

**Assunto:** Recurso de Cremer S.A, contra decisão da SEP relativa a eleição em separado para conselho fiscal, realizado na AGO 29.04.03, que não atendeu o Parecer de Orientação 19/90

**Interessados:** Cremer S.A

**Relator:** Luiz Antonio de Sampaio Campos

Senhores Membros do Colegiado,

#### RELATÓRIO

1. A SEP assim descreve os fatos no presente processo: "No âmbito do **Processo CVM RJ2002/3922**, foi analisada a reclamação do Fundo Bradesco Templeton de Valor e Liquidez – Fundo de Investimento em Ações, recebida na CVM em 27.05.03 (fls. 11/73), em decorrência de sua inconformidade com a eleição de conselheiro fiscal por acionistas preferencialistas na AGO/E da Cremer S. A., de 29.04.03 (fls. 58/63), nos termos do MEMO/CVM/SEP/GEA-3/189/03, de 03.09.03 (fls. 74/79).
2. Foi, então, enviado à Cremer o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/350/03, de 10.09.03, (fls. 80/82), informando entendimento da SEP no sentido de que restou comprovado que na eleição em separado para o conselho fiscal, realizada na AGO/E de 29.04.03 (fls. 58/63), não se atendeu à orientação contida no Parecer de Orientação CVM 19/90, em eventual infração ao disposto no art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei 6.404/76, tendo em vista que:
  - a. segundo informado nas IAN de 31.12.02 da Cremer S.A., a JR Fagundes participa do capital daquela companhia com 0,45% das ações ordinárias e 27,67% das preferenciais, não sendo controladora nem fazendo parte de acordo de acionistas da companhia;
  - b. não obstante, em resposta ao OFÍCIO/SEP/GEA-3/220/03, foi informado pela Cremer, e corroborado pela JR Fagundes, que esta foi contratada pelos controladores daquela para sua gestão empresarial;
  - c. o Sr. José Roberto Rohnelt Fagundes, atual diretor-presidente e de relações com investidores da Cremer S.A., é o principal quotista da JR Fagundes, sendo ainda seu sócio-administrador;
  - d. os Srs. Luis Claudio Pinheiro, e Antonio Aparecido Gomes, diretores da Cremer S.A., também são sócios da JR Fagundes; e
  - e. essas condições, tomadas em conjunto, a nosso ver, deveriam impedir que a JR Fagundes participasse da eleição em separado para o conselho fiscal, nos termos do §4º, alínea "a", do art. 161 da Lei 6.404/76, uma vez que não se insere no conceito de minoria que a lei buscou proteger, conforme explicado no Parecer de Orientação CVM 19, de 09.05.90.

