano, permitiu que as companhias nacionais substituíssem o comitê de auditoria pelo conselho fiscal, desde que observados os princípios fundamentais protegidos pela nova regulamentação editada.

Para se adequar à nova exigência, as brasileiras abertas, listadas na SEC, optaram pelo conselho fiscal permanente que acumula as funções do comitê de auditoria (conselho fiscal turbinado), dotando-se o órgão fiscalizador de poderes adicionais para supervisionar os auditores independentes.

No cenário atual dos órgãos de fiscalização das sociedades por ações, ainda em sítio de companhias abertas, cabe referência ao Comitê de Auditoria Estatutário (CAE), criado pela CVM, por meio da Instrução CVM 509/11, inferindo-se do referido normativo a intenção de incentivar a criação de órgão estatutário não obrigatório, vinculado ao conselho de administração, dotado de independência e capacitação técnica para aumentar a eficiência e fiscalização sobre as áreas de controle e auditoria interna e externa da companhia.

Atualmente, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) 8.563/17, que busca a inclusão de um dispositivo na LSA sobre a criação e o funcionamento de órgão de fiscalização, designado por comitê de auditoria.



Na justificativa do PL, destaca-se o empenho da BM&F Bovespa (atual B3), em promover mudanças nos regulamentos de listagem especial para adequá-los às melhores práticas de governança corporativa, começando pela proposta, em 2010, de criar um comitê de auditoria com a presença de, pelo menos, um conselheiro independente.

A proposta não foi aprovada pelas companhias listadas nesses segmentos, mas, desde então, a importância de um comitê de auditoria ganhou relevância, voltando a obrigatoriedade de sua criação a figurar entre os principais pontos abordados pela B3 em recente consulta pública.

O PL possui um artigo e quatro parágrafos e propõe a inclusão de mais um (161A) no corpo da LSA, que faculta à companhia, em alternativa ao atual formato do conse-

lho fiscal, optar pela instalação de um comitê de auditoria, composto por cinco membros, desde que sua existência seja admitida em seu estatuto social, dispondo sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios em que for instalado a pedido de acionistas.

A norma não é restritiva e permite a criação do comitê de auditoria, pelas companhias abertas e fechadas. O PL não impõe a constituição de um comitê de auditoria e fica a critério da companhia a sua criação, em substituição ao conselho fiscal.

De acordo com o projeto, além das atribuições previstas em lei para o conselho fiscal, o comitê de auditoria acumula a função de supervisionar a preparação, elaboração e *compliance* das demonstrações financeiras, aproximando-se tanto do modelo do Comitê de

Auditoria Estatutário (CAE), de que trata a Instrução CVM 509, como do conselho fiscal adaptado às regras da SEC (turbinado), contrapondo-se, no entanto, ao modelo legal vigente de conselho fiscal, que se limita a emitir opiniões por pareceres.

A partir das regras de composição e competência e dos próprios termos da justificativa, o modelo do PL, se convertido em lei, será instrumento apropriado para sociedades de maior porte, com ações disseminadas no mercado de capitais. Por outro lado, o modelo proposto parece ressentir-se de imperfeições que desaconselham a sua aprovação.

A exigência legal de presença de três membros do conselho de administração no órgão de fiscalização e controle pode causar deformações em seu funcionamento. Nota-se, por exemplo, que a intenção do legislador, como se infere da justificativa do PL, é no sentido de não retirar do controlador a responsabilidade direta da supervisão e preparação das demonstrações financeiras e do *compliance*, o que será factível num comitê constituído por maioria composta por membros independentes em uma companhia de controle definido. Mesmo assim, a saída contemplada no projeto coloca em risco a própria efetividade do comitê, retirando-lhe autonomia em decorrência de sua absorção pelo conselho de administração.

Além disso, a extensão das responsabilidades e deveres previstos em lei para os administradores da companhia e membros do conselho fiscal, condicionada à previsão estatutária explícita, pode colocar os auditores, na condição de membros do comitê de auditoria, em situação de conforto, não compatível com o sistema legal em que se encarta o funcionamento dos órgãos sociais e de controle, expondo em risco o interesse da companhia e a defesa dos minoritários.

Dessa forma, a omissão do estatuto possibilita isentar os auditores de deveres e responsabilidades no exercício de suas funções, rompendo, com o rigor do figurino legal, que não poupa da aplicação das normas de comportamento nem mesmo os membros de órgãos técnicos e consultivos criados pelo estatuto (art. 160).

ROBERTO PAPINI

»»» Coordenador da área Societária, Mercado de Capitais e Fusões & Aquisições do escritório Andrade Silva Advogados