

Assunto: Recurso contra entendimento da SEP de solicitar a apuração de responsabilidade prevista no art. 117 da Lei nº 6404/76 pela convocação de AGE pela FRB-PAR Investimentos S/A para eleição de conselheiros de administração

Interessado: S.A. (Viação Aérea Rio-Grandense) - em Recuperação Judicial.

Relator: Diretor Eli Loria

Relatório

Trata-se de recurso contra entendimento da Superintendência de Relações com Empresas – SEP que negou seguimento a solicitação feita por Miguel Dau, Gestor Judicial da S.A. (Viação Aérea Rio-Grandense) - em Recuperação Judicial, ("EX-VARIG"), de apuração da responsabilidade prevista no artigo 117 da Lei nº 6.404/76, amparado pelos itens III e V do artigo 8º da Lei nº 6.385/76, do acionista majoritário da EX-VARIG, FRB-PAR Investimentos S.A. ("FRB"), pela convocação de AGE para 06/12/06, tendo por objeto a eleição de membros para o seu Conselho de Administração.

O Diretor-Relator foi sorteado em reunião do Colegiado realizada em 06/11/07.

Dos Fatos

Em 17/11/06, a FRB publicou edital de convocação para Assembléia Geral Extraordinária, a ser realizada no dia 06/12/06 na sede da Companhia, "no uso da faculdade prevista na alínea "c", do Parágrafo Único do Art. 123 da Lei nº 6.404/76⁽¹⁾" (fls.01 e 20), disponibilizado na véspera no Sistema IPE pelo Sr. Miguel Dau, Gestor Judicial da EX-VARIG (fls.02).

Em 06/12/06, a área de Supervisão de Relações com Empresas da BOVESPA encaminhou à EX-VARIG o OFÍCIO/GAE/SRE/nº 2.131/06, solicitando o envio do resumo das principais deliberações da referida AGE (fls.03).

Em 26/12/06, o Sr. Miguel Dau encaminhou pelo Sistema IPE, resposta à correspondência da BOVESPA (fls.04/07) informando que não havia sido realizada a citada AGE por motivos que desconhecia, tendo comparecido a FRB, na condição de majoritário, detentor de 87,31% de ações ON, e Interunion Capitalização S.A. – em liquidação extrajudicial, possuidor de 7,90% de ações ON, acrescentando que havia sido informado que o Presidente do Conselho de Administração havia se negado a requerer a convocação da AGE solicitada pela FRB em cumprimento à decisão judicial de 15/12/05, do MM. Juízo da então 8ª Vara Empresarial Rio de Janeiro, agora 1ª Vara, nos autos do processo de recuperação nº 2005.001.072887-7, que afastou o acionista controlador da administração das empresas recuperandas, na forma do artigo 64 da Lei nº 11.101/05⁽²⁾, impedindo-o de qualquer ingerência político-administrativa e, em especial, de destituir qualquer membro do Conselho de Administração, devendo, ainda, manter a atual Diretoria, cabendo ao acionista majoritário o direito de fiscalizar.

Ademais, que a publicação do edital de convocação, foi ato de responsabilidade do acionista majoritário, FRB, e que, em 02/10/06, apreciando petição das empresas em recuperação sobre pedido do Conselho de Administração da EX-VARIG que desejava deliberar sobre itens relacionados à gestão das empresas, o Juízo da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro se manifestou no sentido de que o afastamento do controlador tem o efeito de suspender seus poderes políticos e que a Assembléia Geral não pode mais deliberar sobre quaisquer das matérias previstas nos artigos 122, 132 e 135 da Lei nº 6.404/76 ou nos estatutos, com a transferência temporária para os credores dos poderes de administração.

O Gestor Judicial acrescentou que o atual Conselho de Administração é composto por 3 conselheiros indicados anteriormente pelo acionista majoritário da empresa e que, para eleição de membros do conselho de administração deverá ser observado o artigo 33 do Plano de Recuperação Judicial, que outorgou poderes aos credores de elegerem a maioria dos membros do conselho.

Observe-se que os 3 conselheiros, Humberto Rodrigues Filho (Presidente), Harro Fouquet e Gesner José de Oliveira, foram eleitos no decorrer de 2005 e que o artigo 10 do Estatuto Social da Companhia prevê que o Conselho de Administração será composto de 5 (cinco) a 9 (nove) membros.

Em 01/02/07, a FRB protocolou na CVM correspondência datada de 29/01/07, acostada às fls.08/09, informando que a assembléia geral foi validamente convocada, na forma da lei, tendo os representantes dos acionistas da FRB e da Interunion comparecido na sede da Companhia em Porto Alegre, para participar da referida assembléia geral e que ao lá chegarem verificaram que a administração da Companhia não tinha providenciado o aparato necessário para a realização dos trabalhos da assembléia geral, não comparecendo qualquer representante legal da empresa, tendo sido lavrado Ato Notarial descrevendo o ocorrido.

