

**Assunto:** Eleição de Conselho Fiscal

**Recorrente:** Souza Cruz S.A.

**Relator:** Presidente Marcelo Fernandez Trindade

### **RELATÓRIO**

#### **Objeto**

1. Trata-se de recurso apresentado pela Souza Cruz S.A. ("Souza Cruz" ou "Companhia") contra o entendimento manifestado pela Superintendência de Relações com Empresas – SEP em relação aos seguintes pontos (fls. 161 e 162):
  - i. instalação do Conselho Fiscal: de acordo com o art. 161, §2º c/c art. 291 da Lei 6.404/76, o acionista minoritário tem o direito de requerer, em assembléia geral, a instalação do Conselho Fiscal, observado o quorum especial de instalação previsto na Instrução 324/00. Segundo a SEP, *"não pode prosperar o entendimento de que o funcionamento do Conselho Fiscal estaria submetido ao quorum exigido para eleição de conselheiro pelos acionistas minoritários, uma vez que tal determinação tornaria letra morta o quorum de instalação previsto no art. 161, §2º da Lei 6.404/76, reduzido, no presente caso, ao percentual de 2%, por meio da Instrução 324/00"*;
  - ii. eleição de membros do Conselho Fiscal: a expressão *"constituição do Conselho Fiscal"*, constante do art. 161, §4º da Lei 6.404/76 deve ser entendida como sendo o processo de eleição de seus membros, a ser realizada na mesma assembléia que procedeu à instalação. O percentual exigido pela instalação do Conselho não é o mesmo da eleição, pelos minoritários, de um seu representante, que, de acordo com o §4º do art. 161 é de 10% das ações com direito a voto. Caso o percentual detido pelos minoritários seja insuficiente para eleger seu Conselheiro, o controlador deve indicar representantes em número suficiente para atingir a composição mínima do órgão, respondendo por exercício abusivo de poder de controle caso assim não proceda; e
  - iii. existência do Comitê de Auditoria: a existência do Comitê de Auditoria não pode servir de óbice ao funcionamento do Conselho Fiscal, seja porque este tem responsabilidades específicas em relação à Companhia, estando sujeitos ao disposto no art. 165 da Lei 6.404/76, seja porque suas atribuições são indelegáveis, a teor do art. 163, §7º da mesma lei.

#### **Origem**

2. O entendimento manifestado pela SEP teve origem em reclamação (fls. 02/14) apresentada pela Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ ("Previ" ou "Reclamante"), após o ocorrido na Assembléia Geral Ordinária da Souza Cruz relativa ao exercício de 2006, e que veio a se repetir posteriormente, já na AGO do exercício de 2007 (fls. 186/189), quando a Previ, detentora de 2,87% do capital social da Companhia, juntamente com outros acionistas, requereu a instalação do Conselho Fiscal. A instalação do Conselho Fiscal foi considerada matéria prejudicada, uma vez que os minoritários não perfaziam o quorum para eleição em separado de 10% das ações com direito a voto (art. 161, §4º da Lei 6.404/76), e dado que o acionista controlador não tinha interesse em fazer, ele próprio, suas indicações. A Souza Cruz tem seu capital composto apenas por ações ordinárias, das quais apenas 24,7% estão em circulação no mercado.
3. O entendimento da SEP está amparado em parecer da Procuradoria Federal Especializada – PFE (139/156).

