

RECURSO DE DECISÃO DA SEP

INTERESSADO: MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S.A.

RELATOR: DIRETOR WLADIMIR CASTELO BRANCO CASTRO

RELATÓRIO

Trata-se, no presente, de recurso interposto pela Mendes Júnior Engenharia S/A, em face de entendimento da SEP segundo o qual essa companhia aberta deveria realizar nova Assembléia Geral Extraordinária para eleição do Conselho Fiscal, tendo em vista a ocorrência de irregularidades apontadas em reclamação apresentada à CVM por acionistas minoritários.

Em 07.11.2002, foi realizada AGE da Mendes Júnior Engenharia S.A., convocada por solicitação de minoritários detentores de mais de 5% das ações preferenciais daquela empresa, para que fosse deliberada a instalação do Conselho Fiscal da referida companhia (fls. 15).

Naquela oportunidade, foram eleitos, como representantes dos preferencialistas no conselho fiscal, o candidato e o suplente indicados pela Mendesprev – entidade fechada de previdência complementar do Grupo Mendes Júnior (fls. 15).

Em 02.12.2002, representantes de acionistas minoritários, alegando que a Mendesprev era patrocinada tanto pela Mendes Júnior Engenharia como por outras empresas do Grupo Mendes Júnior, apresentaram reclamação à CVM solicitando à CVM (fls. 12-13):

- i. *"Que seja considerado impedido o candidato ao conselho fiscal apresentado pela Mendesprev e que sejam considerados eleitos os candidatos apresentados pelos acionistas minoritários preferencialistas, detentores de mais de 5% das ações preferenciais da empresa.*
- ii. *Que seja julgado pela CVM o direito de retirada dos acionistas minoritários.*
- iii. *Que seja apurada a aparente irregularidade e discrepância entre as informações prestadas ao mercado e os números de ações ordinárias apresentadas como pertencentes à Mendesprev durante a Assembléia do dia 07/11/2002" (fls. 13).*

Em correspondência datada de 07.01.2003 (fls. 17-25), os reclamantes aditaram sua reclamação encaminhando cópia do estatuto da Mendesprev, destacando o art. 24, (fls. 39) que estabelece que os integrantes do conselho administrativo da Mendesprev são eleitos pelas suas patrocinadoras. Sendo a Mendes Júnior Engenharia uma delas, concluem que a Mendesprev estaria impedida de *"indicar membro para o Conselho Fiscal (da Mendes Junior Engenharia), como determina o § 2º do art. 162 da Lei 10.303/2001"* (sic – fls. 18).

Ademais, sustentaram que a Mendes Júnior Engenharia e a Mendesprev teriam cometido irregularidades e agido de má-fé, tendo em vista que os controladores da Mendes Júnior Engenharia promoveram, às vésperas da AGE de 07.11.2002, a alienação de parcela do capital total da empresa, aumentando o número de ações em circulação por meio de um *"artifício grosseiro ...para cercear o legítimo direito ...dos acionistas minoritários de instalar um conselho fiscal e eleger um candidato"* (fls. 21).

Segundo as alegações dos reclamantes, o número de ações alienadas nessa oportunidade correspondia ao número de ações apresentadas na referida AGE como sendo pertencentes à Mendesprev, o que seria uma manobra para que fosse eleito o candidato da Mendesprev ao Conselho Fiscal, caracterizando abuso de poder (fls. 21).

Os reclamantes também alegaram que a referida alienação de ações ensejaria divulgação de fato relevante, nos termos da Instrução CVM 358/2002, bem como leilão ou oferta pública, nos termos da Instrução CVM 361/2002 (fls. 22 a 24).

Desta feita, esses acionistas minoritários solicitaram à CVM (fls. 24-25):

- i. que *declarasse* a prática de abuso de poder pelos controladores da Mendes Junior Engenharia S/A e que fossem aplicadas as punições e tomadas as providências cabíveis;
- ii. que *declarasse* a inelegibilidade de qualquer candidato da Mendesprev para compor o conselho fiscal da Mendes Júnior Engenharia;
- iii. que *declarasse* a ocorrência de infração grave por falta de divulgação de fato relevante pela empresa, sendo aplicadas as punições cabíveis;
- iv. que fosse *"julgado o direito de recesso dos minoritários, através de oferta pública de aquisição de ações na Bolsa de Valores"* (sic - fls. 25).

Instada, pela SEP, a manifestar-se acerca da reclamação (cf. fls. 54), a Mendes Júnior Engenharia informou (fls. 55-56):

(i) que o estatuto social da Mendesprev dispõe que o conselho de administração é composto de, pelo menos, 3 integrantes, sendo 2/3 escolhidos pela principal patrocinadora e o restante pelas demais patrocinadoras.

(ii) que a questionada alienação de ações se deu entre 30/09/2002 e 07/11/2002, correspondendo a uma dação em pagamento da Companhia Mineira de Participações Industriais e Comerciais – empresa do Grupo Mendes Junior - à Mendesprev, tendo essa operação a finalidade de propiciar o enquadramento legal da Mendesprev às normas de política de investimento definidas pelo CMN e pela SPC.