#### Recurso da Cremer

3. Em 24.09.03, a Cremer apresentou recurso contra o entendimento manifestado no Ofício/CVM/SEP/GEA-3/350/03, de 10.09.03, (fls. 80/82), o que originou a abertura do presente **Processo CVM RJ2003/10954**, com as seguintes principais alegações, em resumo (fls. 01/06):
  - a) a reclamação oferecida pelo Fundo é, lamentavelmente, mero desdobramento de litígio, especialmente no momento em que os controladores e a J. R. Fagundes se preparam para capitalizar a Cremer, conforme amplamente divulgado em nota de fato relevante;
  - b) em sua reclamação, o Fundo sustentou, em síntese, que o Diretor Presidente da Cremer, José Roberto Röhnelt Fagundes, através da J. R. Fagundes, apresentou chapa para a vaga de preferencialistas, e a eleição desta fere o espírito do § 4º do art. 161 da Lei 6.404/76;
  - c) a SEP decidiu, por sua vez, que a J. R. Fagundes não poderia ter participado da eleição para conselho fiscal, não se inserindo no conceito de minoria, já que:
    - i. a J. R. Fagundes foi contratada pelos controladores para a gestão empresarial da Cremer;
    - ii. o Sr. J. R. Fagundes, atual diretor presidente e de relações com investidores da Cremer, é o principal quotista da J. R. Fagundes; e
    - iii. os Srs. Luis Cláudio Pinheiro, e Antônio Aparecido Gomes, diretores da Cremer, também são sócios da J. R. Fagundes;
  - d) o Parecer de Orientação CVM 19/90, no qual fundamenta-se a decisão ora recorrida, ao interpretar a letra "a" do § 4º do art. 161 da Lei 6.404/76, asseverou expressamente que é vedado aos controladores, ainda que portadores de ações preferenciais, participar da eleição em separado;
  - e) a JR Fagundes participa do capital daquela companhia com 0,45% das ações ordinárias e 27,67% das preferenciais, não sendo controladora nem fazendo parte de acordo de acionistas da companhia, e não tendo jamais exercido o controle da Cremer;
  - f) todos os administradores são eleitos exclusivamente pelos integrantes das famílias Schmidt e Fouquet, que controlam a Cremer desde a sua fundação;
  - g) a J. R. Fagundes é mera empresa de gestão empresarial, contratada pelos controladores para prestar serviços à Cremer;
  - h) esse contrato, rescindível a qualquer tempo, bem demonstra a natureza jurídica que a J. R. Fagundes mantém com a Cremer;
  - i) a decisão ora recorrida ampliou o que a lei restringiu;
  - j) conferir natureza de controlador à J. R. Fagundes, unicamente pelo fato de que seus sócios compõem a diretoria da Cremer, é decidir *contra legem*, ou seja, em desacordo com o ordenamento jurídico vigente;
  - k) o Parecer de Orientação CVM 19/90 não sugere que administradores ou gestores possam ser qualificados como controladores;
  - l) a Exposição Justificativa do anteprojeto que veio a se converter na Lei 6.404/76 aponta, como um dos motivos para a alteração do sistema de escolha dos membros do conselho fiscal, o fato de que, na maioria das companhias, todos os membros do conselho fiscal

eram eleitos pelos mesmos acionistas que escolhiam os administradores;

m) essa não é a situação da Cremer, pois os sócios da J. R. Fagundes não integram o Conselho de Administração da companhia, e os diretores dependem da boa vontade dos controladores Schmidt e Fouquet;

n) é equivocada a expressão "minoría", que, segundo a decisão recorrida, seria alvo de proteção legal;

o) a lei objetiva proteger os não controladores, sejam estes detentores de ações ordinárias, ou sejam estes detentores de ações preferenciais, independentemente da quantidade de ações de sua titularidade, no caso de preferencialistas;

p) conforme o Parecer CVM/SJU/77/83, quem não pode participar da eleição para conselho fiscal são os detentores do controle, e "o acionista prejudicado, quando da eleição de seu representante no conselho fiscal, poderá pleitear, em juízo, a declaração de nulidade da referida eleição, bem como reparação por perdas e danos eventualmente cabíveis.";

q) o Fundo inverte os fatos e o ônus da prova: se toda a fundamentação por ele apresentada está apoiada no impedimento do exercício de voto dos controladores, caberia a ele provar circunstancialmente, nesta reclamação, que a J. R. Fagundes integra o grupo de controle da Cremer;

r) o Fundo lança acusações sem base fática e destituída de prova, esperando que a CVM acolha seus pleitos com base na não comprovação pela Cremer que a J. R. Fagundes não integra o grupo de controle, numa total inversão do ônus da prova;

s) sendo a J. R. Fagundes detentora de ações preferenciais e não integrando o grupo controlador, a eleição da chapa por ela indicada é regular;

t) não se pode tolher os acionistas de votar, não cabendo ao presidente da AGO, nem aos controladores, julgar se algum titular de ações preferenciais pode votar ou não;

u) se os candidatos foram regularmente apresentados, não podiam o presidente ou os acionistas ordinários interferir na votação em separado dos acionistas preferencialistas;

v) fosse inadmitida a chapa da F. R. Fagundes à eleição, por ação do presidente ou dos controladores, nada impedia, teoricamente, que a J. R. Fagundes estivesse hoje, ao invés do Fundo, apresentando reclamação à CVM;

w) ao contrário do afirmado pelo Fundo, de que há uma tática para afastar as legítimas minorias do conselho fiscal (item 5), as minorias sempre tiveram o direito de participar desse conselho;

