

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

<sup>(1)</sup> Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Saraiva, 2ª ed., 1998, Rio de Janeiro, 3º vol., p.p. 373 e 374.

<sup>(2)</sup> 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.

<sup>(3)</sup> 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.

<sup>(4)</sup> 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.

<sup>(5)</sup> 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..

<sup>(6)</sup> Juarez de Oliveira, *Sociedades Anônimas*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1ª. Ed. 2002, p.78-79.

<sup>(7)</sup> 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.