

Interessados: Yehuda Waisberg; Banco Mercantil do Brasil S.A.

Assunto: Recurso contra decisão da SEP. Acumulação de cargos de administração e remunerações em empresas do mesmo grupo.

Dir. Relator: Marcos Barbosa Pinto

Relatório e Voto

1. Relatório do Caso

1.1 Em consulta protocolizada no dia 16 de dezembro de 2005, o acionista Yehuda Waisberg questionou a licitude da acumulação, pelos controladores ou por pessoas a eles relacionadas, de cargos de administração em empresas controladas pelo Banco Mercantil S.A..

1.2 Depois de analisar o assunto, a SEP e a PFE concluíram que:

- i. não há na legislação societária qualquer vedação à acumulação de cargos e salários por um mesmo administrador em companhias do mesmo grupo;
- ii. não houve violação ao §1º do art. 143 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que determina que no máximo 1/3 dos membros do conselho de administração podem ser também eleitos para a diretoria da mesma companhia;
- iii. não houve violação aos incisos I e II do §3º do art. 147 da Lei nº 6.404/76, que vedam, salvo dispensa da assembléia, a eleição de conselheiros de administração que ocupem cargos em sociedades concorrentes ou que possuam conflito de interesse com a sociedade;
- iv. não houve violação aos §§1º e 2º do art. 152 da Lei nº 6.404/76, que estabelecem as regras para a fixação e pagamento de participação nos lucros para os administradores;
- v. não houve violação ao §2º do art. 162 da Lei nº 6.404/76, que determina os requisitos de elegibilidade dos conselheiros fiscais;
- vi. não houve violação ao §3º do art. 162 da Lei nº 6.404/76, que disciplina a remuneração dos conselheiros fiscais; e
- vii. não houve violação ao art. 274 da Lei nº 6.404/76, que trata da remuneração de administradores de sociedades integrantes de grupo de direito.

1.3 A SEP e a PFE ressaltaram, todavia, que suas análises não abrangeram as empresas controladas pelo Banco Mercantil S.A. que não são companhias abertas.

1.4 Inconformado com esse entendimento, Yehuda Waisberg apresentou recurso ao colegiado, no qual alegou que:

- i. os controladores do Banco Mercantil S.A. são reincidentes nessa matéria, uma vez que, no âmbito do Processo Administrativo nº CVM RJ2004/3751, ainda em curso, esta autarquia estaria apurando indícios de irregularidades na criação de órgão estatutário que abrigava 18 familiares dos controladores, não havendo comprovação efetiva da prestação de serviços por parte de alguns deles;
- ii. o art. 152 da Lei nº 6.404/76 estabelece que a remuneração dos administradores deve levar em conta o tempo dedicado às suas funções, sendo, portanto, absurdo o acúmulo de salários integrais em diversas diretorias e conselhos de empresas controladas; e
- iii. o Banco Mercantil S.A. mantém contratos de gestão com suas controladas, pelos quais assume atividades de gestão dessas últimas, o que comprovaria que os administradores da controladora que recebem simultaneamente salários integrais na controladora e em outras empresas do grupo estariam sendo remunerados duplamente.

