

**ASSUNTO: RECURSOS DE DECISÃO DA SEP**

**INTERESSADOS: TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A**

**TELFÔNICA DATA BRASIL HOLDING S/A**

**RELATOR: DIRETOR WLADIMIR CASTELO BRANCO CASTRO**

#### RELATÓRIO

Trata-se, no presente, da apreciação de Recursos interpostos pelas empresas Telecomunicações de São Paulo S/A e Telefônica Data Brasil Holding S/A, de idêntico teor, em face da comunicação da Superintendência de Relações com Empresas de que as aludidas companhias não teriam, nas AGO's realizadas em 27.03.03, observado o disposto na alínea *b* do parágrafo 4º do art. 161 da Lei 6.404/76, que estabelece:

*"Art. 161. Omissis...*

*(...)*

*§ 4º Na constituição do conselho fiscal serão observadas as seguintes normas:*

*a) os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger, em votação em separado, um membro e respectivo suplente; igual direito terão os acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, dez por cento ou mais das ações com direito a voto;*

***b) ressalvado o disposto na alínea anterior, os demais acionistas com direito a voto poderão eleger os membros efetivos e suplentes que, em qualquer caso, serão em número igual ao dos eleitos nos termos da alínea "a", mais um.***

No entendimento da SEP, essas companhias, nos respectivos conclaves, elegeram para compor seus Conselhos Fiscais 4 membros, 1 indicado pelos preferencialistas e 3 indicados pelos controladores.

Inconformadas com a manifestação da SEP, as empresas apresentaram Recursos ao Colegiado ( fls. fls. 22/25- Processo CVM RJ 2003/3716 e fls. 16/19 Processo CVM RJ 2003/3718), de idêntico teor, argumentando, em suma, o seguinte:

- a ordem do dia previa a eleição do Conselho Fiscal para o período de um ano, tendo pela ordem, participado os acionistas preferencialistas minoritários, sem a participação dos acionistas do bloco de controle, que elegeram, em separado, um conselheiro efetivo e respectivo suplente. Em seguida, pela ausência de participação relevante, em percentual mínimo exigido pela lei, entre os acionistas minoritários com direito pleno de voto, passou-se à eleição dos conselheiros fiscais pelos demais acionistas com direito de voto. Assim, através destes, foram eleitos três conselheiros fiscais e respectivos suplentes;

-assim, concluída a ordem do dia, resultaram eleitos quatro conselheiros e respectivos suplentes, sendo um eleito pelos minoritários preferencialistas, votando em separado, e três sufragados pelos acionistas ordinários;

-a composição do Conselho Fiscal, pela eleição de quatro integrantes, na forma realizada, coaduna-se no limite legal estabelecido, de três a cinco componentes, e atende a previsão da lei em conceder representação, neste órgão dos acionistas preferencialistas;

-por outro lado, a Recorrente não vê o Conselho Fiscal como um órgão onde sua função possa depender do número de integrantes;

-assim, a interpretação literal de que, no caso, não seria possível aos demais acionistas com direito de voto eleger três conselheiros desatende os princípios da lei do anonimato (lei 6404/76, § 4º do artigo 161) e não pode ser considerada adequada. A interpretação correta, a nosso ver, seria de o número dos demais eleitos, acrescido de um, no mínimo, respeitando-se, evidentemente, o limite do "caput" do artigo referido. Não sendo assim, admitir-se-ia o absurdo de um conselheiro, quando ausente a representação dos demais;

-note-se, ainda, pela sua relevância que o novo Código Civil estabelece apenas o mínimo de participantes, deixando em aberto o limite máximo, na vontade plena dos sócios (art. 1066);

-ao se exigir a diminuição do número de conselheiros, em hipótese admitida para argumentação, como no caso, estar-se-ia simplesmente diminuindo fiscalização dos administradores, e

-a companhia, em exercícios anteriores, sempre procedeu da forma como encaminhou a eleição na presente assembléia, sem nunca ter recebido, da parte dos acionistas, qualquer observação" (fls. 18 e 19, 12 e 13 dos Processos 3716 e 3718, respectivamente).