Ao ensejo, a SEP reportou-se à Companhia, manifestando seu entendimento acerca da questão (fls. 64-65), nos seguintes termos:

"a) o artigo 161, § 4º, alínea "a" da Lei 6404/76 dispõe que, na constituição do Conselho Fiscal, os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger, em votação em separado, um membro e seu respectivo suplente; igual direito terão os acionistas minoritários, desde que representem em conjunto, 10% ou mais das ações com direito a voto;

b) o Parecer de Orientação CVM nº 19 ...dispôs sobre a inteligência do artigo 161, § 4º, letra "a"; da Lei 6.404/76 e, em resumo, ressaltou que para não se tornar meramente nominal o direito atribuído por lei aos preferencialistas, deve-se entender que da votação em separado não poderão participar os acionistas controladores, ainda que portadores também de ações preferenciais;

c) a Mendesprev não pode ser considerada um acionista preferencialista comum da Mendes Júnior Engenharia S.A., em função da dependência (vínculo) administrativa existente entre a mesma e o acionista controlador indireto da sociedade de engenharia, a Mendes Júnior Participações S.A., sua Patrocinadora Principal;

d) tal dependência administrativa reside no fato de a Mendes Júnior Participações S.A. possuir 99,28% das ações ordinárias/quotas de Edificadora S.A. e

72,40% das ações ordinárias/quotas da Cia. Mineira de Participações Industriais e Comerciais, identificadas, respectivamente, como o acionista controlador (84,73%) e o maior acionista individual (15,24%) da Mendes Júnior Engenharia S.A.;

e) conseqüentemente, deveria ser realizada uma nova assembléia geral extraordinária para que os titulares de ações preferenciais possam, nos termos do disposto no artigo 161, § 4º, alínea "a", da Lei 6.404/76, eleger, em votação em separado, um membro e respectivo suplente para o Conselho Fiscal da Mendes Júnior Engenharia S.A., sem a participação da Mendesprev ou de qualquer outra pessoa vinculada ao acionista controlador".

Na oportunidade, a SEP ainda se manifestou a respeito das ações de emissão Mendes Júnior Engenharia S.A. vendidas pela Cia. Mineira de Participações Industriais e Comerciais à Mendesprev em outubro de 2002, operação esta tida como irregular pelos reclamantes.

Sobre essa questão, entendeu a SEP que a Mendesprev deveria ter informado à CVM, bem como divulgado tal aquisição, nos termos do art.12 da Instrução CVM nº 358/02, visto que essa operação incluía mais de 5% das ações preferenciais da Mendes Junior. A SEP ressaltou também que a CVM poderia, nos termos do § 5º do mesmo artigo, dispensar a divulgação pela imprensa, se fosse solicitado.

Por fim, em 27.03.03, a Mendes Júnior Engenharia apresentou recurso (fls. 01-09) em face dos entendimentos da SEP, com base nos argumentos a seguir resumidos (fls. 2 a 6):

- a. que a Mendesprev possui personalidade jurídica própria, distinta da personalidade jurídica de sua patrocinadora, sendo independente e autônoma em relação a esta;
- b. que tal autonomia funciona como limite à atuação da patrocinadora, que não possui legitimidade para intervir na vida social da entidade de previdência privada complementar;
- c. que os atos praticados pela Mendesprev têm por único objetivo a defesa dos interesses de seus beneficiários, o que não se confunde com os interesses da patrocinadora, tendo seus administradores dever de lealdade para com os beneficiários da entidade;
- d. que não existe, portanto, vínculo de subordinação da Mendesprev aos interesses da patrocinadora, razão pela qual não poderia ser impedida de votar, como acionista *minoritária*, na eleição do representante dos preferencialistas no Conselho Fiscal da Recorrente.

Com relação ao entendimento da SEP *"de que a Mendesprev não teria informado à CVM a compra de mais de 5% das ações preferenciais de emissão desta Companhia, em suposta infringência ao artigo 12 da Instrução CVM nº 358/2003"*, a Mendes Junior Engenharia firmou que encaminhara *"cópia do ...ofício (da SEP) à Mendesprev, a fim de que esta, por ser a entidade que supostamente teria deixado de observar o citado dispositivo regulamentar, preste os esclarecimentos que entender cabíveis"* (fls. 01).

A SEP manifestou-se a respeito do recurso (fls. 66 a 69), nos seguintes termos:

- a. que a solicitação de encaminhamento posterior de esclarecimentos pela Mendesprev deve ser acatada, notadamente pelo fato de não representar empecilho ao prosseguimento deste processo, cuja questão principal é a eleição dos membros do Conselho Fiscal da Mendes Júnior Engenharia S.A. na AGE de 07.11.2002;
- b. a personalidade jurídica própria da Mendesprev não significa, necessariamente, independência ou autonomia com relação à patrocinadora pois, se assim o fosse, as sociedades controladas teriam total independência de suas sociedades controladoras, por possuírem personalidade jurídica própria, distinta da personalidade daquelas;
- c. a dependência administrativa da Mendesprev em relação à Mendes Junior Engenharia reside no fato de que a patrocinadora principal da Mendesprev - a Mendes Júnior Participações - é também controladora indireta (com 95,15% do capital votante - fls. 68) da Mendes Júnior Engenharia, elegendo a maioria dos membros do Conselho de Administração da Mendesprev, órgão responsável pelo controle, deliberação e superior orientação administrativa da entidade;

A SEP, então, conclui que *"tais situações deveriam impedir a Mendesprev de votar como um acionista minoritário/preferencialista na referida AGE de 07/11/2002"*, mantendo, portanto, seu entendimento anterior.