x) exemplo é a eleição do Conselheiro Jorge Michel Lepeltier para a vaga dos acionistas ordinários minoritários;

y) é divorciada da realidade a afirmativa de que o Fundo fora privado de eleger seu representante no conselho na AGO de 2002 (Processo CVM RJ2002/3922), pois, como já decidido em última instância pela CVM, por votação unânime do Colegiado, não houve nenhuma irregularidade na formação do quadro de conselheiros fiscais;

z) a irregularidade estava no fato de que o ora reclamante compareceu à AGO de 2002 sem poderes suficientes para indicar candidato ao conselho fiscal, o que foi reconhecido de forma plena pela CVM;

aa) o Fundo já elegeu, em exercício anterior, o representante dos preferencialistas para o conselho fiscal da companhia;

bb) é lamentável a afirmativa do Fundo de que o conselheiro eleito pelos preferencialistas, o engenheiro Orlando Gomes, pessoa respeitada na comunidade blumenauense, por seu passado íntegro como cidadão e como profissional, seja degradado, de forma irresponsável e leviana pelo Fundo, à mera condição de "preposto" do diretor presidente, pessoa com a qual não tem nenhuma relação pessoal ou profissional; e

cc) o Sr. Orlando Gomes é professor da universidade local e goza de prestígio profissional entre seus pares, tendo participado de vários conselhos fiscais de companhias abertas, como é do conhecimento da CVM, justamente em razão de seus predicados pessoais, nunca tendo se submetido para ocupar posições subalternas.

#### **Manifestação da J. R. Fagundes**

4. Em 25.09.03, considerando que a reclamação foi também em face da J. R. Fagundes, esta manifestou sua discordância do entendimento da SEP, pelas seguintes principais razões (fls. 06/16):

a) as conclusões da SEP foram equivocadas e sem observância de disposições legais específicas contidas na Lei 6.404/76, em especial no seu art. 116;

b) também é equivocada a conclusão de que a participação da J. R. Fagundes na eleição apartada para o conselho fiscal não estaria em conformidade com o disposto no Parecer de Orientação CVM 19/90, vez que aquela não estaria incluída no conceito de minoria;

c) o Parecer de Orientação CVM 19/90 fundamenta suas disposições na existência ou não de controle, portanto, não participando a J. R. Fagundes do controle, perfeitamente cabível sua participação na eleição apartada para o conselho fiscal;

d) a J. R. Fagundes objetiva a prestação de serviços de gestão e consultoria empresarial, em especial, para a definição de estratégias de administração e condução de negócios de empresas;

e) em 1997, foi convidada a assumir a gestão da Cremer, que, à época, encontrava-se em sérias dificuldades financeiras, originadas, principalmente, em deficiências organizacionais, sobretudo, na área comercial;

f) a J. R. Fagundes, ao longo desses 6 anos de atuação na recuperação da Cremer, vem obtendo sucesso nas estratégias implantadas, já tendo sido finalizado o plano de recuperação operacional, e estando em adiantado estágio negocial o plano de reestruturação de capital, conforme Fato Relevante de 09.05.03 (fls. 85/87), noticiando o interesse da Merrill Lynch Global Partners em promover a capitalização da Cremer;

g) no curso da implantação do plano de recuperação, a J. R. Fagundes, por exigência de credores externos e debenturistas, que exigiram que se aportasse capital e demonstrasse confiança na recuperação da Cremer, teria passado a investir na Companhia, divulgando a todos os acionistas que tinha interesse na aquisição de ações de emissão da Cremer;