#### **Recurso da Souza Cruz**

4. A Souza Cruz recorreu do entendimento manifestado pela SEP, juntando pareceres elaborados pelos Professores Alfredo Lamy Filho (fls. 301/306) e Luiz Gastão Paes de Barros Leães (fls. 308/317), e sustentando os seguintes argumentos (fls. 191/219):
  - i. não houve óbices ao funcionamento do Conselho Fiscal, que só não foi constituído porque os minoritários não reuniram o quorum legal mínimo de 10% para tanto, embora tenham alcançado o quorum de 2% de instalação. Como aquele quorum não foi atingido, o acionista controlador declinou da faculdade de fazer suas indicações, ficando a matéria prejudicada e decidindo-se pela não constituição do Conselho, sem prejuízo de que a discussão pudesse ser reaberta. Assim, não houve recusa quanto à instalação, mas sim à não constituição do conselho, pelo não atendimento aos requisitos legais;
  - ii. a Previ não apresentou protesto contra a decisão, tomada na AGO de 10.03.2006, por proposta do acionista controlador, de que o Comitê de Auditoria fosse constituído em lugar do Conselho Fiscal, sob alegação de que aquele supria melhor as necessidades da sociedade, bem como melhor atendia a seus interesses;
  - iii. o quorum de instalação de fato não se confunde com o de constituição do Conselho Fiscal, mas ao simplesmente afirmar tal diferença, sem aprofundá-la, a SEP acaba ignorando "o caráter complexo do funcionamento do Conselho Fiscal", do que decorre a falsa afirmativa de que a conduta da companhia de não dar seguimento à constituição do Conselho Fiscal terminaria fazendo com que o quorum de instalação do art. 161, §2º fosse letra morta;
  - iv. embora se trate de etapas distintas e autônomas, cada qual com seu quorum, o funcionamento do Conselho Fiscal só ocorre quando superadas cada uma delas, não se podendo falar em funcionamento quando apenas a etapa da instalação, mas não a da eleição for percorrida. Neste caso, o *"processo de funcionamento"* resta prejudicado como um todo, dado que se está diante dos chamados *"atos complexos"*, cujas etapas, embora independentes, se completam;
  - v. o art. 161, §4º determina que a constituição do Conselho Fiscal é feita em até três votações em separado, sendo uma pelas ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, outra pelos minoritários votantes e uma última pelos demais acionistas com direito a voto, isto é, pelo controlador. Não havendo preferencialistas nem minoritários votantes que atendam ao quorum mínimo de 10%, só caberá a terceira modalidade de votação, diretamente pelo acionista controlador, a quem restará, finalmente, deliberar ou não pela constituição do Conselho Fiscal;
  - vi. a razão para o quorum de instalação ser diverso do de deliberação seria a de facilitar a iniciativa dos minoritários com participação inferior à minoria qualificada;

- vii. só razão para o Conselho Fiscal existir e funcionar quanto haja uma minoria institucional detentora de participação acionária suficiente para eleger seus representantes no órgão, sendo certo que a existência de Conselhos Fiscais formados unicamente por membros indicados pelo acionista controlador resultaria na ineficácia do órgão, como teria sido reconhecido pela própria exposição de motivos da Lei 6.404/76;
- viii. o entendimento da SEP de que o acionista controlador estaria obrigado a fazer a indicação de todos os integrantes do Conselho Fiscal, afrontaria os princípios da legalidade e da segurança jurídica (arts. 5º, inc. II e 37 da Constituição Federal e 2º da Lei 9.784/99), dado que tal entendimento seria diverso do já manifestado pela CVM nos precedentes dos Processos CVM RJ 2003/3716 e 2003/3718, ambos julgados em 17.06.2006, violando os princípios da legalidade e da segurança jurídica;
- ix. a obrigação contida no entendimento da SEP contrariaria a posição oficial da CVM junto à SEC, manifestada à época do envio de sugestões às medidas que sucederam a implementação da Lei Sarbanes-Oxley. Esta posição oficial chamava atenção para possibilidade de superposição de funções entre Conselho Fiscal e Comitê de Auditoria e recomendava a dispensa deste órgão para as companhias abertas brasileiras que estivessem sujeitas às determinações da Sarbanes-Oxley, como terminou ocorrendo. Além disso, a tendência do direito societário moderno vem se manifestando favoravelmente à substituição do Conselho Fiscal pelo Comitê de Auditoria;
- x. o Comitê de Auditoria em funcionamento na Companhia está estabelecido em conformidade com os padrões ingleses e sob inspiração do modelo norte-americano, com integrantes independentes;
- xi. o funcionamento do Comitê de Auditoria não foi erigido pelo controlador como impedimento à constituição do Conselho Fiscal, mas apenas mencionado para demonstrar que a Companhia já possuía outros mecanismos de fiscalização, de forma que não seria necessário onerá-la com mais um órgão;
- xii. teria havido desrespeito ao princípio da vontade majoritária, uma vez que a instalação do Conselho Fiscal está ocorrendo apenas para atender "à minoria dos acionistas minoritários", embora seu funcionamento seja reputado desnecessário pelo acionista controlador e pela maioria dos minoritários; e
- xiii. não se pode falar em instauração de processo sancionador, dado que não se poderia aplicar retroativamente o "novo" entendimento da SEP, que contrariaria aquele dos precedentes mencionados no item (viii) acima (art. 2º, parágrafo único, inc. XIII, da Lei 9.784/99). Adicionalmente, essa mesma questão também teria sido discutida em processo anterior (Processo CVM RJ 2006/1506), também envolvendo a Previ e a Companhia, e no qual a CVM não expressou qualquer manifestação contrária à conduta da Souza Cruz. A Souza Cruz não desatendeu a qualquer dispositivo legal, mas apenas tem uma interpretação do art. 161, §4º da Lei 6.404/76, sendo que divergências legítimas de interpretação não podem dar ensejo à instauração de processo administrativo sancionador.