Em 31/01/07, foi encaminhado ao Gestor Judicial da EX-VARIG o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-4/Nº033/07 (fls.10/15), solicitando manifestação quanto ao conteúdo da correspondência encaminhada pela FRB. O OFÍCIO foi respondido em 14/03/07 (fls.17/23).

O Gestor Judicial informou que a FRB fez publicar o edital de convocação por conta própria sem comunicar tal fato e que, em 06/12/06, os diretores da FRB foram recebidos pela representante legal da empresa e que, na presença do Oficial do Cartório foi informada sobre a assembléia que pretendiam realizar.

Acréscita o Gestor Judicial que " *mesmo desconhecendo a publicação do edital de convocação e, conseqüentemente, a pretendida realização da assembléia em questão, as condições mínimas e necessárias estavam à disposição, não só no que concerne às instalações e equipamentos, mas também nossa advogada, profissional competente para tal*" e, com relação aos livros societários necessários para o controle e verificação do quorum, " *que a companhia faz uso de moderno sistema eletrônico para computação dos acionistas presentes, seus cadastros e ações por espécies e quantidades, em parceria com o Banco Bradesco S.A., contratado para os serviços de Agente Fiduciário de nossas ações, o qual precisaria ser acionado com antecedência*", bastando que " *os acionistas presentes registrassem seus nomes na ata, acompanhado das respectivas assinaturas, ato que daria fé pública ao documento que pretendiam elaborar*".

O Gestor Judicial questiona, também, a motivação da FRB de realizar a convocação de Assembléia Geral ignorando a ordem judicial e, uma vez tendo convocado a AG e comparecido ao local não a tendo realizado, além de fazer-se acompanhar de Oficial de Cartório ao local da assembléia para lavar, em ato público, fatos inverídicos, e requereu apuração de responsabilidades prevista no artigo 117 da Lei nº 6.404/76⁽³⁾, amparado pelos itens III e V do artigo 8º da Lei nº6.385/76⁽⁴⁾.

Em 23/05/07, foi emitido o RA/CVM/SEP/GEA-4/Nº40/07 (fls.24/34), no qual foi proposto o indeferimento do pedido e, em 30/05/07, foi expedido o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-4/Nº169/07, ao Gestor Judicial e à FRB, transmitindo o entendimento da SEP de que não seria aplicável a realização de procedimento com o objetivo de apuração das responsabilidades previstas no artigo 117 da Lei nº 6.404/76, haja vista que não restou comprovado a prática de ato visando causar prejuízo aos acionistas e que ao ser temporariamente afastado dos atos concernentes à administração da Companhia, os acionistas mencionados não poderiam, neste caso específico, ser responsabilizados por exercício abusivo de poder de controle (fls. 36/37).

O Gestor Judicial, em 25/06/07, por intermédio de procuradora constituída, ingressou com recurso da decisão da SEP, nos termos da Deliberação CVM nº 463/03, renova seus argumentos demonstrando seu inconformismo e traz, anexas, correspondências do Presidente do Conselho de Administração para a FRB esclarecendo estar impedido de convocar a Assembléia Geral (fls. 45 e 46), decisões judiciais de 15/12/05, afastando o acionista controlador da gestão (fls.47/50), de 02/10/06 que ratificou o afastamento do acionista controlador e consolidou o poder dos credores (fls.51/53), de 02/10/06 esclarecendo que a decisão anterior "*não permitiu que o acionista controlador das recuperandas influa na modificação da composição dos membros do Conselho de Administração, matéria sobre a qual já existe decisão deste Juízo, prolatada em 15/12/2005 e transitada em julgado*" (fls.54).

Ademais, elabora consulta sobre questões envolvendo o funcionamento do mercado de capitais e questionando o procedimento dos administradores da EX-VARIG Participações em Transportes Aéreos S.A. (VPTA) e da EX-VARIG Participações em Serviços Complementares (VPSC).

A SEP, em 26/06/07, encaminhou correspondência à FRB, OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-4/Nº204/07 (fls.55), com cópia para a EX-VARIG e esta, em resposta, encaminhou, em 06/07/07, os atos constitutivos da empresa e termo de posse do Gestor Judicial em 17/08/06, acostados às fls.5763.