Na apreciação dos Recursos, a SEP manifestou-se da seguinte forma (fls. 27/28- Processo CVM RJ 2003/3716 e fls. 21/22 Processo CVM RJ 2003/3718):

*"O supra citado dispositivo legal prevê a preponderância dos acionistas controladores sobre os acionistas preferencialistas e minoritários ordinários. Todavia, essa preponderância está restrita a mais 1 (um) membro, como expresso na lei, e não em no mínimo mais 1 (um), conforme afirmam as companhias..*

*O §1º do artigo 161 da referida norma legal define para composição do Conselho Fiscal um mínimo de 3 e máximo de 5 membros. Não há restrição, portanto, para um órgão composto por 4 membros. Em nosso entendimento, isso se daria na hipótese de não haver eleição por parte de acionistas preferenciais e minoritários. Nesse caso os demais acionistas poderiam eleger o número de conselheiros que melhor lhes apossesse, dentro do limite de três a cinco membros.*

*No caso em tela, entendemos não ser possível esse tipo de constituição, visto que o acionista controlador deve eleger número igual ao do acionista preferencialista, mais 1 (um) membro, perfazendo 2 conselheiros por sua indicação e totalizando 3 membros no Conselho Fiscal.*

*Os acionistas detentores de ações preferenciais elegeram 1 (um) membro e os detentores de ações ordinárias minoritários, presentes à assembléia, não atingiram o percentual exigido na legislação para a eleição do outro membro. Apesar do direito ter sido concedido pelas companhias, em nosso entendimento, não deveriam os acionistas controladores eleger mais 3 (três) conselheiros em vez de 2 (dois), como*

previsto no artigo 161, § 4º da Lei nº 6404/76."

É o Relatório.

## VOTO

Reconheço, desde logo, que a letra do dispositivo legal em questão dá-nos nítida impressão de que não se admite, em nosso sistema, conselho fiscal de sociedade anônima composto por um número de representantes do controlador excedente em *mais de uma* cadeira ao número de representantes dos minoritários (preferencialistas ou ordinaristas).

Observo, contudo, que a doutrina especializada parece ter, como melhor exegese do artigo 161 da Lei 6404/76, aquela que vislumbra nesse dispositivo a precípua finalidade de garantir, no Conselho Fiscal, a efetiva representação da minoria, preservado o princípio majoritário.

A esse respeito sustenta o jurista Modesto Carvalhosa : " *...a norma imperativa que flexivelmente disciplina a matéria, exatamente para possibilitar a representação plena e suficiente tanto dos minoritários (votantes e não votantes) como, majoritariamente, dos controladores*"<sup>(1)</sup>.

Destaco também a opinião de José Washington Coelho: " *a fórmula para a ...constituição (do Conselho Fiscal) assegura sempre a presença das minorias, com representação minoritária (na hipótese de existir ações preferenciais sem direito a voto e com 10% ou mais de ações com direito a voto), o Conselho Fiscal será constituído de, pelo menos, cinco membros e, neste caso, três deles serão eleitos pela maioria – art. 161, § 4º*"<sup>(2)</sup> (grifei).

Segundo Sérgio Marques da Cruz, " *esta é, aliás a exegese que melhor explica a própria existência da letra b do § 4º, cujo teor revela a preocupação do legislador de salvaguardar o princípio majoritário, sem prejudicar a proteção do direito das minorias, atualmente bem reforçado*"<sup>(3)</sup>.

Já Waldírio Bulgarelli sustenta a possibilidade de se assegurar a qualquer grupo minoritário com mais de 10% das ações o direito de indicar seu conselheiro fiscal, relativizando, dessa forma - e a exemplo de outros doutrinadores aqui citados - o limite máximo de 5 membros do Conselho Fiscal à necessidade de representação minoritária e majoritária plenas.

Nesse sentido, o renomado professor leciona que " *tal exigência legal (a representação de grupo minoritário com 10% de ações com direito a voto) obriga-nos, como já dissemos, a uma exegese teleológica do § 1º do art. 161, vez que o número de conselheiros fiscais não seria, no máximo, de 5, mas de tantos quantos necessários a assegurar aos grupos minoritários o direito de representação, sem que os grupos majoritários ficassem reduzidos a um percentual participante inferior*"<sup>(4)</sup>.

Por fim, leio em Alfredo Lamy e José Luiz Bulhões Pedreira:

"*Cabe ressaltar que a Lei acentuou o caráter colegiado do funcionamento do Conselho, impondo a prevalência, na sua constituição, do princípio majoritário. É o que se lê no disposto no § 4º, alínea b), do artigo 161:*

*'b) – ressalvado o disposto na alínea anterior' (que trata dos representantes dos preferenciais e da minoria) os demais acionistas com direito de voto poderão eleger os membros efetivos e suplentes que, em qualquer caso, serão em número igual aos eleitos nos termos da alínea 'a' mais um'.*

*Como se vê, a Lei introduziu norma inexistente na lei anterior para assegurar a observância do princípio majoritário, fazendo com que a maioria – como é da essência das companhias – tivesse a palavra final.*

*Mas a Lei não tolheu, por via da composição majoritária do Conselho, a ação do Conselheiro eleito pela minoria, e expressamente ressalvou no § 2º do citado artigo 163:*

*'§ 2º - O Conselho Fiscal, a pedido de qualquer de seus membros, solicitará aos órgãos de administração esclarecimentos ou informações, assim como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais'*"<sup>(5)</sup>.

