

Interessados: Souza Cruz S.A.

Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil

Assunto: Instalação do Conselho Fiscal

Relator: Marcos Barbosa Pinto

Relatório do Processo

1. Em 10 de julho de 2007, o colegiado julgou recurso da Souza Cruz S.A. ("Souza Cruz") contra entendimento manifestado pela Superintendência de Relações com Empresas ("SEP") a respeito de reclamação formulada pela Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil ("Previ").
2. Titular de 2,87% das ações da Souza Cruz, a Previ havia solicitado a instalação do conselho fiscal da empresa, valendo-se do direito potestativo conferido pelo art. 161, §2º da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, cujo percentual mínimo foi reduzido para 2% pela Instrução CVM nº 324, de 19 de janeiro de 2000.
3. Todavia, a Souza Cruz se recusou a instalar o conselho fiscal, argumentando que a instalação era desnecessária, pois a companhia já possuía comitê de auditoria e os acionistas minoritários não seriam capazes de eleger sequer um membro para o conselho fiscal, tendo em vista o *quorum* legal de 10% previsto no art. 161, §4º, (a), da Lei nº 6.404/76.
4. Julgando o recurso, o colegiado entendeu que a Souza Cruz deveria ter instalado o conselho fiscal. Segundo o colegiado, o conselho fiscal é obrigatório mesmo quando a companhia tem comitê de auditoria e deve ser instalado mesmo quando os acionistas minoritários não são capazes de eleger nenhum membro do conselho.
5. O colegiado entendeu, contudo, que não era cabível a instalação de processo administrativo sancionador contra a Souza Cruz e que a orientação expedida deveria ser aplicada somente a casos futuros, pois a matéria era controversa e a CVM não havia se manifestado sobre o assunto até então.
6. Após essa decisão, a Souza Cruz apresentou pedido de reconsideração ao colegiado, no qual solicita a edição de um parecer de orientação, abstrato e genérico, sobre a matéria decidida neste processo, precedido de audiência pública aberta à participação de todos os interessados.
7. No mesmo sentido, a Previ solicitou à CVM que editasse parecer de orientação sobre a matéria, dando conhecimento a todos do entendimento manifestado neste caso e recomendando às companhias abertas que dessem assento aos acionistas minoritários no conselho fiscal mesmo quando estes não atinjam o percentual de 10% previsto em lei.
8. Posteriormente, a Previ apresentou nova reclamação, pois, mesmo após a manifestação da CVM, a Souza Cruz se recusou a convocar uma assembléia geral para instalar o conselho fiscal. Nessa reclamação, a Previ solicita que a CVM instaure processo administrativo sancionador para coibir a conduta da Souza Cruz.
9. Rebatendo essa reclamação, a Souza Cruz alegou que a Previ não tem o direito de exigir a convocação da assembléia geral, pois o art. 123, parágrafo único, "d", da Lei nº 6.404/76 só confere essa faculdade a acionistas que representem no mínimo 5% do capital social votante ou do capital social não votante. A Souza Cruz alega ainda que era inútil instalar o conselho fiscal imediatamente, pois o exercício social já se encontrava perto do fim.
10. Inconformada, a Previ ingressou com ação cautelar em face da Souza Cruz e seus administradores, buscando obrigá-los a convocar imediatamente a assembléia geral. Contudo, seu pedido de liminar foi negado, por falta de urgência, o que a levou a desistir do processo.

É o relatório.

Voto do Relator

1. Parecer de Orientação

1.1 Tanto a Previ quanto a Souza Cruz solicitam à CVM que edite parecer de orientação sobre a matéria tratada no presente processo. Segundo a Previ, a edição desse parecer é conveniente e oportuna; segundo a Souza Cruz, além de conveniente e oportuna, a edição do parecer é também necessária do ponto de vista jurídico.

1.2 Analisarei primeiramente a questão jurídica. Segundo a Souza Cruz, a manifestação de entendimento do colegiado neste processo tem efeito normativo geral e abstrato, razão pela qual deve ser precedida de consulta pública, sob pena de violação aos princípios constitucionais da segurança jurídica e devido processo legal.

1.3 Discordo desse raciocínio, pois as manifestações de entendimento da CVM em casos concretos não têm efeito normativo, não são abstratas e muito menos gerais. Elas não têm efeito normativo, pois não obrigam nem mesmo as partes envolvidas no processo; elas não são abstratas, pois levam em conta as circunstâncias fáticas particulares; elas não são gerais, pois fazem referência a companhias abertas específicas.

1.4 As manifestações de entendimento da CVM são meras opiniões emitidas pela autarquia sobre a legislação em vigor. Elas não inovam no sistema jurídico. Logo, não faz sentido exigir que elas sejam precedidas de consulta pública, muito menos cogitar de violação aos princípios constitucionais da segurança jurídica e devido processo legal.