- h) a partir de então, foram realizadas diversas apresentações no plano estratégico de recuperação, onde ficou claro que a J. R. Fagundes tinha intenção de investir na Cremer;
- i) tanto o plano de recuperação, como o fato de a J. R. Fagundes ser acionista da Cremer, foram amplamente divulgados, com apresentações realizadas nas ABAMEC de São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre, e Brasília, na BOVESPA, e na BVRJ, sobre as estratégias traçadas para recuperação da empresa, cujas atas foram remetidas para a CVM;
- j) o Fundo esteve presente nas reuniões de acionistas em que foram tratadas questões atinentes à recuperação da Cremer, e à participação da J. R. Fagundes no capital da companhia, tendo sido encaminhada ao Fundo cópia do *Business-Plan 2000/2007*
- k) portanto, não ocorreu qualquer privação de informação de informação aos acionistas, em especial ao Fundo, que tinha conhecimento da estratégia de recuperação, e de que a J. R. Fagundes estaria investindo na Cremer;
- l) resta, portanto, demonstrado que inverídica e leviana a afirmação feita na exordial da reclamação de que o mercado, a CVM, e o Fundo, não conheciam a participação acionária da J. R. Fagundes na Cremer;
- m) nas IAN de 31.12.02 da Cremer S.A., constam o montante de ações detidas pela J. R. Fagundes na companhia (fl. 88);
- n) os investimentos da J. R. Fagundes na Cremer foram direcionados, na sua maioria, para ações preferenciais, porque nunca teria existido o objetivo de participação no bloco de controle, assumindo a J. R. Fagundes a condição de maior preferencialista da Cremer;
- o) o relacionamento da J. R. Fagundes com a Cremer é contratual, em razão da natureza e especialidade dos serviços prestados;
- p) os contratos de prestação de serviços em gestão formalizados se caracterizam por abranger remuneração de risco e pela possibilidade de rescisão no caso de insatisfação dos controladores da Cremer com os resultados apresentados;
- q) tal circunstância não ensejaria a impossibilidade de que a J. R. Fagundes exerça seus direitos de acionista, dentre eles, o de indicar conselheiro fiscal eleito pelos preferencialistas;
- r) a condição que viabiliza a participação da J. R. Fagundes na eleição apartada para o conselho fiscal é a não participação no bloco de controle da Cremer;
- s) a J. R. Fagundes, detentora de 63.883.676 ações preferenciais e 6.665.774 ações ordinárias da Cremer, considerando a totalidade de 513 milhões de ações, não é controladora e não formalizou acordo com qualquer grupo de acionistas da Companhia;
- t) a J. R. Fagundes não orienta o funcionamento dos órgãos estatutários da Cremer;
- u) a Cremer é controlada unicamente pelas famílias Schmidt e Fouquet desde a sua fundação, que elegem todos os administradores da Companhia;
- v) o fato de a J. R. Fagundes ter indicado alguns dos diretores da Cremer, indicação que foi acatada e efetivada pelo Conselho de Administração da companhia, não altera a sua condição de não participante do bloco de controle;
- w) os cargos de diretoria são funções executivas que não se confundem com o controle e a administração da Cremer, reservada aos acionistas controladores e externada através do conselho de administração;
- x) a condição da J. R. Fagundes de maior acionista preferencialista da Cremer, e a sua não participação no bloco de controle da Companhia, são os únicos fatos identificados e provados nos autos;
- y) o Fundo adotou a estratégia de tentar criar embaraços à Administração da Cremer, sobretudo, após os controladores da Companhia terem rejeitado oferta de venda da participação do Fundo na Cremer;
- z) a reclamação procedida é uma tentativa do Fundo de artificializar condição mais positiva para a venda de sua participação acionária na Cremer;
- aa) nas reclamações propostas pelo Fundo existe apenas a alegação infundada de irregularidades, deixando de indicar qualquer fato que pudesse caracterizar irregularidade;
- bb) após deliberação sobre os itens da ordem do dia na AGO, foi requerida instalação do conselho fiscal, oportunidade em que o presidente da assembléia concedeu breve espaço de tempo para que os acionistas apresentassem os indicados para os cargos de conselheiros fiscais e respectivos suplentes;
- cc) foi, então, procedida a eleição apartada para vaga de conselheiro destinada aos acionistas com mais de 10% das ações com direito a voto, tendo sido acatada a indicação feita pelas empresas componentes do Grupo Bradesco;
- dd) logo após, foram apresentadas as indicações de conselheiro fiscal e suplente, em eleição apartada, para a vaga destinada aos acionistas preferencialistas;
- ee) foi acolhida a indicação feita pela J. R. Fagundes, em razão da condição de maior acionista preferencialista; e
- ff) caso não fosse admitida a indicação da J. R. Fagundes teria havido irregularidade, por interferência indevida no processo de eleição do conselho fiscal, reservada à classe de acionistas preferencialistas.