Com efeito, entendo que o objetivo do legislador, quando estabeleceu que os representantes do controlador no Conselho Fiscal "em qualquer caso, serão em número igual aos eleitos nos termos da alínea 'a', mais um" (grifei) foi indicar que, mesmo naquele órgão não deliberativo, o princípio majoritário deve prevalecer.

Tanto é esse o *espírito da lei* que o parágrafo 5º do art. 161 proposto no anteprojeto original da Lei 10.303/2001, o qual abolia o princípio majoritário no Conselho Fiscal, foi vetado sob a razão de que " *a proposta cria a possibilidade de ditadura da minoria*"<sup>(6)</sup>.

Neste sentido, a mim parece que, garantidos o direito de representação dos minoritários e a maioria dos controladores, o parágrafo 4º do art. 161 da Lei das S/A restará obedecido.

De outra forma, se entendêssemos como absoluto o mandamento que indica ser a maioria do controlador no conselho fiscal limitada a uma cadeira, teríamos problemas em conciliar tal regra com a do parágrafo 1º do mesmo artigo, que estabelece que " *o Conselho Fiscal será composto de, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros...*".

É que, no caso de haver indicação de representantes de minoritários, a ter-se como absoluta a regra do parágrafo 4º do art. 161, o número de 4 membros, previsto no parágrafo 1º, jamais seria atingido: se houvesse apenas uma indicação minoritária, o total de membros seria de 3; se fossem duas as indicações minoritárias, o total de membros seria de 5.

Indo além, considerada a hipótese de não haver indicação de representantes dos minoritários – e sendo indiscutível o direito dos controladores de, ainda assim, optarem por instalar um Conselho Fiscal - este, em atendimento ao disposto no mencionado parágrafo 1º, deveria ter um mínimo de 3 membros. Seriam, então, 3 a *mais* do que o número de representantes dos minoritários, e o parágrafo 4º restaria desobedecido em sua interpretação literal.

Outrossim, na mesma situação de não haver indicações dos minoritários, para atender *rigorosamente* ao disposto no citado parágrafo 4º, mister seria a constituição de um Conselho Fiscal com apenas 1 membro e, aí, teríamos configurada uma infração ao parágrafo 1º do art. 161 da Lei Societária.

Fica, então, a questão: *em seus sentidos literais*, qual das duas normas deve *preponderar*?<sup>(7)</sup>

Ao ensejo, entendo que o mérito da competência, o peso das atribuições, e mesmo o tratamento legal que é dado ao Conselho Fiscal indica ser mister sua composição coletiva. Assim, um Conselho composto por apenas um membro não estaria em consonância com sua natureza e previsão legal, a qual sempre toma o Conselho Fiscal como um órgão coletivo.

Por outro lado, um Conselho Fiscal com representantes do controlador em número excedente em mais de 1 ao dos representantes dos minoritários, não necessariamente impediria a representação da minoria, ao tempo em que preservaria a supremacia da maioria. Uma leitura do parágrafo 4º do art. 161 nesse sentido se coaduna com os objetivos da norma, portanto.

Considerados esses aspectos, voto - no mesmo sentido do decidido, por maioria, em relação a casos similares julgados na Reunião do Colegiado do dia 26.05.2003 - pela reforma da decisão da SEP, por entender que a composição do conselho fiscal das recorrentes não caracteriza, à luz das informações contidas nos autos, infração a norma tutelada pela CVM.

Rio de Janeiro, 10 de junho de 2003

Wladimir Castelo Branco Castro

Diretor Relator

[\(1\)](#) Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Saraiva, 2ª ed., 1998, Rio de Janeiro, 3º vol., p.p. 373 e 374.

[\(2\)](#) José Washington Coelho, in Waldírio Bulgarelli., *O Conselho Fiscal Nas Companhias Brasileiras*, 1987, São Paulo, p. 97 e também em Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, , 1ª ed , Rio de Janeiro, Forense Universitária., 1996, p.504 e 505.

[\(3\)](#) Sergio Marques da Cruz, in Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, Forense Universitária, 1ª ed., 1999, Rio de Janeiro, p. 505.

[\(4\)](#) Waldírio Bulgarelli, *O Conselho Fiscal Nas Companhias Brasileiras*, 1987, Dissertação de Concurso para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 98.

[\(5\)](#) Alfredo Lamy e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, Vol. II, Parte III – Pareceres, 2ª. Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p.453..

[\(6\)](#) Juarez de Oliveira, *Sociedades Anônimas*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1ª. Ed. 2002, p.78-79.

[\(7\)](#) Tal *preponderância*, é claro, não indica a supremacia de uma dispositivo sobre o outro - já que ambos têm o mesmo *status* e compõem um mesmo sistema normativo - funcionando, outrossim, como elemento de hermenêutica.