

Manifestação de Voto do Presidente Luiz Leonardo Cantidiano

Trata-se de pedido formulado pelo Sr. Marcelo Antônio Gonçalves Souza, conselheiro fiscal da Companhia Força e Luz Cataguazes-Leopoldina, objetivando, em síntese, que esta Autarquia profira decisão no sentido de proibir a distribuição de dividendos intermediários aprovados na reunião do Conselho de Administração, ocorrida em 29 de março do corrente ano, pelo menos até a conclusão final da análise da Comissão de Valores Mobiliários sobre a licitude das demonstrações financeiras referentes ao exercício social findo em 31 de dezembro de 2003.

Inicialmente, não obstante os respeitáveis argumentos contidos no voto da I. Diretora Dra. Norma Jonssen Parente, ousou deles discordar, consoante os fundamentos a seguir demonstrados.

Com efeito, uma das decorrências da caracterização de um Estado como Estado de Direito encontra-se no princípio da legalidade que informa as atividades da Administração Pública e constitui a diretriz básica da conduta dos agentes administrativos. O princípio da legalidade implica, portanto, subordinação completa do administrador à lei.⁽¹⁾

Conforme ensina o professor José dos Santos Carvalho Filho, é extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na realidade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão, portanto, apresenta-se inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude.⁽²⁾

Assim, sendo a competência o círculo definido por lei dentro do qual os agentes podem exercer legitimamente sua atividade, tem-se que a mesma deve se originar de norma expressa. Enquanto no direito privado a presunção milita em favor da capacidade, no direito público a regra se inverte, não havendo presunção de competência administrativa.

Por conseguinte, a utilização do poder deve guardar conformidade com o que a lei dispuser, sob pena de configuração de abuso (excesso de poder), na medida em que o agente administrativo arrogar o exercício de atividades que a lei não lhe conferiu.

Nessa linha, cabe transcrever as lúcidas palavras do insigne jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, que ensina:

"Todo excesso, toda demasia, não aproveitam a ninguém e acarretariam um desnecessário e incompreensível agravamento ou limitação da esfera de liberdade dos cidadãos ou das pessoas jurídicas, o que, evidentemente, sobre ilógico, ante a própria índole das competências, seria inaceitável no Estado de Direito, cujo projeto é o de contenção do poder, não o de liberação dele."⁽³⁾

Além disso, não se pode olvidar que a regra inserta no inciso IV do § 1º do art. 9º da Lei nº 6.385/76, constitui norma jurídica instituidora de competências hábeis a restringir direitos, eis que permite à Comissão de Valores Mobiliários proibir aos participantes do mercado a prática de atos que especificar. Sendo assim, a sua interpretação há que ser estrita.

Como é cediço, em regra, as normas jurídicas aplicam-se aos casos que, embora não designados pela expressão literal do texto, se encontrem compreendidos no seu espírito, na sua finalidade. No entanto, quando se trata de normas positivas que estabelecem restrições ao livre exercício dos direitos, a hermenêutica impõe que as mesmas se submetam à interpretação estrita.

Diante desses esclarecimentos, cumpre enfatizar que não se está negando vigência ao art. 45 da Lei nº 9.784/99, que prevê a possibilidade de a Administração Pública adotar medidas acauteladoras, em casos de risco iminente. Na verdade, tal dispositivo legal não tem aplicação ao caso em comento, uma vez que as mencionadas providências liminares, como parece óbvio, somente poderão ser adotadas se estiverem inseridas no âmbito de competência da entidade. A Lei do Processo Administrativo Federal não pode, assim, ser interpretada isoladamente, fazendo-se mister a análise conjugada da Lei nº 6.385/76, com os critérios de ponderação de interesses e de conformação das normas (regras e princípios) jurídicas.

Ademais, parece oportuno salientar que à Administração Pública não foi conferido o caráter substitutivo da função jurisdicional, onde o Estado exerce uma atividade substitutiva daquela exercida pelas partes e tendente à atuação concreta da vontade da lei. Percebe-se, assim, que o elemento que caracteriza a jurisdição e que a identifica e diferencia da atividade administrativa é exatamente o seu caráter substitutivo.