### Entendimento GEA-3

5. Em complemento ao disposto no MEMO/SEP/GEA-3/189/03, de 03.09.03 (fls. 74/79), que culminou com a manifestação do entendimento contido no OFÍCIO/SEP/GEA-3/350/03, de 10.09.03 (fls. 80/82), e considerando as manifestações da Cremer e da J. R. Fagundes, e o disposto no Parecer de Orientação CVM 19/90, temos as seguintes considerações a fazer:
- depreende-se do art. 116 da Lei 6.404/76, que o controlador é aquele que exerce o poder de controle, por meio do prevailecimento de seu voto, impondo a sua vontade nos atos sociais e dirigindo a companhia;
  - conseqüentemente, o controle societário é o poder de direção das atividades sociais;
  - mas o exercício do controle só é legítimo enquanto respeita e atende lealmente aos interesses dos acionistas minoritários;

- d. em princípio, a J. R. Fagundes não deveria ser necessariamente classificada como parte integrante do grupo controlador da Cremer, nos termos do disposto no art. 116 da Lei 6.404/76, somente por ter celebrado um contrato de gestão com a Companhia;
  - e. entretanto, o poder de domínio efetivo sobre a companhia pode não decorrer do exercício do voto, mas da celebração de contrato, valendo-se dos votos do grupo controlador para exercer a gestão da companhia;
  - f. por outro lado, a exegese do § 4º do art. 161 da Lei 6.404/76 impõe considerar que o escopo da norma em questão é conferir à **minoría** acionária voz ativa na administração da companhia, assim como a possibilidade de controlar e fiscalizar a gestão de seus negócios, por meio de representante eleito para o conselho fiscal, já que o controle ou fiscalização individual de tais atos, diretamente, pelos acionistas, seria inviável; e
  - g. assim, se as prerrogativas contidas na norma supramencionada forem exercidas, de forma prevalecente, por acionista cujos interesses estão de tal forma atrelados aos da própria companhia, e, por via oblíqua, ao seu acionista controlador, nenhuma eficácia prática resultaria para os acionistas minoritários, inferindo-se que os representantes nomeados pelo voto desse acionista minoritário não exerceriam suas funções de molde a atender plenamente à finalidade prevista na lei, estando os demais acionistas, nesta hipótese, impedidos de exercer sua prerrogativa essencial de fiscalizar, *ex vi* do art. 109 da Lei 6.404/76.
6. Manifestaram pela manutenção do entendimento recorrido, pelo que encaminhamos o presente processo a essa Superintendência Geral para conhecimento, sugerindo o posterior envio ao Colegiado, nos termos da Deliberação CVM 463/03."

#### VOTO

- 7. A meu ver assiste razão à área técnica da CVM.
- 8. Com efeito, existe uma relação de tal modo intrincada entre os controladores e a J.R. Fagundes, notadamente através do contrato de gestão que entre eles foi celebrado, que, a meu sentir, faz com que a J.R. Fagundes não só administre mas inclusive faça parte do grupo controlador, conforme os detalhes expostos no relatório.
- 9. Assim, caso se permitisse que as ações detidas pela J.R. Fagundes fossem consideradas para efeito de apuração do assento que cabe à minoría (ordinária ou preferencial, tanto faz) no conselho fiscal, seria, segundo penso, uma indevida obstrução à representação da minoría no Conselho Fiscal.
- 10. Ressalvo, contudo, que nada obsta que, caso a J.R. Fagundes deixe de exercer a administração e o controle de fato e de direito da companhia, conforme o contrato acima mencionado, poderá ela tornar-se acionista minoritária, com todos os consectários legais, e terá livremente o direito de votar nos assentos do conselho fiscal reservados aos acionistas não controladores.
- 11. Nesse sentido, nego provimento ao recurso interposto, para manter a decisão da área técnica.

É como voto.

Rio de Janeiro, 11 de novembro de 2003.

Luiz Antonio de Sampaio Campos

Diretor-Relator