1.5 De seu lado, o Banco Mercantil esclareceu que:

- i. por se tratar de sociedades anônimas, cada uma das sociedades integrantes do grupo econômico Mercantil do Brasil ("Grupo Mercantil") possui seu próprio órgão de administração, que, obrigatoriamente, deve ser composto de pessoas naturais, cuja verba de remuneração é votada e aprovada nas respectivas assembléias gerais;
- ii. salvo em casos de conflito de interesses, a exclusividade não é e nunca foi requisito legal para o exercício de cargo de administrador de sociedade anônima;
- iii. a Lei nº 6.404/76 não traz qualquer impedimento ou proibição à acumulação de cargos pelos administradores, permitindo, inclusive, a existência de acumulação de cargos dentro de uma mesma companhia, nos termos do art. 143, §1º;
- iv. as companhias do grupo respeitam a restrição estabelecida no art. 162, §2º, da Lei nº 6.404/76, que determina os requisitos de elegibilidade dos conselheiros fiscais;
- v. os membros dos órgãos de administração de cada uma das empresas do grupo não poderiam delegar suas atribuições para a controladora, conforme alegado pelo ora recorrente, em razão da proibição constante no art. 139 da Lei nº 6.404/76;
- vi. os contratos de gestão existentes entre a empresa controladora e suas controladas não implicam delegação da gestão administrativa de uma empresa para outra, tendo como objeto somente a contratação de determinados serviços;
- vii. tais contratos de gestão em nada afetam a responsabilidade, o tempo dedicado ou o poder de decisão de cada administrador, em cada uma das empresas do grupo;
- viii. para a fixação da verba votada e aprovada nas respectivas assembléias gerais, foram observados fatores como o tempo dedicado, a experiência, a competência, a reputação profissional e o valor dos serviços dos administradores no mercado;
- ix. os valores pagos aos administradores a título de participação nos lucros encontram limite legal tão somente no próprio lucro do exercício e na remuneração anual dos administradores de cada empresa, não sendo possível estabelecer correlações entre a verba votada na empresa controladora e a participação nos lucros paga em empresa controlada;

1.6 Quanto ao recurso, a SEP constatou sua intempestividade. Ainda assim opinou com relação ao mérito, mantendo seu entendimento anterior, por

considerar que não foram apresentados quaisquer fatos ou considerações novas, capazes de alterar seu convencimento.

2. Introdução ao Voto

2.1 Embora o recurso apresentado seja intempestivo, acredito que este caso não deva ser arquivado, pois lida com assuntos cuja apreciação pelo colegiado pode se mostrar bastante útil para futuras decisões desta autarquia.

2.2 Além disso, como demonstrarei, parece-me que as investigações procedidas pela SEP poderiam ter sido mais extensas, e que, se o tivessem sido, poderiam ter levado a conclusão diversa da que se chegou durante a análise inicial destes autos.⁽¹⁾

2.3 Superada a questão preliminar, concordo com a conclusão da SEP e da PFE de que não há nada na legislação societária que vede objetivamente a acumulação de cargos de administração e de remunerações.

2.4 Da mesma forma, estou convencido, pelo exame dos autos, de que:

- i. nas companhias analisadas não foi infringida a norma do §1º do art. 143 da Lei nº 6.404/76, pois, de acordo com os Formulários IAN pertinentes, o número de membros do Conselho de Administração que simultaneamente ocupam cargos na Diretoria não supera, em nenhuma das companhias, a razão máxima de 1/3, permitida nos termos do referido artigo;⁽²⁾
- ii. nas companhias analisadas não foi infringida a norma dos incisos I e II do §3º do art. 147 da Lei nº 6.404/76, pois, pela análise dos respectivos objetos sociais, não se pode afirmar que as companhias apresentam relação de concorrência entre si e não há nada nos autos que indique a existência de conflito de interesses entre os administradores e as mesmas companhias;
- iii. nas companhias analisadas não foi infringida a norma dos §§1º e 2º do art. 152 da Lei nº 6.404/76, pois os estatutos sociais das companhias abertas do Grupo Mercantil previam tanto a participação dos administradores nos lucros do exercício social das respectivas companhias como o pagamento de dividendo mínimo obrigatório de 25% aos acionistas, sendo esse pagamento condição necessária para a distribuição de lucros e não tendo sido ultrapassada a remuneração anual dos administradores nem 1/10 do lucro;⁽³⁾
- iv. nas companhias analisadas não foi, de acordo com as informações constantes nos formulários IAN apresentados, infringida a proibição à acumulação dos cargos de membro do conselho fiscal e de órgãos de administração, constante do §2º do art. 162 da Lei nº 6.404/76;
- v. o art. 274 da Lei nº 6.404/76 não se aplica ao caso concreto, pois se trata de regra inserta em capítulo da lei reservado aos grupos de direito;
- vi. nas companhias analisadas, conforme se observa nas respectivas atas e demonstrações financeiras, não foram ultrapassados os limites estabelecidos pelas assembléias gerais, conforme disposto no caput do art. 152, da Lei nº 6.404/76.⁽⁴⁾

2.5 Entendo, contudo, conforme adiantado acima, que a investigação procedida pela SEP neste caso deveria ter sido mais abrangente e que, se o tivesse sido, as conclusões decorrentes poderiam ter sido outras. Digo isso, por duas razões.