#### **Manifestações posteriores**

5. Sobreveio nova manifestação da PFE repetindo os argumentos anteriores e analisando os precedentes invocados pela Recorrente (fls. 131/137). A manifestação ainda opina especificamente pela não instauração do processo sancionador (fls. 137). Também a Previ manifestou-se novamente a respeito do recurso da Souza Cruz, reforçando os argumentos de sua reclamação original, assim como aqueles expostos pelas áreas técnicas da CVM (fls. 140/165). A SEP também apresentou nova manifestação mantendo seu entendimento anterior e comentando os pontos aduzidos pela Souza Cruz em seu recurso, notadamente no que diz respeito aos precedentes (fls. 186/207). Finalmente, foi juntada aos autos petição da Companhia (fls. 214/229), acompanhada de parecer do Professor Alexandre Santos Aragão (fls. 231/281), contendo suas contra-razões a cada um dos pontos levantados pelas manifestações anteriores, tanto das áreas técnicas quanto da Previ.

É o relatório.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2007.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente e Relator.

#### **PROCESSOS ADMINISTRATIVOS CVM RJ 2007/3246 e 2006/5701**

Reg. nº 5489/2007

**Assunto:** Eleição de Conselho Fiscal

**Recorrente:** Souza Cruz S.A.

**Relator:** Presidente Marcelo Fernandez Trindade

#### **VOTO**

#### **Objeto**

1. Como visto do relatório, o principal ponto da discussão diz respeito ao mecanismo de funcionamento do Conselho Fiscal. Segundo o entendimento manifestado pela SEP, os acionistas minoritários têm o direito de requerer a instalação desse órgão caso detenham o quorum suficiente para isto (que no caso da Companhia era de 2%, por força da Instrução 324/00, e foi atendido), independentemente de possuírem participação suficiente para proceder à eleição de seus representantes.
2. A Companhia não nega esse direito dos acionistas minoritários, nem contesta que o quorum de instalação seja distinto do de eleição. Sua tese, entretanto, é de que o funcionamento do Conselho Fiscal seria um ato complexo que envolveria etapas distintas, inclusive quanto ao quorum exigido em cada uma delas. Assim, o órgão só seria efetivamente posto em funcionamento caso todas essas etapas fossem cumulativamente atendidas, o que, no caso concreto, não teria ocorrido porque os minoritários, embora detentores de participação suficiente para requerer a instalação, não atendiam ao quorum de 10% do capital votante, requisito necessário para que pudessem escolher seu representante (cf. art. 161, §4º da Lei 6.404/76). Acrescenta, ainda, que não há dispositivo legal que obrigue o controlador a indicar representantes em número suficiente para funcionamento do Conselho Fiscal.
3. Um segundo ponto da discussão diz respeito à possibilidade de co-existência do Comitê de Auditoria e do Conselho Fiscal, e aos problemas daí resultantes. A SEP entende que a existência do Comitê de Auditoria não pode servir de óbice ao funcionamento do Conselho Fiscal, que é órgão

com responsabilidades específicas em relação à Companhia, funções estas que seriam indelegáveis, a teor do art. 163, §7º da Lei 6.404/76.

4. A esse respeito, a Companhia destaca não ter afirmado que o Comitê de Auditoria representaria óbice à constituição do Conselho Fiscal, mas apenas que: (a) a existência daquele Comitê levaria à desnecessidade do Conselho Fiscal, cujas funções seriam supridas por um órgão constituído por profissionais independentes e peritos em finanças, de acordo com as recomendações internacionais, e com atribuições semelhantes às conferidas ao Conselho; (b) a constituição do Conselho Fiscal, nessas circunstâncias, atenderia unicamente aos minoritários, em afronta ao princípio da vontade majoritária que preside o funcionamento das sociedades anônimas; e (c) caso os dois órgãos coexistissem, haveria uma superposição de funções entre ambos, como inclusive teria sido reconhecido pela CVM na manifestação que enviou à SEC no contexto das discussões posteriores à regulamentação da *Sarbanes-Oxley Act*.
5. Quanto ao primeiro ponto, relativo ao funcionamento do Conselho Fiscal, estou de acordo com o entendimento manifestado pela SEP. De fato — e a Companhia não o nega — os *quora* de instalação e de eleição não se confundem. Entretanto, contrariamente do que sustenta a Companhia, o quorum mínimo de 10% do art. 161, §4º da Lei 6.404/76 só precisa ser preenchido caso se deseje proceder à eleição em separado, que, como se sabe, exclui a presença do acionista controlador.
6. A eleição em separado tem por objetivo garantir às minorias acionárias detentoras de percentuais previamente determinados o direito de indicar um representante, sendo este direito a principal diferença de funcionamento entre o Conselho Fiscal da Lei 6.404/76 e aquele previsto no Decreto Lei 2.627/40. O objetivo da Lei, portanto, foi o de assegurar a titulares de participações qualificadas no capital preferencial, e no capital minoritário votante, que não exercessem o poder de controle e com ele elegessem a maioria dos administradores, o poder de eleger a minoria do Conselho Fiscal, visando a que a fiscalização daqueles administradores não fosse feita exclusivamente por pessoas eleitas pelos mesmos acionistas que os nomeassem. O Parecer de Orientação 19/90<sup>(1)</sup> reconhece a natureza especial da deliberação em separado quando diz que:

*"6. Cumpre esclarecer que o citado dispositivo contempla todas as ações preferenciais, ou seja, não restringe tal direito às ações nominativas, endossáveis ou escriturais, não se aplicando à hipótese a regra contida no artigo 112 da Lei Societária. Isto se explica pelo fato de constituir o direito de eleger, em separado, um membro do Conselho Fiscal, uma forma específica para o exercício do poder de fiscalização, não exigindo a lei, neste caso, que as ações revistam a forma nominativa.*

*7. O artigo 112 está inserido no capítulo relativo ao direito de voto, voto este destinado à formação da vontade social. Já o disposto no § 4º do artigo 161 refere-se a uma deliberação especial, destinada a salvaguardar os interesses das minorias e dos preferencialistas. Trata-se, como se pode facilmente verificar, de situações distintas, sujeitas a tratamento diferente. Assim, enquanto no primeiro caso os titulares das ações devem ser necessariamente identificados, pois comporão o quorum para deliberação sobre matéria comum, no segundo caso torna-se desnecessária a conversão das ações ao portador em outras de forma votante, por tratar-se de uma votação visando exclusivamente a eleição de um membro e seu suplente ao Conselho Fiscal.*

*8. Ressalte-se, ainda, que para não se tornar meramente nominal o direito atribuído por lei aos preferencialistas, deve-se entender que da votação em separado desses acionistas para a eleição de seu representante no Conselho Fiscal não poderão participar os acionistas controladores, ainda que portadores também de ações preferenciais. Tal participação, se admitida, redundaria em cerceamento efetivo do direito essencial de fiscalizar e em representação inequívoca dos interesses, não raramente contrários, que a lei buscou proteger." (grifei)*