Registre-se que a reclamação de acionistas aqui tratada motivou a instauração do Processo CVM RJ 2002/07152, em análise no âmbito da SOI.

É o relatório.

VOTO

Quanto à mencionada reclamação dos minoritários, entendo não caber qualquer manifestação do Colegiado por ora, já que esta se encontra atualmente em análise pela SOI, sendo, inclusive, objeto de outro processo.

Já quanto ao objeto do recurso trazido ao Colegiado, concordo com o posicionamento da SEP.

Isto porque o artigo 161, § 4º, alínea "a", da Lei 6.404/76 dispõe que, na constituição do Conselho Fiscal, os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, têm o direito de eleger, em colégio eleitoral próprio, um membro desse conselho e seu respectivo suplente.

A CVM, por sua vez, há tempos vem se manifestando no sentido de que dessa votação em separado não participam os detentores de ações preferenciais que façam parte do grupo de controle da companhia ou a este sejam vinculados.

Tal entendimento se encontra consolidado no Parecer de Orientação CVM nº 19, de 09.05.00, que trata da inteligência do mencionado artigo da Lei das S/A, e estabelece:

"para não se tornar meramente nominal o direito atribuído por lei aos preferencialistas, deve-se entender que da votação em separado desses acionistas para a eleição de seu representante no Conselho Fiscal não poderão participar os acionistas controladores, ainda que portadores também de ações preferenciais. Tal participação, se admitida, redundaria em cerceamento efetivo do direito essencial de fiscalizar e em representação inequívoca dos interesses, não raramente contrários, que a lei buscou proteger".

No presente caso, patente é a fragilidade do argumento da recorrente segundo o qual a personalidade jurídica própria da Mendesprev garante a esta instituição independência e autonomia em relação à sua patrocinadora. Como bem exemplificado pela SEP, *"se assim o fosse, as sociedades controladas teriam total independência de suas sociedades controladoras, por possuírem personalidade jurídica própria, distinta da personalidade daquelas"* (fls. 69).

Por oportuno, verifico nos autos que a Mendes Júnior Engenharia provê de recursos financeiros a Mendesprev que, naturalmente, deles depende para atingir seus objetivos.

Ademais, a patrocinadora principal da Mendesprev – a Mendes Júnior Participações – ao mesmo tempo em que é controladora da Mendes Júnior Engenharia, indica 2/3 dos membros do conselho de administração de sua patrocinada.

Temos, então, que a Mendesprev, além de depender dos recursos de suas patrocinadoras para poder funcionar, tem sua vida social orientada por pessoas que são, em sua maioria, indicadas por sua patrocinadora principal, o que confere a esta última soberania nas decisões sobre as atividades a serem desenvolvidas pela Mendesprev.

Assim, ao permitir-se à Mendesprev ocupar cadeira reservada aos preferencialistas no conselho fiscal da Mendes Júnior Engenharia, teríamos uma entidade dependente - financeira e administrativamente - do controlador fiscalizando as atividades dos órgãos em que esse mesmo controlador detém o comando e – aqui o ponto censurável - como representante dos minoritários, urgindo um virtual conflito de interesses que tende a ser coibido em nome da correta aplicação da Lei Societária.

Quanto à alegação de que o único objetivo da Mendesprev é a defesa dos interesses dos seus beneficiários e de que seus administradores têm dever de lealdade para com os beneficiários da entidade, não podendo sacrificar os interesses destes para atender a eventuais ditames da patrocinadora, igualmente entendo que tal argumento não merece acolhida.

De fato, e sem prejuízo do dever de lealdade para com os beneficiários da Mendesprev, não seria de se esperar que seus administradores, indicados pela Mendes Júnior Participações, tomassem alguma decisão que se opusesse à orientação dada pela patrocinadora.

Afinal esta, ao indicar tais administradores, deve tê-lo feito com o intuito de que eles guiassem a vida social da Mendesprev da maneira que melhor atendesse aos valores por ela – patrocinadora - abraçados.

Pelo exposto, voto no sentido de que se mantenha o entendimento da SEP, devendo a Mendesprev considerar-se impedida de participar eleição do representante dos preferencialistas no Conselho Fiscal da Mendes Júnior Engenharia S.A..

Ao ensejo, vale enfatizar que, caso a companhia não siga o entendimento da CVM ora manifesto, caberá à área técnica da Autarquia adotar as providências que julgar cabíveis no sentido de apurar-se os eventuais ilícitos cometidos, por força do disposto na Deliberação CVM nº 457/2002.

É como voto.

Rio de Janeiro, 13 de maio de 2003

WLADIMIR CASTELO BRANCO CASTRO

Diretor-Relator