1.5 É importante ressaltar que, mesmo para a edição de normas que vinculem particulares, a CVM não está obrigada pela lei ou pela Constituição Federal a realizar consulta pública. O art. 8º, §3º, da Lei nº 6.385/76 deixa isso bem claro ao dispor que "a Comissão de Valores Mobiliários poderá (...) publicar projeto de ato normativo para receber sugestões de interessados".

1.6 A Souza Cruz alega ainda que a manifestação de entendimento exarada pela CVM viola o princípio da igualdade, pois estabelece obrigações para a companhia e não para terceiros que se encontrem na mesma situação. Mas o erro desse argumento é evidente: Se as manifestações de entendimento da CVM não obrigam nem mesmo as partes envolvidas, como pode haver violação ao princípio da igualdade?

1.7 Esta autarquia, ademais, já se manifestou expressamente sobre o caráter não vinculativo de suas decisões. O trecho abaixo, extraído do voto do Ex-Diretor Marcelo Fernandez Trindade, é definitivo nesse sentido.

"... as manifestações de entendimento da CVM não têm caráter vinculativo da conduta das partes, sejam tais manifestações das áreas técnicas, sejam como amicus curiae, sejam do Colegiado em processos consultivos, nos quais não se esteja concedendo ou denegando um registro, nem tampouco impondo uma penalidade. Caso o entendimento da CVM venha a ser inobservado, o que se poderá fazer – como se fez neste caso – será iniciar um processo administrativo sancionador."

1.8 Não se pode negar, é verdade, que as manifestações de entendimento da CVM firmam precedentes que orientam o mercado ⁽¹⁾, sobretudo após a edição da Lei nº 9.784, de 27 de janeiro de 1999, que veda a "aplicação retroativa de nova interpretação" em processos administrativos. Todavia, ninguém está juridicamente obrigado a seguir essas manifestações, a não ser a própria CVM, e ainda assim, apenas no que tange a fatos passados.

1.9 O que me traz à questão da conveniência e oportunidade. Neste momento, não entendo oportuno nem conveniente editar um parecer de orientação. A decisão do colegiado neste caso foi bastante clara. E o mercado tomará conhecimento dela no seu devido tempo. Convém agora aguardar a reação dos investidores e das companhias, com eventuais dúvidas e críticas.

1.10 Quanto à solicitação específica da Previ – de que recomendemos às companhias abertas que dêem assento aos acionistas minoritários no conselho fiscal mesmo quando estes não atinjam o percentual de 10% previsto em lei – entendo que essa questão será apreciada no âmbito do Proc. CVM RJ 2007/11086, do qual também sou relator e que apresentarei oportunamente à deliberação do Colegiado.

2. Convocação da Assembléia

2.1 A Previ reclama que a Souza Cruz procedeu de maneira abusiva quando se recusou, após a decisão da CVM, a convocar imediatamente uma assembléia geral extraordinária para instalar o conselho fiscal. A Souza Cruz, argumenta, por sua vez, que não tem obrigação legal de fazê-lo e que tal convocação seria inconveniente e inoportuna.

2.2 A Souza Cruz está parcialmente correta quando afirma que o art. 123, parágrafo único, "d", da Lei nº 6.404/76 não a obriga a convocar a assembléia geral neste caso, pois a Previ detém menos de 5% do capital social votante e menos de 5% do capital social não votante. Todavia, isso não quer dizer que os administradores da companhia estejam livres para decidir a questão ao seu bel prazer. Muito pelo contrário: nessa decisão, como em todas as outras, eles devem observar seus deveres fiduciários, convocando a assembléia geral sempre que o interesse social assim o exigir.

2.3 Ciente disso, a Souza Cruz alega que a convocação imediata de assembléia geral era praticamente inútil, já que o exercício social de 2007 se encontrava perto do fim. A Previ reconheceu esse fato, implicitamente, quando afirmou em juízo que "não haver[ia] tempo hábil para a pretendida fiscalização do exercício fiscal de 2007, caso viesse a ser instalado o conselho fiscal da ré".

2.4 Tendo em vista essa manifestação, que acolhe o argumento dos administradores de que a instalação imediata do conselho fiscal seria de pouco ou nenhuma serventia para a companhia ou para seus acionistas, acredito que a reclamação da Previ tenha perdido seu objeto, razão pela qual proponho o seu arquivamento.

É como voto.

Rio de Janeiro, 11 de março de 2008.

Marcos Barbosa Pinto

⁽¹⁾ Cf. voto do Diretor-Substituto Eduardo Manhães Ribeiro Gomes nos PAS CVM n.º RJ2003/7697.