A FRB manifestou-se em 03/09/07 (fls.69/137) questionando a representação da companhia, entendendo que o mandado, de 12/01/07, não confere aos mandatários poderes para proceder a representação junto à CVM, acrescentando que a companhia não poderia convolar comunicado da FRB de convocação e não realização de Assembléia Geral da EX-VARIG em procedimento administrativo complexo, tratando o recurso de consulta e, ademais, que o recurso não se presta para responder consultas, tendo objetivado dar ordens à CVM para determinar providências que são de atribuições internas e discricionárias

Salienta que o afastamento do acionista controlador e impedimento do exercício de direitos de acionista encontram-se submetidas ao judiciário, bem como a determinação do MM. Juiz de Direito à CVM determinando que, até ordem em contrário, não possa ser instaurado qualquer procedimento administrativo contra administradores e ex-administradores (REQUERENTES) da EX-VARIG, VPTA, RIO-SUL e NORDESTE (fls.125/137).

Acrescenta que após publicar, em 17/11/06, a convocação de AGE dos acionistas da EX-VARIG, comunicou a convocação da AGE ao juiz da Vara Empresarial onde tramita o processo de Recuperação Judicial da EX-VARIG, e que a AG não se realizou por ausência de livros societários e dos administradores da EX-VARIG

Ademais, que em 07/12/06 o juiz decidiu que a FRB não pode convocar Assembléia Geral sendo a FRB intimada, em 19/12/06, das decisões judiciais de 02/10/06 e de 07/12/06, sendo que contra todas as decisões prolatadas pelo M.M. Juízo de Direito em relação ao afastamento do acionista controlador e ao impedimento do exercício de direitos de acionista, a FRB interpôs recursos judiciais, que ainda tramitam nas instâncias superiores.

A SEP encaminhou o recurso ao SGE, por intermédio do RA/CVM/SEP/GEA-4/Nº075/07, de 26/10/07, para encaminhamento ao Colegiado, manifestando-se pela manutenção de sua decisão por entender que a assembléia poderia ter sido convocada por qualquer acionista da companhia, ordinarista ou preferencialista, desde que representasse, em conjunto ou separadamente, 5% do capital social da EX-VARIG.

Acrescenta que a análise de um possível descumprimento da decisão judicial e do processo de recuperação judicial da Companhia devem ser feitos pelo Juízo da Primeira Vara Empresarial do Rio de Janeiro, que acompanha o processo de recuperação no qual a EX-VARIG encontra-se inserida.

Aponta, ainda, que a FRB, conforme alegado, ao publicar o edital de convocação para a realização da AGE ainda não teria tomado conhecimento das referidas decisões judiciais uma vez que as intimações somente teriam sido recebidas em 19/12/06, e que não seria competência da CVM avaliar se a FRB agiu em desacordo com as decisões judiciais emanadas pela autoridade competente.

A SEP não comentou os questionamentos feitos pela reclamante acerca da VPTA e da VPSC entendendo que não fazem parte do objeto deste recurso.

É o Relatório.

Voto

De plano afasto a alegação da FRB de que a procuradora que assina o Recurso não possui poderes para proceder a representação junto à CVM.

A procuração, instrumento representativo do mandato, acostada às fls. 44 e 44v., celebrada por instrumento público, confere poderes **ad judicium et extra** aos mandatários, cláusula que autoriza os mandatários a praticar atos referentes à procuração para o foro em geral, e, ainda, praticar os atos extrajudiciais de representação e defesa perante pessoas jurídicas, de direito público ou privado.

Observo que ainda que o ato praticado transcendesse as fronteiras do mandato, o mesmo poderia ser ratificado pelo mandante, seja expressa seja tacitamente (art.662, PU, CC).

Verifico que os assuntos ora tratados, afastamento do acionista controlador e impedimento do exercício de direitos de acionista, encontram-se na esfera judicial, tendo o Meritíssimo Juiz de Direito determinado à CVM, inclusive, que, até ordem em contrário, não instaure qualquer procedimento administrativo contra administradores e ex-administradores da EX-VARIG, VPTA, RIO-SUL e NORDESTE.

Assim, entendo que não merece revisão a manifestação da SEP de não ser aplicável ao caso a apuração das responsabilidades previstas nos artigo 117 da Lei nº 6.404/76.

É o Voto.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2007.

Eli Loria

Diretor-Relator

(1) "Artº 123. Compete ao conselho de administração, se houver, ou aos diretores, observado o disposto no estatuto, convocar a assembléia geral.

Parágrafo Único. A assembléia geral pode também ser convocada:

c) por acionistas que representem 5% (cinco por cento), no mínimo, do capital social, quando os administradores não atenderem, no prazo de 8 (oito) dias, a pedido de convocação que apresentarem, devidamente fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas;

(2) Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles:

I – houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente;

II – houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei;

III – houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores;

IV – houver praticado qualquer das seguintes condutas:

- a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial;
- b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas;
- c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular;
- d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do **caput** do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial;

V – negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê;

VI – tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial.

Parágrafo único. Verificada qualquer das hipóteses do **caput** deste artigo, o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial.

[\(3\)](#) Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

[\(4\)](#) Art. 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

III - fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados;

V - fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório.