

Assunto: Interrupção do curso do prazo de realização de AGE

Interessados: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ

Sadia S.A.

Declaração de voto do Presidente Marcelo Fernandez Trindade

1. O §3º do art. 147 da Lei 6.404/76, introduzido pela reforma de 2001, criou duas hipóteses de inelegibilidade para o cargo de conselheiro de administração. A norma declarou inelegível, salvo por dispensa da assembléia geral, quem (i) ocupar cargos em sociedades concorrentes da companhia, em especial em conselhos consultivos, de administração e fiscais, e (ii) tiver interesse conflitante com o da sociedade.
2. Tal norma se aplica, evidentemente, a todos os conselheiros de administração, sejam eleitos por quem forem. Mas o fato é que à maioria dos acionistas presentes à assembléia geral é que compete, em regra, a eleição dos conselheiros de administração. Portanto, a referencia a uma dispensa por essa mesma assembléia somente seria necessária, na prática, nos casos em que a de eleição de conselheiro não se dá pela maioria da assembléia, mas sim por acionistas isolados (como no caso de cumulação de voto múltiplo de que trata a parte final do caput do art. 141), por acionistas não controladores em votação em separado (como nas hipóteses dos §§ 4º e 5º do art. 141) ou pelos empregados, quando couber (art. 140, parágrafo único)⁽¹⁾.
3. O § 4º do art. 147 da Lei das S.A. determinou que a CVM estabelecesse os termos de declaração a ser firmada pelos conselheiros eleitos, a fim de comprovarem o "*cumprimento das condições previstas no §3º*", isto é, a inexistência de um dos impedimentos antes referidos.
4. Quanto ao primeiro impedimento, previsto no inciso I do § 3º, consistente na ocupação de cargo em sociedade concorrente, o mandato legal da CVM era bem simples. Bastava que o eleito declarasse a inexistência de tal impedimento. Já quanto ao segundo caso, de conflito de interesses genericamente considerado, previsto no inciso II, o mandato legal impunha um grande desafio ao regulador, em tema sobre o qual a doutrina, a jurisprudência e a própria autarquia já gastaram rios de tinta.
5. A Instrução 367/02 optou, então, por estabelecer uma hipótese de presunção de ocorrência do conflito de interesse vinculada ao tema da concorrência com a companhia, isto é, ao mesmo tema referido no inciso I do mesmo artigo da lei. Tal hipótese depende da cumulação de duas condições: que o conselheiro tenha sido eleito por acionista que também tenha sido eleito conselheiro em sociedade concorrente, e que o conselheiro mantenha "*vínculo de subordinação com o acionista que o elegeu*" (§ 1º, inciso II, do art. 1º da Instrução 367/02).
6. No caso ora em exame, discute-se a legalidade de proposta da administração da Sadia de nova redação do estatuto social, para, além de ali reproduzir, em termos gerais, a Instrução CVM 367/02, estabelecer uma definição específica do "vínculo de subordinação" a que se refere o § 1º, inciso II, do art. 1º da Instrução.
7. Segundo a redação proposta, esse vínculo de subordinação, que faria incidir a presunção de impedimento, ocorreria sempre que o conselheiro indicado não fosse independente do acionista que o elegeu — quando tal acionista elegeu conselheiro de concorrente da Companhia.
8. Chamou a atenção da SEP o fato de que esse conceito de subordinação fosse fixado com grande amplitude pela norma proposta, incluindo pessoas que tenham sido empregadas do acionista nos últimos três anos. Realmente é um longo período de desincompatibilização, por assim dizer. A mim, chama-me mais atenção que a vinculação alcance, na proposta, não apenas pessoa vinculada ao acionista, mas também a seu patrocinador, em caso de entidades fechadas de previdência, sem maiores indagações sobre a organização política da entidade, o número de patrocinadores, e a preponderância de tais patrocinadores, ou seus representantes, nas decisões da entidade.
9. Contudo, essa estranheza ou desconforto não é suficiente para convencer-me de estar diante de ilegalidade, caso em que competiria à CVM impedir que ela fosse consumada — quando se tratasse de constituição de companhia por subscrição pública (art. 82, § 2º) e assemelhados (art. 170, § 6º e Processo Brasil Agro) —, ou sobre ela se manifestar (art. 124, § 5º).
10. Como disse antes, as eleições em que se estabeleça o debate sobre a incidência da Instrução 367/02 serão, quase sempre, de conselheiro eleito pelos acionistas minoritários. A eleição de tais conselheiros é indisputadamente uma forma de fiscalizar os negócios sociais. E o art. 109 da Lei das S.A. inclui entre os direitos dos acionistas que não podem ser afastados pelo estatuto (isto é, pela assembléia geral) o de fiscalizar os negócios sociais, pelos meios assegurados pela lei (inciso III).
11. Contudo, para que a estranheza da SEP, e também a minha, se transformasse em convicção de ilegalidade, seria preciso que a redação proposta pela Sadia impedisse, de fato, o exercício do poder de fiscalização consistente na eleição de conselheiro.
12. A meu ver, e nesse exame perfunctório a que a lei nos obriga, isto não ocorre com a redação proposta, que apesar de restritiva, deixa ampla margem para a indicação de pessoas capazes que, concomitantemente, preencham o requisito de independência estabelecido na proposta.
13. Já a PFE entende que a proposta (i) invade área de competência exclusiva da lei, ao definir hipóteses de impedimento de conselheiros, e (ii) invade área de competência da assembléia geral, vedada ao estatuto.
14. Quanto ao primeiro ponto, entendo que, ao optar por incluir entre as hipóteses de inelegibilidade o "*conflito de interesses*" com a companhia, o legislador adentrou em tema que necessariamente demanda uma análise caso a caso, para permitir a incidência da norma. E também parece claro que essa análise será feita pela assembléia, que pode, inclusive, a teor da lei, autorizar a eleição do administrador conflitado. Logo, não me parece correto afirmar que a definição da ocorrência de conflito de interesses seja matéria reservada à lei.
15. Quanto ao segundo ponto, creio que o estatuto, como fruto da vontade dos acionistas reunidos em assembléia, pode tudo que a assembléia pode, desde que a disposição em estatuto não frustre comando imperativo da lei. Por exemplo: o estatuto não pode estabelecer que os administradores serão sempre certas pessoas, porque a lei determina que eles sejam eleitos periodicamente pela assembléia (art. 132, III) e, para evitar a burla a tal regra, proíbe mandato superior a 3 anos (art. 140).
16. Já quanto aos lucros, a lei determina que a assembléia anualmente os destine (art. 132, II), e estabelece um dividendo obrigatório na omissão do estatuto (art. 202), mas não impede que o estatuto estabeleça dividendo mínimo (arts. 17, I) ou dividendo obrigatório em percentual menor que o previsto na lei (art. 202, § 1º).
17. Assim, me parece que a questão chave aqui é saber se o estatuto, ao fixar de antemão hipótese de conflito de interesse, estará impedindo a assembléia de exercer uma competência que lhe caberia ordinariamente, de examinar caso a caso a ocorrência de conflito.

18. Caso a norma estatutária proposta fosse interpretada como impedindo esse exame caso a caso, me parece que ela seria realmente ilegal. A lei estabeleceu um mecanismo de eleição pelos acionistas minoritários, e cabe à assembléia geral, examinando o caso concreto do conselheiro eleito, deliberar sobre a existência de conflito e, em caso afirmativo, decidir se exerce, ou não, a faculdade legal de ainda assim autorizar a posse.
19. Veja-se que nem mesmo a redação proposta discute o fato de que a eleição do conselheiro estará consumada, quando couber à assembléia avaliar a existência de conflito, e a eventual oportunidade de ainda assim permitir a posse. O § 4º, inciso II, alínea (b), do art. 15 do estatuto, na redação proposta, afirma que presumir-se-á o conflito se o "*Conselheiro **eleito** para a Sociedade, cumulativamente, (a) houver sido eleito por acionista que também tenha eleito administrador ou fiscal de sociedade concorrente no mercado e (b) não se caracterizar como conselheiro independente do(s) acionista(s) **que o houver(em) eleito***" (grifou-se e sublinhou-se).
20. Caso, entretanto, a norma estatutária proposta seja interpretada como elencando hipóteses em que o conflito se presumirá — exatamente como fez a Instrução 367/02, e como em parte decorre de sua própria redação — então me parece que ela seria válida, servindo de indicação aos acionistas da companhia quanto à escolha de seus candidatos para os cargos de conselheiros, especialmente pelo fato de que se trata de companhia com controle definido por acordo de acionistas, cuja vontade provavelmente não mudará de assembléia a assembléia.
21. Evidentemente que, prevalecendo uma tal interpretação, qualquer lide entre o acionista que eleja membro do Conselho de Administração e a Companhia, em caso de confirmação do impedimento pela assembléia, poderá ser dirimida pelo Poder Judiciário, sem prejuízo da posterior averiguação pela CVM de eventual abuso do poder de controle ou conduta indevida do Presidente da Assembléia.
22. Quanto à referência, no § 3º proposto, a conselheiros "*representantes*" de acionistas, entendo que se trata de disposição que poderia ser indevidamente interpretada para caracterizar uma *capitis diminutio* a tais conselheiros, inclusive por conta da referência à representação de interesses conflitantes, feita na redação proposta para o § 4º, sendo um tal conceito de representação inteiramente dissociado do sistema da Lei 6.404/76. Com efeito, a Lei não menciona conselheiros "*representantes*" de acionistas, nem mesmo ao tratar de acordos de acionistas que envolvam a eleição de conselheiros. Além disso, e lei expressamente dispõe, no art. 154, § 1º, que "*[o] administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa de interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres*".
23. A referência a "*administrador eleito por (...) acionistas*" no art. 154, § 1º, não é acidental, nesse primor sistemático que é a Lei 6.404/76. Com ela, a Lei ressaltou os conselheiros eleitos pelos empregados, como permitido no parágrafo único do art. 140, os quais, aí sim por norma expressa da lei, estarão no Conselho na qualidade de "*representantes dos empregados*", e, portanto, autorizados a votar de acordo com os interesses destes, quando conflitantes — se isto ocorrer — com os da companhia.
24. Por último, quanto ao tema das restrições temporais à indicação de conselheiros, tratado pelo Colegiado, meu entendimento é o de que não se trata de caso de ilegalidade da redação proposta pela Sadia, mas apenas da possibilidade de uma interpretação ilegal de tal cláusula. Seria realmente ilegal, a meu ver, uma interpretação que viesse a impedir que os acionistas exercitem em assembléia sua faculdade de eleger representantes. Mas, por outro lado, entendo que a cláusula pode ser útil como mensagem para os acionistas quanto à necessidade, quanto possível, de permitir que os demais votantes tenham conhecimento do nome dos indicados, e possam avaliá-los com mais antecedência, organizando-se mais adequadamente os trabalhos da assembléia e o funcionamento do processo eleitoral e, teoricamente, até mesmo contribuindo para a melhor qualidade dos eleitos. Por isso contentar-me-ia, na linha da mínima intervenção possível, em declarar que uma interpretação restritiva seria ilegal, mas não a norma em si.
25. É como voto.

Rio de Janeiro, 23 de janeiro de 2007.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente

(1) A exigência de dispensa pela assembléia não parece querer referir-se à omissão do impedimento quando da eleição, pois a assembléia teria poderes para destituir o conselheiro em tal caso.