7. Obviamente, isto não impede os acionistas minoritários de participarem da eleição dos integrantes do Conselho Fiscal, sem gozar do benefício conferido pela eleição em separado, e, portanto, concorrendo com os votos apresentados pelo acionista controlador. Neste caso, se os acionistas controladores não quiserem indicar seus representantes, os minoritários poderão apresentar seus candidatos e elegê-los, qualquer que seja sua participação no capital votante. Não existe, portanto, obrigação de que o acionista controlador indique seus representantes, e ele poderá mesmo abster-se de fazê-lo, como o fez o controlador da Recorrente, mas neste caso a matéria não poderá ser julgada prejudicada, uma vez que os minoritários, independentemente da participação que detiverem, poderão participar da eleição com seus candidatos.
8. Os precedentes do Colegiado citados pela Souza Cruz não contrariam esse entendimento. Como lembrado pela SEP, a discussão no caso dos Processos CVM nºs 2003/3716 e 3718 dizia respeito ao número de indicações do acionista controlador, estando ligada à interpretação da expressão "mais um" constante da frase "número igual de eleitos nos termos da alínea 'a', mais um", no art. 161, §4º da Lei. Além disso, aqueles eram casos em que o Conselho Fiscal foi instalado e procedeu-se à eleição em separado pelos acionistas (naquele caso, preferencialistas). No caso destes autos não há que se falar em eleição em separado, posto que o quorum para tanto não foi atingido pelos minoritários.
9. Já o processo CVM RJ 2002/7097 tratava de reclamação de acionistas que requeriam que a CVM utilizasse a competência para redução de quorum de instalação (que lhe foi outorgada pelo art. 291 da Lei 6.404/76 e resultou na edição da Instrução 324/00) para reduzir o quorum de eleição. A CVM não cogitou, em qualquer momento, neste ou em outro processo, exercer suas atribuições dessa maneira. Finalmente, o Processo RJ2006/8193 também não se equipara à situação destes autos. Ali a instalação do Conselho Fiscal se deu por iniciativa do controlador, que também elegeu todos os seus integrantes.
10. Quanto ao funcionamento simultâneo do Comitê de Auditoria e do Conselho Fiscal, também me parece correto o entendimento da SEP. Independentemente das atribuições do Conselho Fiscal e da discussão sobre a possibilidade ou não de sua delegação a outros órgãos, é preciso destacar que, no regime da lei brasileira, o Conselho Fiscal tem existência obrigatória. O art. 161, caput da Lei 6.404/76, é claro ao determinar que "a companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas" (grifei). Não se trata de faculdade: as companhias abertas no Brasil, independentemente de também serem abertas em outras jurisdições, devem ter um Conselho Fiscal que poderá ou não funcionar permanentemente. Não cabe à administração da Companhia fazer juízo a respeito da utilidade ou não desse órgão; no Brasil ele é obrigatório e deve ser instalado, sempre que isto for solicitado por acionistas detentores de participação societária suficiente. Como a opção pela sua utilidade foi feita pela lei, não há que falar em violação do princípio majoritário, nem em vontade da maioria ou da minoria.
11. Isto não impede que a administração queira instituir um Comitê de Auditoria, que, no regime da Lei 6.404/76, terá o *status* de órgão técnico e consultivo previsto no art. 160, destinado a aconselhar os administradores da Companhia. Mas esta opção não afasta a obrigatoriedade de instalação do Conselho Fiscal, caso esta seja requerida. A manifestação da CVM à SEC quando das medidas que se seguiram à promulgação do *Sarbanes-Oxley Act* não contraria, antes confirma, esse entendimento. O que se fez ali foi, justamente, reconhecer que o funcionamento obrigatório do Comitê de Auditoria imporia custos adicionais às companhias brasileiras, que já estão obrigadas a ter um Conselho Fiscal. Assim, as companhias que instalassem e pusessem em funcionamento seus Conselhos Fiscais deveriam ser dispensadas da obrigação de constituir Comitê de Auditoria. A escolha, como se vê, deu-se em favor do Conselho Fiscal.
12. Finalmente, não me parece que se possa falar, neste caso, em instauração de processo sancionador. Sem entrar no mérito da conduta do acionista controlador da Souza Cruz para efeitos de existência ou não de abuso de poder de controle, parece-me claro, aqui, que a CVM ainda não havia manifestado seu entendimento nos precedentes relativos ao funcionamento do Conselho Fiscal e a interpretação dada pelo acionista

era legítima, embora equivocada.

13. Pelo exposto, meu voto é no sentido de manifestar o entendimento de que:

- i. a ausência de participação acionária suficiente para que as minorias acionárias de que trata o §4º do art. 161 da Lei 6.404/76 possam proceder à eleição em separado prevista neste dispositivo não constitui impedimento à constituição do Conselho Fiscal, quando preenchido o quorum específico para a exigência de seu funcionamento;
- ii. o acionista controlador não é obrigado a eleger seus representantes na eleição para preenchimento do Conselho Fiscal, caso em que os demais acionistas com direito a voto poderão fazê-lo com suas próprias ações, qualquer que seja seu percentual;
- iii. o Conselho Fiscal é órgão de existência obrigatória nas companhias abertas brasileiras, embora de funcionamento não permanente, (caput, art. 161 da Lei 6.404/76) e, assim, deve ser instalado sempre que solicitado por acionistas que detenham participação suficiente para tanto, mesmo que a companhia tenha constituído Comitê de Auditoria.

1. Voto, assim, pela manutenção da decisão recorrida.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2007.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente e Relator

[\(1\)](#) Visando a deixar fora de dúvida essa interpretação quanto à vedação da presença do acionista controlador a CVM editou o Parecer de Orientação nº 19, esclarecendo seu entendimento de que "para não se tornar meramente nominal o direito atribuído por lei aos preferencialistas, deve-se entender que a votação em separado desses acionistas para a eleição de seu representante no Conselho Fiscal não poderão participar os acionistas controladores, ainda que portadores também de ações preferenciais."