2.6 Primeiro, porque a matéria não se esgota na análise formal das normas relativas ao preenchimento dos órgãos administrativos e à remuneração de seus membros. Ela vai mais além, abrangendo também comandos que impõem obrigações substanciais de conduta aos controladores, notadamente o abuso de poder de controle.⁽⁵⁾

2.7 Segundo, porque estou convencido de que neste caso a CVM poderia estender sua análise aos documentos das sociedades do grupo que não possuem registro de companhia aberta. Por um motivo muito simples: se houver abuso por parte dos controladores do Banco Mercantil S.A., esse abuso pode estar se dando por meio dessas sociedades.

2.8 Lidarei, inicialmente, com a possibilidade de caracterização de abuso de poder de controle. Em seguida, tratarei da competência da CVM para estender sua investigação às sociedades que não possuam registro de companhia aberta.

3. Abuso de Poder de Controle

3.1 Faço referência, neste tópico, à possibilidade de terem sido ou estarem sendo praticados os ilícitos tipificados no *caput* e nas alíneas "c" e "d" do art. 117 da Lei nº 6.404/76:

Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

- c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

3.2 Para os fins destes autos, os ilícitos previstos no *caput* e na alínea "c" restarão caracterizados se for comprovado que os controladores utilizaram seu poder de controle para determinar a remuneração de administradores ou conselheiros fiscais em desacordo com as regras do art. 152, *caput*, da Lei nº 6.404/76.

3.3 Esse artigo dispõe que:

Art. 152. A assembléia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação

profissional e o valor dos seus serviços no mercado.

§ 1º O estatuto da companhia que fixar o dividendo obrigatório em 25% (vinte e cinco por cento) ou mais do lucro líquido, pode atribuir aos administradores participação no lucro da companhia, desde que o seu total não ultrapasse a remuneração anual dos administradores nem 0,1 (um décimo) dos lucros (artigo 190), prevalecendo o limite que for menor.

§ 2º Os administradores somente farão jus à participação nos lucros do exercício social em relação ao qual for atribuído aos acionistas o dividendo obrigatório, de que trata o artigo 202.

3.4 Pelo que pude averiguar nos autos, a SEP não investigou se a remuneração dos administradores do Grupo Mercantil foi fixada "tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado". Restringiu-se à análise do cumprimento das regras formais.

3.5 Por sua vez, para que haja infração à alínea "d" do art. 117 da Lei nº 6.404/76, é preciso que os controladores elejam administrador ou conselheiro fiscal que "saibam inepto, moral ou tecnicamente". Esse fato também não foi investigado pela SEP.

3.6 Essas investigações adicionais me parecem justificadas, no caso concreto, tendo em vista:

- i. a denúncia apresentada pelo investidor;
- ii. a aparente relação de parentesco entre os controladores e parte dos administradores ou conselheiros fiscais das sociedades do grupo;
- iii. a efetiva acumulação de cargos por parte de diversos administradores;
- iv. a insuficiência das qualificações constantes nos formulários IAN apresentados; e
- v. as irregularidades que já estão sendo apuradas no Processo Administrativo nº CVM RJ2004/3751, a saber, a criação de órgão estatutário que abrigava 18 familiares dos controladores, sem comprovação efetiva de prestação de serviços por parte de alguns deles.

3.7 Como se vê, diversas investigações adicionais são necessárias neste processo. E para que sejam completas, essas investigações devem incluir também as companhias fechadas que integram o Grupo Mercantil.

4. Companhias Fechadas

4.1 O presente processo cuida de irregularidades que, se existirem, podem decorrer do fato de que alguns administradores acumulam cargos em diferentes sociedades do Grupo Mercantil.

4.2 No item anterior, mostrei que embora não represente uma violação em si, a acumulação de cargos e remunerações pode esconder irregularidades de outra natureza, em especial, abuso de poder de controle.

4.3 E a apuração dessas irregularidades depende da análise de documentos contábeis e societários não apenas das companhias abertas, mas de todas as sociedades controladas pelo Banco Mercantil S.A.

4.4 Com efeito, as sociedades controladas podem servir como instrumento para a prática de abusos por parte do controlador da companhia aberta, na medida em que este possui o poder de orientar o voto majoritário que será dado na assembléia geral daquelas sociedades, inclusive com relação à eleição e destituição de seus administradores.

4.5 Em regra, a CVM não possui competência para fiscalizar sociedades que não possuam registro de companhia aberta. Entretanto, os antecedentes desta casa deixam claro que a CVM pode requisitar documentos dessas sociedades caso eles sejam necessários para apurar irregularidades praticadas por controladores e administradores de companhias abertas e atos que atentem contra o mercado de valores mobiliários.⁽⁶⁾

4.6 A Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, é expressa nesse sentido:

Art. 4º O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de:

IV - proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra:

b) atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários.

Art. 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2º do art. 15, poderá:

I - examinar e extrair cópias de registros contábeis, livros ou documentos, inclusive programas eletrônicos e arquivos magnéticos, ópticos ou de qualquer outra natureza, bem como papéis de trabalho de auditores independentes, devendo tais documentos ser mantidos em perfeita ordem e estado de conservação pelo prazo mínimo de cinco anos:

b) das companhias abertas e demais emissoras de valores mobiliários e, quando houver suspeita fundada de atos ilegais, das respectivas sociedades controladoras, controladas, coligadas e sociedades sob controle comum;

g) de outras pessoas quaisquer, naturais ou jurídicas, quando da ocorrência de qualquer irregularidade a ser apurada nos termos do inciso V deste artigo, para efeito de verificação de ocorrência de atos ilegais ou práticas não equitativas;

4.7 Fica claro, portanto, que as investigações da CVM, neste caso, devem incluir não só as companhias abertas, mas também as demais sociedades do Grupo Mercantil, na medida em que isso for necessário para averiguar se houve abuso por parte dos acionistas controladores das companhias abertas.

5. Conclusões e Recomendações

5.1 Por todo o exposto, voto pela manutenção da decisão da SEP quanto à licitude da acumulação de cargos e remunerações em empresas do mesmo grupo. Proponho, assim, o retorno do processo à SEP para que se investigue eventual abuso de poder de controle na eleição e fixação da remuneração desses administradores.

É como voto.

Rio de Janeiro, 13 de maio de 2008.

Marcos Barbosa Pinto

(1) No mesmo sentido cf., e.g., os seguintes antecedentes: Processo Administrativo CVM nº RJ2000/3998, julgado em 09 de outubro de 2001; Processo Administrativo nº RJ2003/5352, julgado em 26 de maio de 2003; Processo Administrativo nº RJ2004/5732, julgado em 04 de janeiro de 2005 e Processo Administrativo nº SP 2007/116, julgado em 18 de dezembro de 2007.

[\(2\)](#) Cf. fls. 6 a 10.

[\(3\)](#) Cf. fls. 30 a 64.

[\(4\)](#) Cf. fls. 102 a 147.

[\(5\)](#) "O respeito rigoroso à letra da lei, em todas as suas minúcias formais, pode bem encobrir uma elusão de seu objetivo essencial. É a ortodoxia litúrgica, mascarando o sacrilégio. As teorias do abuso do direito, do desvio de poder e do negócio indireto fundam-se, por sua vez, inequivocadamente, numa análise funcional do comportamento jurídico, ao procurarem descobrir e valorar, nas situações de conflito de interesses, quais as finalidades visadas pelo agente, nos ato unilaterais, ou colimadas pelas partes nos contratos, para cotejá-los em seguida com a função social do instituto posto em atuação e os valores fundamentais da ordem jurídica." Comparato, Fábio Konder. Funções e Disfunções do Resgate Acionário. **Direito Empresarial**, Saraiva, São Paulo, 1990, p. 121.

[\(6\)](#) Cf., *e.g.*, o Processo Administrativo CVM nº RJ 2007/3447, julgado em 22 de maio de 2007.