Neste sentido, urge transcrever os ensinamentos do professor Hélio Bastos Tornaghi, que afirma:

"Como acabou de mostrar-se, o juiz junta-se ao legislador na tarefa de assegurar a ordem jurídica (de todos) e o direito (de cada um). O legislador o faz de maneira geral e abstrata, isto é, arquitetando a norma seguível em cada gênero de casos e sem consideração das particularidades de um por um; o juiz declara o que é correto em cada caso e tem em conta as respectivas circunstâncias. Em relação ao administrador, a posição do juiz é um pouco diversa. Ele não executa a obra administrativa, mas ao contrário, afasta o administrador sempre que surge controvérsia. Se, entre dois particulares ou entre um particular e um órgão público, aparece uma discrepância, a decisão não é deixada a funcionários administrativos, mas deferida aos juizes. Várias razões aconselham a substituição, para a garantia das partes e acerto do julgamento. Convém que o Órgão encarregado de resolver os litígios:

1º - esteja vinculado à lei. Isto é, exatamente o inverso do que acontece ao administrador, cuja atividade é discricionária, guiada por critérios de oportunidade;

2º - fique livre da influência e das injunções do Poder (maiormente concentrado no Executivo e no Legislativo). Daí advém as garantias dos juizes;

3º - seja sempre um terceiro, imparcial, o que não ocorreria com a Administração nos casos em que ela é parte.

Essas as razões pelas quais, entre todos os povos, a função de julgar foi, aos poucos, separando-se do órgão administrativo, até que um novo aparelho do Estado o substituiu por completo."⁽⁴⁾

Outrossim, faz-se importante acentuar que uma vez que se entenda viável a atuação desta Autarquia na forma como está sendo requerida, restariam inócuas as disposições contidas na Lei nº 7.913/89, que estabelece que o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado.

Finalmente, face aos argumentos acima lançados, depreende-se que a norma contida no art. 9º, § 1º, IV, da Lei nº 6.385/76, sob pena de ilegalidade, deve ser cuidadosamente interpretada e aplicada com a maior precisão possível.

Não tem esta Comissão de Valores Mobiliários o poder de ingerência nas decisões sociais. Não pode ela, com fulcro no aludido dispositivo legal, impedir a prática de atos societários, substituindo-se ao administrador.

A propósito, convém citar as lições do ilustre advogado Marcelo F. Trindade:

"Na verdade, como se viu da análise dos poderes atribuídos em lei à CVM, não tem ela o poder de anular atos societários. Seja em caso de nulidade, seja de anulabilidade, seja em hipóteses de prejuízo aos acionistas minoritários, o poder da CVM, no particular, restringe-se à sanção, pela aplicação das penalidades (atualmente bastante significativas) àqueles que derem causa aos ilícitos."⁽⁵⁾

O próprio art. 201 da Lei do Anonimato, em seu parágrafo 1º, prevê, expressamente, que a distribuição de dividendos com inobservância das regras legais implica a responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo, inclusive, da ação penal que no caso couber.

Logo, se ao final da instrução a SEP concluir que as Demonstrações Financeiras da companhia não se encontram em conformidade com a legislação pertinente, caberá a esta Autarquia punir os responsáveis pela distribuição irregular de dividendos, com fundamento no art. 11 da Lei nº 6.385/76 e no aludido art. 201 da Lei nº 6.404/76.

Desta forma, infere-se que o dispositivo legal em debate não confere à Comissão de Valores Mobiliários poderes tão amplos quanto pretende o conselheiro, não sendo possível que esta Autarquia profira decisões de mérito a respeito dos atos societários, imiscuindo-se nos negócios sociais e, por conseguinte, se substituindo aos administradores.

A regra do § 1º do art. 9º objetiva, decerto, obstar que sejam prestadas, sem registro, atividades de distribuições públicas ou outros atos levados a efeito por "participantes do mercado", que não estejam em conformidade com os requisitos legais.

Por derradeiro, conclui-se que para o atendimento das finalidades precípua da Comissão de Valores Mobiliários, o ordenamento jurídico lhe confere importantes instrumentos destinados à fiscalização e à regulamentação do mercado de valores mobiliários, que permitem uma maior eficácia na aplicação das sanções e no cumprimento de seus objetivos institucionais, apresentando-se desnecessários, e até mesmo perigosos, poderes que possam alterar o mérito de decisões tomadas pela administração das sociedades, mormente quando a atuação desta Autarquia ocorre no calor dos acontecimentos.

Ante o exposto, voto pelo não acolhimento do pedido, tendo em vista que a Comissão de Valores Mobiliários, tal como explicitado, não tem competência para determinar o não pagamento de dividendos.

Rio de Janeiro, 06 de abril de 2004.

LUIZ LEONARDO CANTIDIANO

⁽¹⁾ Celso Antônio Bandeira de Mello, RDP nº 90, p. 57-58.

⁽²⁾ José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 7 ed., Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001, p. 13.

⁽³⁾ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 15 ed., Malheiros: São Paulo, 2003, p. 134.

⁽⁴⁾ Hélio Bastos Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2 ed., Revista dos Tribunais, p. 72/100.

⁽⁵⁾ Marcelo F. Trindade, *O papel da CVM e o mercado de capitais no Brasil*, in *Fusões e Aquisições: aspectos jurídicos e econômicos*, São Paulo, IOB, 2002, p. 324.