

**SESSÃO DE JULGAMENTO DO
INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº 31/00**

Indiciados : Antônio Carlos Caio Simeira Jacob
Durval José Soledade Santos
Edmar Lisboa Bacha
Fernando Octávio Sepúlveda Munita
Jacob Jacques Gelman
Jorge Wilson Simeira Jacob
José Artur Lima Gonçalves
KPMG Auditores Independentes
Massaru Kashiwagi
Milton José Barcellos
Renato Simeira Jacob
Ricardo Pieroni Jacob
Rubens Simeira Jacob

Ementa :

- ***Não configuradas as acusações de abuso de poder e de inexistência de condições equitativas para o acionista controlador e para todos os administradores - Inexistência de violação das alíneas "a" e "f" do artigo 117, artigos 153 e 245, todos da Lei nº 6.404/76 - Absoluções.***
- ***Não configurada falta no dever de fiscalização ou vigilância - Infração ao inciso III do artigo 142 da Lei nº 6.404/76 - Inabilitações e Absoluções.***
- ***Operações com partes relacionadas. Ausência em nota explicativa de registro da responsabilidade contingente remanescente - Infração ao artigo 176, caput, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º, e artigo 177, todos da Lei nº 6.404/76, bem como ao item 2 da Deliberação CVM nº 26/86 - Inabilitações de Diretores.***
- ***Ausência de evidenciação em notas explicativas de operações com partes relacionadas. Responsabilização dos auditores por infração aos artigos 24 e 25 da Instrução CVM nº 216/94 - Multas.***

Decisão : Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, decidiu pelas seguintes absolvições e imputações de penalidades previstas no art. 11 da Lei nº 6.385/76, alterada pela Lei nº 9.457/97:

- por maioria de votos, **absolver** os Srs. **Jorge Wilson Simeira Jacob**, na qualidade de acionista controlador da Lojas Arapuã S/A, da acusação de infração ao artigo 117, alíneas "a" e "f" da Lei 6.404/76;
- por maioria de votos, **absolver** o Sr. **Antônio Carlos Caio Simeira Jacob**, na qualidade de acionista controlador da Lojas Arapuã S/A, da acusação de infração ao artigo 117, alíneas "a" e "f" da Lei 6.404/76;

- por maioria de votos, **inabilitar** para o exercício do cargo de administrador de companhia aberta, **por 2 anos**, o Sr. Jorge **Wilson Simeira Jacob**, na qualidade de conselheiro da Lojas Arapuã S/A, por infração ao inciso III do artigo 142 da Lei nº 6.404/76;
- por maioria de votos, **inabilitar** para o exercício do cargo de administrador de companhia aberta, **por 1 ano**, o Sr. **Antônio Carlos Caio Simeira Jacob**, na qualidade de diretor da Lojas Arapuã S/A, por infração ao artigo 176, *caput*, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º, da Lei nº 6.404/76, bem como ao item 2 da Deliberação CVM nº 26/86 e *caput* e parágrafo 3º do artigo 177 da Lei nº 6.404/76;
- por maioria de votos, **absolver Antonio Carlos Caio Simeira Jacob da acusação de** infração, na qualidade de diretor ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76, e na qualidade de conselheiro, da acusação de infração ao inciso III do artigo 142, e artigo 153, todos da Lei nº 6.404/76;
- por maioria de votos, **inabilitar** para o exercício do cargo de administrador de companhia aberta, **por 1 ano**, o Sr. **Ricardo Pieroni Jacob**, na qualidade de diretor da Lojas Arapuã S/A, por infração ao artigo 176, *caput*, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º, da Lei nº 6.404/76, bem como ao item 2 da Deliberação CVM nº 26/86, e ao *caput* e parágrafo 3º do art. 177 da Lei nº 6.404/76;
- por maioria de votos, **absolver Ricardo Pieroni Jacob**, na qualidade de conselheiro e diretor da Lojas Arapuã S/A, **da acusação de** infração aos artigos 153, 245, e ao inciso III do artigo 142, todos da Lei nº 6.404/76.
- por maioria de votos, **inabilitar** para o exercício do cargo de administrador de companhia aberta, **por 2 anos**, o Sr. **Massaru Kashiwagi**, na qualidade de diretor da Lojas Arapuã S/A, no período 1995/1998, por infração ao artigo 176, *caput*, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º, da Lei nº 6.404/76, bem como ao item 2 da Deliberação CVM nº 26/86, e ao *caput* e parágrafo 3º do artigo 177 da Lei nº 6.404/76;
- por maioria de votos, **absolver Massaru Kashiwagi**, na qualidade de diretor da Lojas Arapuã S/A, **da acusação de** infração aos artigos 153 e 245 da Lei nº 6.404/76.
- por maioria de votos, **inabilitar** para o exercício do cargo de administrador de companhia aberta, **por 1 ano**, o Sr. **Milton Barcellos**, na qualidade de diretor da Lojas Arapuã S/A, por infração ao artigo 176, *caput*, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º, da Lei nº 6.404/76, bem como ao item 2 da Deliberação CVM nº 26/86, e ao *caput* e parágrafo 3º do artigo 177 da Lei nº 6.404/76;
- por maioria de votos, **absolver Milton Barcellos**, na qualidade de diretor da Lojas Arapuã S/A, **da acusação de** infração aos artigos 153 e 245, todos da Lei nº 6.404/76.
- por maioria de votos, **inabilitar** para o exercício do cargo de administrador de companhia aberta, **por 1 ano**, o Sr. **Rubens Simeira Jacob**, na qualidade de diretor da Lojas Arapuã S/A, por infração ao artigo 176, *caput*, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º, da Lei nº 6.404/76, bem como ao item 2 da Deliberação CVM nº 26/86, e ao *caput* e parágrafo 3º do art. 177 da Lei nº 6.404/76;
- por maioria de votos, **absolver Rubens Simeira Jacob**, na qualidade de diretor da Lojas Arapuã S/A, **da acusação de** infração aos artigos 153 e 245 da Lei nº 6.404/76.
- por maioria de votos, **inabilitar** para o exercício do cargo de administrador de companhia aberta, **por 1 ano**, o Sr. **Renato Simeira Jacob**, na qualidade de conselheiro da Lojas Arapuã S/A, por infração ao inciso III do art. 142 da Lei nº 6.404/76;
- por maioria de votos, **absolver Renato Simeira Jacob**, na qualidade de conselheiro e diretor de Lojas Arapuã S/A, da acusação de infração ao art. 245 da Lei nº 6.404/76.
- por maioria de votos, **absolver** os conselheiros José Artur Lima Gonçalves, Edmar Lisboa Bacha, Durval José Soledade Santos e Jacob Gelman, **da acusação de** infração aos artigos 142, inciso III, e 153 da Lei nº 6.404/76.

- por unanimidade de votos, **multar a KPMG Auditores Independentes em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)**, por infração ao artigo 24 da Instrução CVM nº 216/94 por não seguirem o determinado pelo Pronunciamento do pela Deliberação CVM nº 26/86 em relação à auditoria das demonstrações financeiras de Lojas Arapuã de 1995 a 1997 e por infração ao artigo 25 da Instrução CVM nº 216/94 por não observarem as NBCT-11, itens 11.2, 12.2 e 11.3.8.1 em relação à auditoria das demonstrações financeiras de Lojas Arapuã de 31/12/97.
- por maioria de votos, **multar o Sr. Fernando Octávio Sepúlveda Munita, em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais)**, por infração ao artigo 24 da Instrução CVM nº 216/94 não seguir o determinado pelo Pronunciamento do IBRACON e pela Deliberação CVM nº 26/86 em relação à auditoria das demonstrações financeiras de Lojas Arapuã de 1995 a 1997 e por infração ao artigo 25 da Instrução CVM nº 216/94 por não observarem as NBCT-11, itens 11.2, 12.2 e 11.3.8.1 em relação à auditoria das demonstrações financeiras de Lojas Arapuã de 31/12/97.
- por unanimidade de votos, **comunicar o resultado do presente julgamento ao Ministério Público Federal e ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região** em nome das pessoas para as quais já foram encaminhadas as informações.

Os acusados punidos terão um prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento de comunicação da CVM, para interpor recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos termos do parágrafo único do artigo 14 da Resolução nº 454, de 16.11.77, do Conselho Monetário Nacional, prazo esse, ao qual, de acordo com orientação fixada pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, poderá ser aplicado o disposto no art. 191 do Código de Processo Civil, que concede prazo em dobro para recorrer quando litisconsórcios tiverem diferentes procuradores.

A CVM oferecerá recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional de sua decisão no tocante às absolvições proferidas.

Proferiram defesa oral o Dr. Nelson Eizirik, advogado de Durval José Soledade Santos, Edmar Lisboa Bacha, Jacob Jacques Gelman e José Artur Lima Gonçalves; a Dra. Maria Isabel do Prado Bocater, advogada de Antônio Carlos Caio Simeira Jacob, Jorge Wilson Simeira Jacob, Massaru Kashiwagi, Milton José Barcellos, Renato Simeira Jacob, Ricardo Pieroni Jacob e Rubens Simeira Jacob; e o Dr. João Luiz Aguiar de Medeiros, advogado de Fernando Octávio Sepúlveda Munita e KPMG Auditores Independentes.

Participaram do julgamento os seguintes membros do Colegiado: Diretores Norma Jonssen Parente, Relatora; Luiz Antonio de Sampaio Campos, e o Presidente Luiz Leonardo Cantidiano.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2003

NORMA JONSEN PARENTE

Diretora-Relatora

LUIZ LEONARDO CANTIDIANO

Presidente da Sessão

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº 31/2000

INDICIADOS: **Jorge Wilson Simeira Jacob**
Antônio Carlos Caio Simeira Jacob
Ricardo Pieroni Jacob
Massaru Kashiwagi
Milton Barcellos
Rubens Simeira Jacob
Renato Simeira Jacob
José Artur Lima Gonçalves
Edmar Lisboa Bacha
Durval José Soledade Santos
Jacob Jacques Gelman
KPMG Auditores Independentes

RELATORA: **Fernando Octávio Sepúlveda Munita**
DIRETORA NORMA JONSSSEN PARENTE

RELATÓRIO

DOS FATOS

1. Em 14.10.98, foi divulgado na imprensa que a Lojas Arapuã S/A, que obtivera a concordata preventiva em 22.06.98, teria apresentado aos seus credores um plano de retirada da concordata através da troca de seu passivo por títulos de longo prazo (fls. 126 e 127).

2. Em 17.06.99, foi apresentada à CVM reclamação de investidor alegando que o plano de reestruturação proposto aos credores seria lesivo aos acionistas minoritários e denunciando a existência de um crédito com empresas ligadas no balanço da concordata no montante de R\$235 milhões, o que estaria em desacordo com a situação financeira da companhia (fls. 27 a 33).

3. Diante desses fatos e da divulgação de notícias na imprensa dando conta da transferência de ativos da Arapuã para outra empresa de capital fechado como alternativa a uma eventual falência, a Superintendência de Relações com Empresas - SEP solicitou inspeção na companhia, tendo sido apurado o seguinte (fls. 183 a 206):

a) a Arapuã adotou entre 1996 e 1998 a prática de transferir dívidas que possuía com bancos e fornecedores para a empresa ligada Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda. e para a controladora Simeira Comércio e Indústria Ltda. com o respectivo numerário para sua liquidação ajustado a valor presente;

b) as dívidas transferidas eram compostas de duplicatas de fornecedores ou contratos de vendedor que são uma modalidade de financiamento de vendas para empresas na qual quem contrata o crédito é o vendedor do bem, mas quem paga o crédito é o comprador e caso este não honre o compromisso junto ao banco, o vendedor responde pela sua liquidação, assumindo o direito creditório junto ao comprador;

c) apesar de a Arapuã permanecer como devedora final, já que não havia anuência dos credores nos contratos de assunção de dívidas que formalizavam as transferências de dívidas para as empresas ligadas, tais contingências passivas não foram evidenciadas em notas explicativas às demonstrações financeiras da companhia de 1996 e 1997 e nem o auditor independente, a KPMG Auditores Independentes, as mencionou nos pareceres emitidos naquele período;

d) ao analisar as operações, a inspeção concluiu que as transferências de dívidas seriam mútuos financeiros disfarçados que serviam para o repasse de numerário da companhia aberta para as empresas Commerce e Simeira, cujos controladores a nível de pessoa física eram os mesmos da Arapuã;

e) a partir de outubro de 1997 as dívidas assumidas começaram a voltar para a Arapuã sem o numerário

correspondente, tendo culminado, por ocasião da concordata, no crédito a receber de cerca de R\$235 milhões de sua controlada Arapuã Serviços de Administração de Crédito e Cobrança S/C Ltda. para a qual foi transferida toda a dívida da Commerce e da Simeira;

f) de 22.06.98, data da concordata, até 31.12.99, os encargos financeiros do mútuo da Arapuã com a Arapuã Serviços foram apropriados, sendo que a partir de janeiro de 1999 não mais o foram.

4. Com base no Relatório de Inspeção, foi proposta a instauração de Inquérito Administrativo com vistas à apuração da responsabilidade dos acionistas controladores e administradores da Arapuã, bem como a atuação do auditor independente (fls. 02 a 15).

DO INQUÉRITO ADMINISTRATIVO

5. Em reunião realizada em 09.06.2000 (fls. 18), o Colegiado aprovou a instauração de Inquérito Administrativo para apurar as irregularidades apontadas pela inspeção e, através da PORTARIA/CVM/PTE/Nº 110 de 05.10.2000, foi designada a Comissão encarregada de sua condução (fls. 01).

DO RELATÓRIO DA COMISSÃO DE INQUÉRITO

6. Do Relatório da Comissão de Inquérito (fls. 5784 a 5833), merece ser destacado o seguinte:

a) a prática de repassar sistematicamente para a empresa ligada Commerce dívidas com fornecedores e bancos juntamente com o respectivo numerário que começou antes mesmo de a Arapuã se tornar companhia aberta em outubro de 1995 continuou em 1996 e 1997;

b) para justificar as operações, foram apresentadas duas razões: (i) uma de que haveria vantagens tributárias para a Arapuã; e (ii) outra de que a Arapuã teria sido forçada a realizá-las para que a Commerce pudesse cobrir um passivo que permaneceu quando houve a transferência de suas operações de varejo para evitar a interrupção do fornecimento de mercadorias para as lojas, o que teria criado um círculo vicioso com a remessa de dívidas a vencer e numerário para o pagamento de dívidas vincendas;

c) as operações de transferências de dívidas e numerário não eram evidenciadas em notas explicativas nas demonstrações financeiras da Arapuã, o que importava na ocultação aos acionistas minoritários de informações relevantes sobre a situação financeira e patrimonial da companhia;

d) o modo como eram feitas as operações, baixando as dívidas do passivo em contrapartida da saída dos valores do ativo, dava a entender aos usuários das demonstrações financeiras que tais dívidas teriam sido quitadas, quando, na verdade, haviam sido apenas transferidas para uma empresa ligada;

e) como os contratos de assunção de dívidas não tinham a anuência dos credores, a Arapuã permanecia com a responsabilidade subsidiária pelas obrigações em caso de inadimplência da Commerce, eventual contingência essa que deveria também ser evidenciada em notas explicativas;

f) o mercado foi, portanto, privado de uma informação relevante acerca dos negócios da companhia, qual seja, a realização habitual e sistemática de operações de transferência de recursos e dívidas para a Commerce envolvendo valores substanciais, que totalizaram no período de 1995 a 1997 cerca de R\$1.126 milhões, com a possibilidade de ocorrerem eventuais contingências para a Arapuã;

g) as contingências que, segundo os administradores, não deveriam ser necessariamente evidenciadas em virtude da remota possibilidade de ocorrerem, começaram a se concretizar a partir de 01.10.97, quando dívidas transferidas à Commerce retornaram à Arapuã, obrigando-a a constituir, em 31.12.97, uma provisão de cerca de R\$ 80 milhões por conta de dívidas que ainda estavam em poder da Commerce e de R\$ 42 milhões devidos pela Simeira;

h) as demonstrações financeiras de 31.12.97 traziam também nota explicativa afirmando que, em 27.03.98, o mútuo da companhia com a Simeira havia sido quitado, sendo que, na verdade, ele havia evoluído para cerca de R\$ 90 milhões;

i) as operações de ida e volta das dívidas da Simeira para a Arapuã, realizadas entre os dias 26.03.98 e 28.03.98, foram feitas com o objetivo de fazer o saldo de R\$90 milhões desaparecer momentaneamente, usando o artifício de contabilizar o retorno das obrigações somente no mês de abril;

j) o crescimento do mútuo da Arapuã com sua controladora Simeira foi rápido e atingiu o valor de R\$235

milhões em 22.06.98, quando foi solicitada a concordata, e decorreu da volta das dívidas no fim de março (R\$90 milhões), da remessa de numerário (R\$18 milhões), do estorno de operações com debêntures (R\$24 milhões), de dívidas reassumidas (R\$67 milhões) e de créditos imobiliários enviados de volta para a Simeira (R\$28 milhões), tendo sido transferido para a Arapuã Serviços de Administração de Crédito e Cobrança S/C Ltda., sua controlada;

k) essas operações significaram a saída de recursos e direitos ou assunção de dívidas que vieram a agravar a situação financeira da Arapuã e aliviar a das empresas ligadas, tendo sido o montante no valor de R\$248 milhões provisionado, em sua totalidade, nas demonstrações financeiras em 31.12.98;

l) a partir de 31.12.98 não foram mais apropriados os encargos devidos sobre o crédito;

m) todos os diretores que exerceram seus cargos à época em que foram cometidas as infrações, participando direta ou indiretamente das operações da Arapuã com suas empresas ligadas, e que assinaram as demonstrações financeiras da companhia de 31.12.95, 31.12.96 e 31.12.97 devem ser responsabilizados, bem como todos os diretores que deixaram de apropriar a partir de 31.12.98 os encargos sobre o crédito devido pela Arapuã contra a Arapuã Serviços;

n) quanto à atuação do conselho de administração, destaca-se que cabia a ele fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados e quaisquer outros;

o) o dever de fiscalizar vai além da análise do aspecto formal dos atos da diretoria, cabendo verificar se estão de acordo com os interesses da companhia e de seus acionistas;

p) a magnitude e a continuidade das operações de transferência de dívidas e recursos realizadas por três exercícios seguidos descarta a eventual alegação, por parte de qualquer conselheiro, de que desconhecia sua existência;

q) além disso, não foi realizada nenhuma reunião entre 14.08.97 e 30.03.98 quando a Arapuã passou a receber de volta as dívidas transferidas, o que caracteriza a completa omissão na função de fiscalizar os atos da diretoria;

r) quanto à atuação dos auditores independentes, verificou-se que os mesmos não poderiam ter emitido pareceres sem ressalvas, uma vez que as demonstrações financeiras da Arapuã, entre 1995 e 1997, não traziam as notas explicativas sobre a realização de substanciais operações com partes relacionadas;

s) a análise dos papéis de trabalho indicava também que eles não verificaram a devolução pela Commerce dos valores de R\$88.570.512,43 em 01.10.97, R\$51.347.728,47 em 30.10.97 e de R\$50.800.139,79 em 30.11.97 que indicavam a necessidade da constituição de uma provisão nas demonstrações de 31.12.97 em relação ao mútuo com partes relacionadas e às dívidas com fornecedores, que acabou sendo constituída em 31.12.98.

t) por sua vez, os acionistas controladores devem ser responsabilizados por abuso de poder pelas operações que envolveram a transferência de recursos e direitos ou assunção de dívidas que agravaram a situação financeira da Arapuã e aliviaram a das empresas ligadas que estavam na contraparte, em benefício destas e em prejuízo daquela, bem como pela operação de ida e volta das dívidas ocorrida entre os dias 26 e 28.03.98, feita com o objetivo de informar enganosamente nas demonstrações financeiras de 31.12.97 que o mútuo com empresas ligadas havia sido liquidado;

u) além disso, os acionistas controladores devem ser responsabilizados pelo fato de não terem sido evidenciadas nas demonstrações financeiras de 1995 a 1997 da Arapuã as operações de transferência de dívidas e numerário para empresas ligadas e a possibilidade de eventuais contingências, bem como de não ter sido constituída provisão em relação às dívidas que foram transferidas para empresas ligadas e a mútuos constituídos com essas empresas, ocultando dos acionistas minoritários informações relevantes sobre a situação financeira e patrimonial da companhia

7. À luz dos fatos apurados, a Comissão de Inquérito entendeu terem sido praticadas as seguintes irregularidades pelas pessoas abaixo identificadas:

7.1) Jorge Wilson Simeira Jacob e Antônio Carlos Caio Simeira Jacob, acionistas controladores:

a) infração ao parágrafo único do artigo do artigo 116 da Lei n^o 6.404/76 pelo fato de a companhia não ter evidenciado em suas demonstração financeiras de 1995 a 1997 as operações de transferência de dívidas e

numerário para a Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda. e a possibilidade de eventuais contingências, bem como não ter constituído provisão em relação a dívidas transferidas e a mútuos constituídos com a Commerce e a Simeria Comércio e Indústria Ltda.;

b) infração às alíneas "a" e "f" do artigo 117 da Lei nº 6.404/76 pelas sucessivas remessas de dinheiro efetuadas pela companhia a débito do mútuo com a Commerce e a Simeira a partir de 01.10.97, bem como pelas operações de reassunção de cerca de R\$67 milhões em dívidas da Evadin, não devolução de cerca de R\$24 milhões na reversão da emissão de debêntures e cessão dos créditos imobiliários de cerca de R\$28 milhões para a Simeira, operações que agravaram a situação financeira da companhia que ficou com um crédito com empresas ligadas de cerca de R\$235 milhões em 22.06.98, data de sua concordata;

c) infração à alínea "a" do artigo 117 da Lei nº 6.404/76 pelas operações de ida e volta das dívidas realizadas entre a companhia e Simeira entre 26 e 28.03.98 com o intuito de zerar artificialmente o mútuo havido entre ambas.

7.2) Antônio Carlos Caio Simeira Jacob, Ricardo Pieroni Jacob, Massaru Kashiwagi, Milton Barcellos e Rubens Simeira Jacob, diretores que exerceram o cargo entre 1995 e 1998:

a) infração ao disposto no artigo 176, *caput*, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º da Lei nº 6.404/76, bem como ao item 2 da Deliberação CVM Nº 26/86 e ao parágrafo 3º do artigo 177 da Lei nº 6.404/76, pelo fato de a companhia não ter evidenciado em suas demonstrações financeiras de 1995 a 1997 as operações de transferência de dívidas e numerário para a Commerce e a possibilidade de eventuais contingências, bem como não ter constituído provisão em relação a dívidas transferidas e a mútuos constituídos com a Commerce e a Simeira;

b) infração aos artigos 153 e 245 da Lei nº 6.404/76 pelas sucessivas remessas de dinheiro efetuadas pela companhia a débito do mútuo com a Commerce e a Simeira a partir de 01.10.97, bem como pelas operações de reassunção pela companhia de cerca de R\$67 milhões em dívidas com a Evadin, não devolução de cerca de R\$24 milhões na reversão da emissão de debêntures e cessão dos créditos imobiliários de cerca de R\$28 milhões para a Simeira, operações que agravaram a situação financeira da companhia que ficou com um crédito com empresas ligadas de cerca de R\$235 milhões em 22.06.98;

c) infração à alínea "i" do parágrafo 5º do artigo 176 e ao *caput* do artigo 177, ambos da Lei nº 6.404/76 pelas operações de ida e volta de dívidas realizadas entre a companhia e Simeira entre 26 e 28.03.98 com o intuito de zerar artificialmente o mútuo havido entre ambas.

7.3) Renato Simeira Jacob, Antônio Carlos Caio Simeira Jacob, Ricardo Pieroni Jacob, Massaru Kashiwagi e Rubens Simeira Jacob, diretores que exerceram o cargo a partir de 31.12.98, pela não apropriação de encargos ao crédito detido por Lojas Arapuã contra Arapuã Serviços de Administração de Crédito e Cobrança S/C Ltda., por infração ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76 que veda aos administradores favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, em prejuízo da companhia.

7.4) Jorge Wilson Simeira Jacob, Renato Simeira Jacob, Antônio Carlos Caio Simeira Jacob, Ricardo Pieroni Jacob, José Artur Lima Gonçalves, Edmar Lisboa Bacha, Durval Soledade e Jacob Jacques Gelman, membros do Conselho de Administração que exerceram o cargo entre 1995 e 1998:

a) infração ao inciso III do artigo 142 da Lei nº 6.404/76 por não fiscalizarem as operações da companhia com suas empresas ligadas Commerce e Simeira entre 1995 e 1998;

b) infração ao artigo 153 da Lei nº 6.404/76 pelo fato de o conselho não ter se reunido entre 14.08.97 e 30.03.98.

7.5) Jorge Wilson Simeria Jacob e Renato Simeria Jacob, membros do Conselho de Administração da Arapuã, que também eram administradores das empresas ligadas beneficiárias das transferências de dívidas e recursos, pelas sucessivas remessas de dinheiro efetuadas pela companhia a débito do mútuo com a Commerce e a Simeira a partir de 01.10.97, bem como pelas operações de reassunção de cerca de R\$67 milhões em dívidas com a Evadin, não devolução de cerca de R\$24 milhões na reversão da emissão de debêntures e cessão dos créditos imobiliários de cerca de R\$28 milhões para a Simeira por infração ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76 que veda aos administradores favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada em prejuízo da companhia.

7.6) KPMG Auditores Independentes e Fernando Octávio Sepúlveda Munita:

- a) infração ao artigo 24 da Instrução CVM Nº 216/94 por não seguirem o determinado pelo Pronunciamento XXII do IBRACON e pela Deliberação CVM Nº 26/86 em relação à auditoria das demonstrações financeiras de Lojas Arapuã de 1995 a 1997;
- b) infração ao artigo 25 da Instrução CVM Nº 216/94 por não observarem as NBC-T-11, itens 11.2.12.2 e 11.3.8.1, em relação à auditoria das demonstrações financeiras de Lojas Arapuã de 31.12.97.
8. A Comissão de Inquérito propôs também que, caso o Colegiado aprovasse o seu Relatório, deveriam ser notificados os Srs. Milton Barcellos, José Artur Lima Gonçalves, Edmar Lisboa Bacha, Durval Soledade e Jacob Jacques Gelman por não o terem sido ao início do inquérito.
9. Recomendou, ainda, a Comissão que fosse enviada cópia do Relatório ao Ministério Público Federal em vista das Representações Criminais nºs 2324/2000 e 1.34.001.006453/2000-12, bem como à Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região onde tramita a Medida Cautelar nº 2000.03.00.006931-9.
10. Em decorrência do despacho de fls. 5835, aprovado pelo Colegiado (fls. 5868 e 5869), os autos foram baixados em diligência para que a Comissão de Inquérito tomasse o depoimento dos ex-membros do conselho de administração de Lojas Arapuã Durval José Soledade Santos, Jacob Jacques Gelman, José Artur Lima Gonçalves e Edmar Lisboa Bacha com o objetivo de esclarecer o seguinte:
- a) se os mesmos haviam tomado conhecimento das operações de transferência de dívidas e recursos entre a companhia e suas empresas ligadas Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda. e Simeira Comércio e Indústria Ltda.; e
- b) se realmente não havia sido realizada nenhuma reunião do conselho de administração da companhia durante o período de 14.08.97 e 30.03.98, conforme se verifica do livro de atas.
11. Após a tomada dos depoimentos dos ex-conselheiros, a Comissão de Inquérito elaborou o Relatório de Cumprimento de Diligência em que concluiu o seguinte (fls. 5870 a 5877):
- a) manter a acusação de que não foi exercido adequadamente o dever de fiscalizar previsto no inciso III do artigo 142 da Lei nº 6.404/76, mesmo que se aceitasse a hipótese de que os declarantes não tinham conhecimento das operações de transferência de dívidas, por não terem percebido prática tão habitual, expressiva, de conhecimento corrente dos outros administradores e com eventos conexos citados em nota explicativa por eles examinada;
- b) manter a acusação em relação ao dever de diligência previsto no artigo 153 da Lei nº 6.404/76, pois, apesar dos indícios apresentados de que teria havido reunião do conselho no período, a ausência de ata torná-la-ia inócua, comprometendo a eficácia das deliberações eventualmente tomadas, não havendo indícios de que os conselheiros ouvidos tivessem diligenciado no sentido de cobrar a confecção da ata.
12. Em reunião realizada em 14.05.02, o Colegiado aprovou o Relatório da Comissão de Inquérito com base no voto da Diretora-Relatora (fls. 5897 a 5909) com as ressalvas a seguir apontadas, tendo o diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos divergido apenas no tocante à imputação de responsabilidade a todos os membros do Conselho de Administração por suposta infração ao inciso III do artigo 142 e do artigo 153, ambos da Lei nº 6.404/76 (fls. 5908 e 5909):
- a) as operações de ida e volta realizadas entre a Arapuã e a Simeira entre 26 e 28.03.98 que "zeraram" artificialmente o mútuo havido entre ambas, motivando a inclusão indevida de nota explicativa como evento subsequente, e que voltaram a ser contabilizadas somente no mês de abril seguinte, foram realizadas apenas com infração ao *caput* do artigo 177 da Lei nº 6.404/76, e não à alínea "i" do parágrafo 5º do artigo 176 da mesma lei;
- b) com relação à proposta da Comissão de Inquérito de responsabilização por infração ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76 dos integrantes do Conselho de Administração de Lojas Arapuã, Jorge Wilson Simeira Jacob e Renato Simeira Jacob, que eram também administradores das empresas beneficiárias das transferências, pelas sucessivas remessas de dinheiro à Commerce e à Simeira, mediante contrato de mútuo e a reassunção de dívidas a partir de outubro de 1997, quando existiam fortes indicativos de que elas não poderiam arcar com essas obrigações, o Colegiado decidiu que tal imputação não é cabível a eles pois na condição de conselheiros, além de atuarem de forma colegiada, não eram responsáveis por esses atos.
13. Ressalte-se que mesmo após a conclusão da diligência em que foram tomados os depoimentos dos ex-

conselheiros Durval José Soledade Santos, Jacob Jacques Gelman, José Artur Lima Gonçalves e Edmar Lisboa Bacha e solicitadas informações à companhia a respeito da realização de eventuais reuniões do conselho no período questionado (fls. 5870 a 5874), o Colegiado, por maioria, entendeu que deveriam ser mantidas as acusações a todos os conselheiros, visto que os depoimentos e documentos apresentados não eram suficientes para comprovar ter havido reunião do conselho de administração no período, ou seja, seria preciso que os mesmos fossem fortes o suficiente para se contraporem à autenticidade do livro de atas que aparentava ser cuidadosamente lavrado e conter todas as atas das reuniões efetivamente realizadas.

14. Cabe acrescentar que, além de não terem sido informados nos depoimentos os assuntos discutidos e as deliberações tomadas nas mencionadas reuniões, não havia qualquer ressalva nas assinaturas das atas subseqüentes e também nada foi apresentado pelos Srs. Jacob Jacques Gelman e Edmar Lisboa Bacha.
15. Em nome do Sr. Durval José Soledade Santos foi anexada uma nota de débito emitida em 30.10.97 referente a passagem aérea Rio/São Paulo/Rio e em nome do Sr. José Artur Lima Gonçalves foram anexados dois comprovantes de pagamentos por prestação de serviços como conselheiro datados de 04.12.97 e 05.02.98 no valor de R\$3.000,00 cada um que, por ser também advogado, não se sabe se tais valores se referiam à sua participação em reunião do conselho ou ao pagamento de honorários.
16. Quanto à proposta da Comissão de Inquérito de enviar cópia do seu Relatório ao Ministério Público Federal e ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região em nome das pessoas expressamente mencionadas no item 274, o Colegiado decidiu que fosse dada continuidade ao encaminhamento de cópias já iniciado.
17. Assim, o Colegiado determinou a intimação dos indiciados para a apresentação de defesa, sendo que os Srs. Milton Barcellos, José Artur Lima Gonçalves, Edmar Lisboa Bacha, Durval José Soledade Santos e Jacob Jacques Gelman deveriam ser também notificados por não o terem sido ao início do inquérito.
18. Devidamente intimados (fls. 5943 a 5965), os acusados apresentaram suas defesas.

DAS RAZÕES DE DEFESA

Defesa de Jorge Wilson Simeira Jacob, Antônio Carlos Caio Simeira Jacob, Renato Simeira Jacob, Ricardo Pieroni Jacob, Massaru Kashiwagi, Milton Barcellos e Rubens Simeira Jacob

19. Às fls. 6056 a 6280, os acusados apresentaram as seguintes razões:

19.1) Das preliminares

- 19.1.1) o defendente Milton Barcellos não foi notificado à época da instauração deste Inquérito, não lhe sendo deferida a oportunidade de prestar depoimentos, produzir provas, ou seja, contribuir para a elucidação dos fatos;
- 19.1.2) como se afastou da empresa em 23.07.98 e não tinha mais qualquer vínculo com a Arapuã à época das investigações, não teve ciência de que havia suspeitas de ilicitude de atos supostamente por ele praticados;
- 19.1.3) logo, sua notificação posterior, longe de suprir um mero vício formal, apresenta-se como cerceamento do seu direito constitucional à ampla defesa, em afronta ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, razão pela qual deve ser excluído do Inquérito;

19.2) Do grupo Arapuã e das características do seu negócio

- 19.2.1) o grupo era composto por quatro segmentos: alimentos, imobiliário, varejo e financeiro;
- 19.2.2) as empresas tinham em comum apenas seus controladores, já que não possuíam participações societárias cruzadas, o que possibilitava uma atuação independente;
- 19.2.3) o negócio fundamental da Arapuã era o comércio varejista de eletro-eletrônicos e envolvia quase que exclusivamente vendas a prazo que em 1996 representavam cerca de 80% de seu faturamento;
- 19.2.4) a Arapuã, para incrementar suas vendas, adotava, como todas as demais empresas do setor, dois veículos de financiamento do negócio: (i) a concessão de prazo pelos fornecedores das mercadorias; e (ii) o crédito direto ao consumidor, com a sua interveniência (CDC-I), contratado com financeiras, de modo que a empresa recebia o valor da mercadoria à vista e o cliente ficava devedor da financeira;
- 19.2.5) a aquisição de mercadorias pela Arapuã com os fornecedores se dava por um mecanismo chamado "vendedor", através do qual o fornecedor vendia as mercadorias à vista para a Arapuã que era financiada por uma instituição

financeira, sendo o fornecedor também co-obrigado do financiamento;

19.2.6) em março de 1997, as fontes de financiamento das vendas da Arapuã eram assim distribuídas: (i) próprio 40,2%; (ii) Banco Fenícia, instituição financeira do Grupo, 32,1%; (iii) Feniciapar, empresa criada em 1995 que tinha como objetivo captar recursos no mercado via emissão de debêntures e *commercial papers*, 21,2%; (iv) outros bancos 6,5%;

19.2.7) a maneira eficiente com que a Arapuã administrava seu caixa fazia dela uma empresa muito competitiva e no período objeto de apuração da Comissão de Inquérito, a despeito do forte contingenciamento de crédito imposto pelo Governo Federal, logrou um aumento de 64% no seu faturamento, o que a levou a ser escolhida a melhor empresa daquele setor, em 1996, pela Revista Exame;

19.3) **Das transferências de dívidas para sociedades coligadas**

19.3.1) a Arapuã buscava, constantemente, alternativas para a aplicação do seu caixa, com vistas a obter o maior rendimento possível até a data de vencimento dos contratos com os fornecedores;

19.3.2) nesse sentido, a Arapuã adotava uma estratégia financeira que lhe permitia a obtenção de remuneração à taxa de mercado sem a incidência de imposto de renda na fonte;

19.3.3) tal estratégia consistia na transferência de dívidas e o correspondente caixa para outras empresas do mesmo grupo, sendo as operações perfeitamente lícitas;

19.3.4) com a mudança introduzida pela Lei n^o 9.069/95, a aplicação financeira por transferência de dívida poderia ser feita sem incidência do imposto na fonte quando o beneficiário da transferência fosse uma instituição não-financeira, como era o caso da Commerce e Simeira, empresas do Grupo Arapuã;

19.3.5) deve-se deixar claro que estratégias como essa demonstram a forma normal de atuação das empresas do setor varejista: de um lado a manutenção de níveis elevados de caixa e, de outro, um forte endividamento;

19.3.6) o uso desse tipo de operações, no período objeto deste inquérito, representou um ganho considerável no gerenciamento das disponibilidades financeiras do grupo e melhor remuneração de seu caixa;

19.3.7) no ano de 1996, por exemplo, as despesas relativas às transferências de dívidas no valor de R\$30.243.000,00, e que deixaram de ser pagas pela Arapuã, representaram a metade do lucro líquido apurado naquele exercício;

19.3.8) lembre-se que o ganho financeiro oriundo das operações em questão favoreciam a própria companhia e seus acionistas, inclusive minoritários, ao contrário da alegação feita pela Comissão de Inquérito, de que favoreciam apenas as empresas ligadas aos controladores;

19.3.9) vale esclarecer que as aplicações eram feitas entre empresas do próprio Grupo pelo fato de que o Grupo tinha muito mais crédito que a Arapuã e as operações "intragruppo" permitiam um melhor gerenciamento do caixa da empresa;

19.3.10) a Comissão de Inquérito, confrontando mensalmente os montantes de dívidas transferidas para a Commerce e pagamentos por ela efetuados nos anos de 1996 e 1997, concluiu que tinham por escopo a quitação de débitos vencidos;

19.3.11) contudo, esse confronto entre dívidas e pagamentos, dentro de um mesmo mês, não leva a qualquer resultado lógico, posto que as transferências de dívidas referiam-se a débitos que venceriam em meses subsequentes;

19.3.12) desse modo, os dados examinados servem para demonstrar que, consideradas na totalidade do período apurado, todas as dívidas transferidas eram quitadas com os recursos correspondentes, o que foi atestado pela Trevisan Auditores Independentes em seu relatório (fls. 210 e seguintes);

19.3.13) note-se ainda que até 28.04.98, inexistia qualquer débito transferido que estivesse vencido e não pago;

19.3.14) assim, a estratégia financeira da administração produzia rendimentos adicionais, contribuindo para o aumento de riqueza de todos os seus acionistas;

19.4) **Da crise financeira enfrentada pela Arapuã**

19.4.1) em 1997, a Arapuã teve sua situação financeira seriamente abalada em virtude dos seguintes motivos:

- a. grande retração nas vendas, notadamente na área onde estavam concentradas suas atividades, eletro-eletrônicos;
- b. aumento significativo dos índices de inadimplência dos consumidores;
- c. crise nos mercados asiáticos e conseqüente aumento na taxa de juros brasileira de 22 para 42%, acentuando a recessão;

19.4.2) a queda no faturamento somado ao aumento da inadimplência dos consumidores provocou o prejuízo da Arapuã durante todo o ano de 1997;

19.4.3) acrescenta-se que a mesma estratégia que outrora assegurara à Arapuã um elevado nível de caixa, com o advento da crise de 1997, contribuiu para transformar seu faturamento em uma colossal dívida, já que, como interveniente-garante nos contratos de CDC-I, viu-se responsável pela quitação à vista de toda a dívida;

19.4.4) de início, as demais empresas do Grupo se mobilizaram para solver as dívidas da Arapuã;

19.4.5) posteriormente, o próprio Grupo passou a enfrentar restrições de crédito, tendo dificuldades de fazer caixa de tal forma que o Banco Fenícia não mais conseguia "rolar" seus CDBs e tampouco a Feniciapar colocar debêntures ou *commercial papers* no mercado;

19.4.6) diante da piora da situação da Arapuã, bem como do contágio do resto do Grupo, os débitos antes transferidos começaram a retornar, posto que a continuidade do negócio estava ameaçada pela interrupção do fornecimento de mercadorias;

19.4.7) essa situação impunha uma renegociação com os credores, o que só poderia acontecer se todas as dívidas estivessem reunidas numa mesma empresa, a Arapuã;

19.4.8) portanto, era necessário que tais obrigações voltassem ao seu balanço como forma de assegurar tratamento igualitário a todos os credores;

19.4.9) há de se esclarecer que a grave situação financeira da Arapuã jamais foi escondida de seus acionistas ou investidores, já que suas causas vinham sendo objeto de apresentação na ABAMEC e divulgadas pela imprensa especializada;

19.5) **Das ações dos controladores para salvar a empresa**

19.5.1) nos primeiros meses de 1998, diante da gravidade dos problemas financeiros da Arapuã, os seus controladores Jorge Wilson e Antônio Carlos Caio Simeira Jacob buscaram uma solução negocial com seus maiores credores;

19.5.2) em 30.05.98, a Arapuã e credores representantes de 80% de seu passivo formalizaram um Acordo de Princípios, segundo o qual os controladores se comprometiam a vender a Arapuã, os demais ativos do Grupo e até bens pessoais pelo valor simbólico de R\$1,00 e os credores a assumir a sua administração;

19.5.3) todavia, esse acordo não foi implementado, já que a Evadin, uma das credoras signatárias da avença, impossibilitou-a e em seguida passou a fazer contínuos protestos de lotes de títulos da Arapuã que se encontravam em seu poder;

19.5.4) destaque-se que tanto as tentativas de acordo buscadas pela Arapuã quanto as atitudes da Evadin foram amplamente noticiadas na imprensa;

19.5.5) diante disso, não restou à Arapuã solução diversa a não ser o ingresso em juízo com o pedido de concordata;

19.5.6) mesmo após a impetração da concordata, os controladores têm envidado todos os esforços no sentido de recuperá-la, propiciando o cumprimento de obrigações em relação aos seus credores e evitando os graves problemas sociais que adviriam no caso de seu desaparecimento, em conformidade com o preceituado no artigo 116 da lei societária;

19.5.7) nesse sentido, em 29.03.99, foi apresentada uma nova proposta de acordo aos credores da Arapuã (fls. 34 a 61);

19.5.8) essa proposta, baseada em estudo elaborado pelo Unibanco, consistia em reunir os credores que aderissem ao projeto em uma companhia de propósito específico (CPE), visando proteger a operacionalidade do Negócio

Arapuã, de modo que a sua sobrevivência atendesse aos interesses de seus credores, empregados e acionistas;

19.5.9) a CPE seria uma sociedade anônima fechada com capital social de valor simbólico cujos ativos seriam os créditos contra o Negócio Arapuã e os passivos debêntures emitidas no valor do endividamento da Arapuã entregues aos credores em troca dos créditos correspondentes;

19.5.10) os detentores das debêntures com participação nos resultados deteriam também ações preferenciais de classe especial da CPE com poder de veto de modo a impedir certas alterações estatutárias e a exigir a aquiescência prévia e expressa para alienação dos ativos relevantes da nova companhia;

19.5.11) as ações ordinárias seriam subscritas por 11 profissionais indicados pelos controladores e demais interessados, cabendo até 5 aos credores;

19.5.12) entretanto, ante o processo de concordata, os fornecedores temiam novos prejuízos, não permitindo o aumento do volume das vendas nem a concessão de prazos mais dilatados, o que comprometeria a rentabilidade do Negócio Arapuã;

19.5.13) por essa razão, seria criada a Arapuã II, subsidiária quase integral da Arapuã, que passaria a ser titular dos pontos comerciais, iniciando uma operação totalmente nova e com a necessária transparência dos negócios futuros para todos os credores, vez que o Negócio Arapuã dependia do apoio dos fornecedores para que, com o aumento de vendas e dos prazos de pagamento, as mercadorias pudessem ser adquiridas com custos competitivos;

19.5.14) por sua vez, a Arapuã deteria, além das ações da Arapuã II, os recebíveis remanescentes, demais bens do ativo permanente e passivos fiscal, previdenciário e trabalhista;

19.5.15) ademais, da referida proposta de acordo constava a possibilidade dos credores adquirirem o Negócio Arapuã pelo valor da avaliação judicial, podendo utilizar os créditos da CPE contra a Arapuã para efetuar o pagamento;

19.5.16) ressalte-se que não seria efetuado qualquer pagamento aos credores parceiros antes de desaparecerem as obrigações decorrentes do princípio de igualdade entre os credores;

19.5.17) entretanto, essa proposta de acordo não obteve êxito, pois, apesar da adesão dos credores representantes de 90% do total do crédito, a Evadin não a aceitou, inviabilizando-a;

19.5.18) corroborando o empenho dos controladores em salvar a Arapuã, cabe lembrar que, entre 1995 e 1998, a Simeira e a Commerce avalizaram cerca de R\$300 milhões e US\$250 milhões, respectivamente, para a Arapuã e que no período pré-concordata o Sr. Jorge Jacob avalizou R\$30 milhões em compras;

19.5.19) adicione-se que os controladores, Jorge Jacob e Antônio Jacob, em fevereiro de 1998, repassaram cerca de US\$58 milhões ao caixa da Arapuã, oriundos da venda da Etti Produtos Alimentícios Ltda. que lhes pertencia;

19.5.20) atestam, ainda a lisura e a boa-fé dos controladores os seguintes fatos:

- a. mesmo com a queda do Grupo que culminou com o pedido de concordata da Arapuã, o Banco Fenícia não sofreu sequer ameaça de intervenção pelo Banco Central do Brasil, tendo sido encerradas suas atividades em 1999 com o pagamento de todos os CDBs sem recorrer ao Fundo de Assistência à Liquidez ou a qualquer outra fonte de empréstimo junto ao Banco Central;
- b. o fundo de previdência privada do Grupo pediu, em 1998, a retirada de patrocínio à SPC, deixando superávit atuarial superior a R\$10 milhões, ou seja, mesmo diante da crise, os empregados do Grupo não tiveram qualquer perda em seus direitos trabalhistas e previdenciários;

19.6) **Da acusação de violação do dever de lealdade**

19.6.1) a Comissão de Inquérito propôs a responsabilização dos acusados, Jorge Wilson Simeira Jacob e Antônio Carlos Caio Simeira Jacob, por descumprimento do artigo 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76, dado que a companhia não evidenciou, em suas demonstrações financeiras de 1995 a 1997, as operações de transferência de dívidas e numerário para a Commerce, bem como não constituiu provisão em relação a dívidas transferidas e mútuos constituídos com a Commerce e a Simeira;

19.6.2) com efeito, a não evidenciação de eventos em notas explicativas e o não provisionamento de "contingências passivas" são matérias que se inserem no rol de atuação dos administradores da companhia, eis que atinentes à gestão dos negócios;

19.6.3) como o artigo 116 é endereçado ao acionista controlador, impõe-se afastar a referida imputação;

19.6.4) não obstante, lembra-se que a Arapuã ao adotar a estratégia de transferência de dívidas e numerário correspondente para outras sociedades, observou o seu objeto social;

19.6.7) conforme já explicado, essas operações destinavam-se a remunerar o caixa da Arapuã sem que incidisse tributação;

19.6.8) quanto à não evidenciação, nas demonstrações financeiras, de contingências passivas e à não constituição de provisão em relação às dívidas transferidas, salienta-se que eram desnecessárias;

19.6.9) sobre as operações em tela não incidem as regras de divulgação, conforme previsto pelas normas regentes das "transações com partes relacionadas", já que consistiam em uma forma de aplicação das disponibilidades de caixa com adequada remuneração e sem incidência de imposto de renda ou IOF;

19.6.10) a Commerce e a Simeira, por sua vez, eram apenas o veículo para que a aplicação fosse efetivada;

19.6.11) a deliberação CVM nº 26/86 fixa, em seu artigo 3º, condições para que seja exigida a divulgação das transações realizadas com partes relacionadas, quais sejam: estarem as partes inseridas no conceito de "partes relacionadas" e serem as transações merecedoras de divulgação ou ao menos de especial atenção;

19.6.12) a mesma Deliberação, em seu artigo 6º, estabelece que, para a aferição desse segundo critério, deve-se considerar se as transações por si ou por seus efeitos afetam ou possam afetar, de forma significativa, a situação financeira e/ou os resultados e sua correspondente demonstração, das empresas intervenientes na operação;

19.6.13) como as operações de transferência de dívidas eram apenas uma forma de aplicação de caixa, as empresas Simeira e Commerce não preenchiam todos os requisitos necessários à incidência da mencionada regra de divulgação;

19.6.14) ademais, as dívidas eram transferidas com os respectivos numerários e nas datas de fechamento dos balanços de 1995 a 1997 inexistiam dívidas transferidas vencidas e não pagas;

19.6.15) os defendentes jamais orientaram a companhia para fins estranhos ao seu objeto social ou falharam em seu dever de divulgar as operações de cunho significativo praticadas pela empresa, inclusive com partes relacionadas;

19.7) **Da acusação de abuso de poder de controle**

19.7.1) a Comissão de Inquérito recomendou a responsabilização dos controladores, Srs. Jorge Wilson Simeira Jacob e Antônio Carlos Caio Simeira Jacob, por violação do artigo 117 § 1º, alíneas "a" e "f", da Lei 6.404/76;

19.7.2) o artigo 117 exige que os atos praticados pelo controlador efetivamente causem dano à companhia, aos acionistas minoritários, aos chamados *stakeholders* ou à economia nacional;

19.7.3) contudo, o Relatório da Comissão de Inquérito expôs diversas operações realizadas pela Arapuã sem demonstrar a existência de dano;

19.7.4) ademais, ainda que houvesse prejuízos, os mesmos teriam decorrido da brutal e repentina deterioração econômica da Arapuã decorrente da situação macroeconômica;

19.7.5) acrescenta-se que não há incompatibilidade entre as práticas destacadas pela Comissão de Inquérito e o descrito nas alíneas "a" e "f" do artigo 117 da lei societária;

19.7.6) as transferências de dinheiro da Arapuã para a Commerce e a Simeira, em contrapartida da assunção de débitos, eram operações normais integrantes da estratégia financeira de remuneração de caixa da Arapuã;

19.7.7) outrossim, essas coligadas não foram favorecidas pelas operações em questão e serviram apenas de veículo para facilitar as aplicações;

19.7.8) tampouco os acionistas minoritários sofreram prejuízo, pois, as assunções de dívidas geraram ganhos para a empresa que se materializaram nas despesas com juros que deixaram de ser pagas pela Arapuã;

19.7.9) embora seja imprescindível para a configuração da alínea "f" que a contratação favoreça a outra parte ou ocorra em condições não eqüitativas, a Comissão de Inquérito não obteve êxito em demonstrar qualquer dessas hipóteses;

19.7.10) com efeito, os controladores não usufruíram de vantagens indevidas propiciadas pela Arapuã, tendo inclusive utilizado seu patrimônio pessoal e de suas empresas para oferecer garantias e avais à Arapuã, assegurando crédito vital para a continuidade de seus negócios;

19.7.11) vale esclarecer, ainda, que a transferência das dívidas e numerário correspondente não interferia nas contas representativas do mútuo entre a Arapuã e suas coligadas, uma vez que movimentações nessa conta ocorriam apenas no retorno de eventuais dívidas à Arapuã sem o dinheiro equivalente;

19.7.12) já o retorno das dívidas, a partir de 1997, à Arapuã sem a correspondente contrapartida decorreu da grave situação da empresa, que contaminou o resto do Grupo, e da necessidade de assegurar o tratamento eqüitativo a todos os detentores desses créditos, visto que a transferência das dívidas às coligadas foi feita sem a anuência dos credores e não de uma suposta trama abusiva;

19.7.13) desse modo, não há que se falar em favorecimento das controladoras por essa reassunção de obrigações;

19.7.14) ademais, os mútuos em questão eram remunerados, inexistindo favorecimento das mutuárias;

19.7.15) com efeito, as empresas do Grupo, em vez de usufruírem vantagens indevidas oriundas da Arapuã, comprometeram seu crédito e patrimônio com avais, fianças e coobrigações, em benefício da Arapuã, prestados a título não oneroso;

19.7.16) quanto à reassunção de dívidas, impossível é constatar favorecimento seja da coligada Commerce, seja da credora Evadin, posto que a Arapuã buscou tão-somente evitar adversidades ainda maiores e não favorecer quem quer que seja;

19.7.17) a Comissão ainda sugere o abuso dos controladores oriundo de operação em que a Arapuã integralizou R\$75 milhões em debêntures de emissão de J.C.Holding, as quais outorgavam direito de participação nos lucros do Banco Fenícia;

19.7.18) todavia, essa operação foi cancelada em virtude de incompatibilidades com a regulação do Banco Central;

19.7.19) houve, então, o estorno da mencionada integralização para a Simeira que devolveu parte à Arapuã, utilizando o restante para quitar dívidas com o Crefisul e o Bicbanco;

19.7.20) desse modo, não restou configurado quer a ilicitude da operação, quer o abuso por parte dos controladores;

19.7.21) em março de 1998, quando os controladores se esforçavam para salvar a Arapuã, foi realizada a cessão de crédito imobiliário da Simeira para a Arapuã com posterior devolução àquela empresa;

19.7.22) note-se que quando da realização desse crédito pelos promitentes-compradores de imóveis vendidos pela Simeira, esta remanesceria com uma obrigação perante a companhia de crédito imobiliário, a favor de quem estavam os imóveis hipotecados, e que, caso não satisfeita a obrigação, obstaria a obtenção, pelos mutuários, da escritura definitiva;

19.7.23) mesmo ante esse problema, o crédito foi cedido, vez que os controladores pretendiam alienar o Banco Fenícia e assim levantar a hipoteca junto à companhia de crédito imobiliário;

19.7.24) contudo, como a venda da referida instituição financeira não se concretizou, a cessão teve que ser desfeita, provocando o retorno do crédito à Simeira;

19.7.25) assim, não se pode extrair dessa operação o abuso de poder de controle;

19.7.26) por fim, a Comissão de Inquérito julgou ter havido, também, abuso de poder de controle nas operações de 26 a 28.03.98, posto que seriam "simulações";

19.7.27) entretanto, restou justificado que essas operações, tão logo empreendidas, foram revertidas porque a Arapuã deixara de adotar aquela política de transferência de dívidas para coligadas;

19.7.28) as inconsistências contábeis que se sucederam também foram oriundas de equívoco dos técnicos da empresa responsáveis pelos lançamentos da mencionada reversão;

19.7.29) e não se diga que a intenção da Arapuã era a de fazer espelhar uma situação financeira falsa nas demonstrações financeiras de 31.12.97, elaboradas em 27.03.98 e publicadas em 06.04.98, haja vista que a situação econômica da empresa já era pública e notória;

19.7.30) destaque-se que a reportagem de 11.03.98 da Revista Isto é Dinheiro, a coluna de 18.03.98 do Jornal do Comércio e do Estado de São Paulo e publicações datadas de 1º de abril em diversos jornais do país, todas anteriores à publicação do balanço, retratavam a difícil situação econômica da Arapuã;

19.7.31) já em novembro de 1997, a imprensa noticiava que a Arapuã registrava prejuízo, tendo as ações sofrido acentuada desvalorização, chegando a ser negociadas a R\$2,30 em janeiro de 1998 contra R\$28,00 em abril de 1997;

19.7.32) assim, não seria o equívoco nos lançamentos das operações realizadas entre 26 e 28.03.98 que iria influenciar o preço das ações ou a opção dos investidores, o que se pode corroborar com o irrelevante volume de ações negociadas após a publicação do balanço;

19.7.33) mesmo que fosse correto o argumento da Comissão de Inquérito no sentido de que se pretendeu mascarar a real situação financeira da Arapuã, tal "manobra" não teria gerado qualquer prejuízo informacional, vez que as referidas demonstrações sofreram ressalva de continuidade expressa no item 4 do parecer dos auditores Independentes (fls. 151 e 152);

19.8) Das acusações formuladas contra os diretores da Arapuã

19.8.1) a Comissão de Inquérito imputou responsabilizações aos defendentes que eram diretores da Arapuã, sem, contudo, comprovar o seu envolvimento nas supostas irregularidades, conforme é exigido pelo princípio da culpabilidade em que se baseia o regime sancionador brasileiro;

19.8.2) não há um liame concreto entre os fatos apurados e a participação dos diretores acusados, haja vista que alguns defendentes sequer participaram das decisões ou da operacionalização dos atos descritos pela acusação;

19.8.3) os Srs. Ricardo Pieroni Jacob e Rubens Simeira Jacob, conforme seus depoimentos (fls. 1680, 1681 e 1702), eram respectivamente Diretor de Operações e Diretor de Compras das Lojas Arapuã, não tendo envolvimento com os fatos apurados;

19.8.4) parece que a inclusão desses dois defendentes no rol de responsabilizações imputadas à Diretoria se deveu unicamente à condição de membros da família Simeira Jacob e não por uma possível participação nos fatos;

19.8.5) assim, os Srs. Ricardo Pieroni Jacob e Rubens Simeira Jacob requerem a absolvição quanto às imputações que lhes foram feitas como diretores da Arapuã, tendo em vista a inexistência de vínculo subjetivo com os fatos apurados e conseqüente ausência de culpabilidade;

19.8.6) quanto à responsabilização pelo fato de a Arapuã não ter evidenciado em suas demonstrações financeiras de 1995 a 1997 as operações de transferência de dívidas e numerário para a Commerce e a possibilidade de eventuais contingências, bem como não ter constituído provisão em relação a dívidas transferidas e a mútuos constituídos com a Commerce e com a Simeira, verifica-se que o Sr. Antônio Carlos Caio Simeira Jacob foi responsabilizado, pela Comissão de Inquérito, pelos mesmos fatos tanto na qualidade de controlador como na de diretor da Arapuã;

19.8.7) essa dupla responsabilização afronta o princípio do *non bis in idem*, que veda a dupla sanção pelos mesmos fato e fundamento;

19.8.8) como já explicado, as operações de transferências de dívidas e numerário da Arapuã para a Commerce e Simeira representavam uma aplicação financeira das disponibilidades de caixa, não sendo necessária sua evidenciação, eis que as dívidas transferidas eram acompanhadas do respectivo caixa para lhes fazer face, cabendo lembrar que até meados de 1997, quando a companhia foi assolada por eventos econômicos inesperados, nenhum débito deixou de ser pago;

19.8.9) ademais, se alguma responsabilidade pudesse ser atribuída à Diretoria, seria a de não ter se adaptado à nova ordem competitiva instaurada após as primeiras crises, o que se encontra em plano alheio ao poder de polícia da CVM;

19.8.10) tampouco havia imposição legal referente à evidenciação das operações descritas, visto que as regras de divulgação de operações com partes relacionadas não alcançavam as operações de transferência de dívidas realizadas pela Arapuã;

19.8.11) assim, os defendentes requerem sua absolvição, haja vista a licitude das operações de assunção de dívida e

a desnecessidade de evidenciação das mesmas ou de constituição de provisões;

19.8.12) quanto às acusações de descumprimento do dever de diligência e de favorecimento de companhias ligadas, artigos 153 e 245 da Lei 6.404, novamente o Sr. Antônio Carlos Caio Simeira Jacob foi duplamente responsabilizado pelo mesmo fato, devendo-se, em respeito ao princípio *non bis in idem*, afastar tal imputação;

19.8.13) quanto ao mérito, note-se que jamais houve a remessa isolada de dinheiro às coligadas, visto que elas sempre foram acompanhadas das correspondentes dívidas;

19.8.14) ao adotarem a estratégia de transferência de dívidas e numerário, os defendentes agiram com vistas a melhor remunerar o caixa da Arapuã, não lhes sendo cabível atribuir falta de cuidado ou diligência na administração dos negócios;

19.8.15) vale lembrar que a piora da situação financeira da empresa, a partir de meados de 1997, deveu-se apenas a fatores macroeconômicos, já que as assunções de dívidas foram responsáveis por grandes economias de despesas financeiras e, por conseqüência, por grande parte do lucro verificado antes da crise;

19.8.16) portanto, não só não houve favorecimento às empresas ligadas como deve ser reconhecido que foram os controladores que favoreceram à Arapuã ao conceder avais e alienar seus próprios bens com a finalidade de resgatar a saúde financeira da empresa;

19.8.17) relativamente às operações de ida e volta de dívidas realizadas entre 26 e 28.03.98, chamadas, pela Comissão de Inquérito, de simulação contábil com vistas a fazê-las desaparecer do balanço na data de divulgação, já foi esclarecido que a reversão ocorreu devido à orientação interna da Arapuã de não mais realizar este tipo de operação;

19.8.18) ademais, também foi esclarecido na reversão das operações que a contabilização incorreta da dívida no balanço decorreu de um equívoco dos técnicos da contabilidade da empresa;

19.8.19) entretanto, mesmo se tivesse ocorrido a referida simulação, os acionistas e os investidores não teriam sofrido nenhum prejuízo informacional, visto que das demonstrações financeiras constava ressalva expressa de continuidade dos auditores independentes e a grave situação financeira da empresa já estava há tempos estampada em noticiários;

19.9) Da acusação de favorecimento a empresas ligadas

19.9.1) os diretores que exerceram os cargos a partir de 31.12.98, quais sejam, Renato Simeira Jacob, Ricardo Pieroni Jacob, Massaru Kashiwagi, Antônio Carlos Caio Simeira Jacob e Rubens Simeira Jacob, foram acusados de terem favorecido a Arapuã Serviços, ao deixarem de apropriar os encargos do mútuo devido pela Arapuã;

19.9.2) com efeito, a não apropriação dos encargos pauta-se no fato de que, reconhecer uma receita de juros da qual não se tinha nenhuma garantia de ser recebida em prazo razoável (a empresa já era concordatária), implicaria não só em informação falsa, como em prejuízo para a empresa, posto que a apropriação ensejaria a incidência tributária sobre uma receita fictícia;

19.9.3) corroborando essa justificativa, a Arapuã contabilizou, em 31.12.98, provisão para perda de todo aquele crédito;

19.9.4) a aplicação da lei comercial e dos princípios de contabilidade geralmente aceitos exige o diferimento do reconhecimento de receita de juros, relativa a crédito de recebimento duvidoso, para o momento de sua realização por caixa;

19.9.5) os dois regimes básicos de escrituração são denominados "de caixa" e "de competência", sendo que no primeiro reconhece-se a receita ou despesa quando efetivamente recebida ou paga e no segundo na época em que a receita e a despesa é ganha ou incorrida;

19.9.6) conforme o artigo 177 da Lei nº 6.404, as companhias devem observar em sua escrituração o regime de competência;

19.9.7) os dois princípios básicos do regime de competência, que estão enunciados no § 1º do artigo 187 da mesma lei, são o da escolha do ganho como o fato em função do qual o lucro é reconhecido e o do "emparelhamento de receitas e despesas", que prescreve o registros dos custos e despesas no mesmo período de determinação em que for reconhecido como ganho o rendimento ou a receita a que correspondam;

19.9.8) no regime de competência, a receita ou o rendimento considera-se ganho no momento em que se completa a ocorrência de todos os fatos necessários para que a pessoa adquira, efetiva ou virtualmente, (i) o direito de receber a receita ou o rendimento e (ii) a disponibilidade do seu valor em moeda;

19.9.9) portanto, a aquisição da disponibilidade de renda pressupõe (i) o fato jurídico da aquisição de um direito e (ii) o fato econômico da aquisição do poder de dispor do objeto desse direito;

19.9.10) nesse sentido, ao precisar as circunstâncias de fato que caracterizam o ganho é indispensável ter em mente o princípio contábil de que o lucro não deve ser reconhecido antes de realizado, já que a realização define o momento em que o lucro deixa de ser potencial para tornar-se real;

19.10) Das acusações formuladas contra os membros do Conselho de Administração

19.10.1) a Comissão de Inquérito imputa ainda aos controladores e diretores da Arapuã, na condição de conselheiros, a responsabilidade por omissão na fiscalização dos atos praticados pelos diretores;

19.10.2) essa acusação é inepta, eis que não foram especificados quais os atos da Diretoria teria o Conselho se omitido em fiscalizar, levando, inclusive, à situação surreal de haver defendentes acusados de não fiscalizar a si mesmos, como é o caso dos Srs. Antônio Carlos Caio Simeira Jacob, Ricardo Pieroni Jacob e Renato Simeira Jacob;

19.10.3) a lei não autoriza que sejam os membros do Conselho de Administração responsabilizados, automaticamente, por toda e qualquer irregularidade perpetrada pela Diretoria;

19.10.4) como vige em nosso sistema punitivo o princípio da culpabilidade, para configurar-se a referida omissão faz-se mister a ocorrência de ao menos um dos elementos da culpa, isto é, a negligência, a imprudência ou a imperícia;

19.10.5) no caso, a estratégia financeira de transferência de dívidas e respectivos numerários, como visto, não estava eivada de qualquer irregularidade;

19.10.6) assim, não havendo qualquer ato da Diretoria que merecesse reparo dos conselheiros, os acusados requerem a absolvição dessa imputação;

19.10.7) já a acusação de descumprimento do dever de diligência - artigo 153 Lei 6.404 - é fundada no fato de os conselheiros não terem se reunido no período de 14.08.97 a 30.03.98;

19.10.8) como o Estatuto da Arapuã prevê, em seu artigo 12, reuniões do Conselho com periodicidade trimestral, concluiu a Comissão de inquérito, que não teria havido uma reunião ordinária durante o mencionado período;

19.10.9) com efeito, quando interrogados sobre a existência da reunião, os defendentes afirmaram que houve naquele interregno, ao menos, uma reunião, embora não exista a respectiva ata, o que pode ser comprovado com os documentos acostados às folhas 5.848, 5855/5857 e 5860/5864;

19.10.10) assim, embora não tenham sido encontradas atas de reuniões ocorridas durante o período em questão, não se demonstrou tenham inexistido tais reuniões;

19.10.11) outrossim, não seria plausível condenar todos os membros do Conselho de Administração por falta de diligência na falta de apenas uma reunião;

19.10.12) desse modo, o lapso temporal em análise seria insuficiente para demonstrar a falta de diligência ou omissão do Conselho de Administração, além do que havia a responsabilidade primária do seu presidente para convocar a reunião;

19.10.13) lembre-se que o dever de diligência preceituado na legislação societária remete a elementos subjetivos de conduta, devendo ser rechaçada qualquer tentativa no sentido de sua objetivação;

19.10.14) por fim, todos os atos praticados pelos controladores e diretores da Arapuã se fundaram no intuito de propiciar melhor rendimento ao caixa da companhia, restando descabida a alegação de que os conselheiros agiram com falta de diligência no trato dos negócios sociais;

19.11) Conclusão

19.11.1) o Sr. Antônio Martins Lima, autor da reclamação face à CVM e principal executivo de um dos maiores credores da Arapuã, vem tentando de todas as formas prejudicá-la em benefício próprio e prejuízo dos acionistas minoritários, cabendo lembrar que o mesmo se tornou acionista no mesmo dia em que, negociando com ela, na

qualidade de credor, viu negado o seu desejo de obter tratamento diferenciado em detrimento dos outros credores;

19.11.2) apesar disso, os defendentes demonstraram que as transferências de dívidas e numerários para outras empresas do Grupo jamais tiveram por escopo o favorecimento de coligadas ou dos próprios controladores, mas sim uma aplicação rentável e segura para o caixa da empresa, e que os problemas financeiros decorreram do ambiente macroeconômico desfavorável em 1997 e da dificuldade em adaptar-se à nova realidade da época;

19.11.3) em face de todo o exposto, esperam os defendentes ser completamente absolvidos por todas as imputações que lhes foram feitas;

19.12) Da proposta de Termo de Compromisso

19.12.1) os acusados apresentaram proposta de Termo de Compromisso acostada às fls. 6283 a 6288 e indeferida na reunião do Colegiado de 13.05.03 por não preencher os requisitos previstos em lei referente à reposição de prejuízos causados e, em consequência, também por não atender aos fins a que se destina (fls. 6299 e 6300).

Defesa de Durval José Soledade Santos, Edmar Lisboa Bacha, Jacob Jacques Gelman e José Artur Lima Gonçalves

4. Às fls. 6026 a 6055, os acusados apresentaram as seguintes razões:

20.1) Da imputação de violação às disposições constantes do artigo 142, III, da lei societária

20.1.1) segundo a Comissão de Inquérito, os acusados foram omissos na fiscalização da gestão dos diretores ou na solicitação de informações sobre a transferência de recursos para empresas ligadas;

20.1.2) contudo, o alcance e o significado de uma norma jurídica jamais poderão ser atingidos *in abstracto*, posto que não há compreensão do alcance de uma norma geral sem ligação com o fato concreto;

20.1.3) nesse sentido, o exame da responsabilidade dos acusados deve ser precedido pela análise da extensão do dever de fiscalização que lhes cabia prestar no exercício de suas funções e dos próprios limites que vinham a ser impostos à atuação em razão da condição de conselheiros *outsiders* da Arapuã;

4. os membros do Conselho de Administração não detêm poderes individuais ou exercem atribuições executivas, já que participam de um órgão plural, deliberativo e de composição colegiada;
5. desse modo, os seus membros só podem ser responsabilizados pelos negócios jurídicos sobre os quais tenham deliberado ou sobre atos de administração que tiverem sido levados a seu conhecimento;
6. como afirma Modesto Carvalhosa: "*ainda que tenham os conselheiros o poder de diligência, o órgão é inteiramente receptivo, tomando conhecimento tão-somente dos assuntos que lhes são trazidos pelos diretores*";
7. ademais, os conselheiros *insiders*, por ocuparem concomitantemente cargos na diretoria, têm pleno conhecimento acerca dos negócios empresariais, enquanto os qualificados como *outsiders* - membros externos à empresa - somente tomam conhecimento dos negócios das matérias expressamente submetidas à sua apreciação, não podendo, portanto, sofrer os efeitos da solidariedade imputável aos conselheiros *insiders* e aos diretores;
8. conforme o depoimento de Durval Santos à Comissão de Inquérito, as atribuições dos acusados consistiam na apreciação dos aspectos macroeconômicos que pudessem afetar a companhia e em oferecer subsídios para a definição de seu planejamento estratégico;
9. na mesma ocasião, o Sr. Jacob Gelman afirmou que atuava apenas como um consultor, assim como os demais conselheiros não ligados ao grupo de controle, e o Sr. José Gonçalves alegou que apenas analisava as perspectivas e alterações na legislação tributária e seus reflexos sobre as atividades da companhia;
10. a escolha dos acusados como conselheiros *outsiders* decorreu de sua capacitação técnico-profissional demonstrada quer no exercício do magistério superior, quer na condição de ex-

administradores de órgãos da Administração Pública;

11. ressalte-se que a moderna doutrina societária defende que as indicações para o exercício das funções de membro do Conselho de Administração devem recair sobre pessoas independentes e recrutadas no mercado por sua capacidade técnica e disponibilidade para dedicar-se à companhia;
12. a questão relativa à omissão dos acusados na fiscalização da gestão da Diretoria que teria contribuído para a realização dos empréstimos entre a Arapuã e suas ligadas, segundo os depoimentos dos acusados, jamais foi levada ao conhecimento do Conselho de Administração;
13. o entendimento da Comissão de Inquérito também corrobora no sentido de que os acusados não tomaram conhecimento dos fatos em questão ao afirmar que "*no caso dos Conselheiros insiders... fica claro que não deliberaram ou levaram o assunto ao conselho já que, além de pertencerem ao grupo de controle e à Diretoria da Arapuã, ... eram Diretores-Gerentes de empresas ligadas..., sendo portanto, partes interessadas nas operações...*";
14. aos acusados foi também imputada a omissão por não fazerem constar das demonstrações financeiras de 1997 as operações de empréstimos entre a Arapuã e ligadas;
15. a respeito, os acusados assinalam, em seus depoimentos, que a forma de contabilização das questionadas transferências de dívidas também não foi submetida à apreciação do Conselho e que as demonstrações de 1997 foram acatadas por lhe parecerem adequadas, uma vez que haviam sido examinadas por quem tinha conhecimentos contábeis especializados;
16. os acusados, no mesmo depoimento, também alegam que o parecer dos auditores independentes, não apresentando qualquer ressalva, os fez crer que as demonstrações financeiras estavam adequadas e, além disso, as notas explicativas indicavam que os compromissos haviam sido totalmente liquidados em 27.03.98, o que demonstrava a sua normalidade;
17. assim, inexistiam motivos para que as demonstrações financeiras de 1997 suscitasse dúvidas, especialmente porque foram referendadas pela auditoria independente;
18. se, por um lado, os conselheiros não podem ser responsabilizados por atos, praticados por diretores, sonegados ao seu conhecimento, por outro, não se pode exigir que eles entendam de tudo, quanto mais de questões estritamente técnicas;

20.2) Da imputação de violação às disposições constantes do artigo 153 da lei societária

20.2.1) os conselheiros foram, ainda, acusados de omissão por não terem promovido as reuniões do Conselho de Administração, entre 14.08.97 e 30.03.98, contrariando a prática e o determinado no Estatuto, que prevê a realização de reuniões ordinárias a cada 3 meses;

20.2.2) contudo, essa afirmação foi contestada pelo Diretor de Relações com o Mercado da Arapuã que explicou à Comissão de Inquérito que seria impossível, face ao longo prazo decorrido, localizar as pertinentes atas, mas que, embora não tivessem sido transcritas, de fato haviam sido realizadas reuniões do Conselho, tanto em novembro de 1997 quanto em janeiro de 1998, sem que se pudesse precisar o dia exato em que ocorreram;

20.2.3) o referido Diretor também encaminhou documentos que foram localizados e que demonstravam que as reuniões haviam sido realizadas, quais sejam: (i) fac-símile por ele dirigido aos conselheiros, em 04.04.97, indicando uma agenda de reuniões do Conselho com as datas de 06.05.97, 05.08.97 e 04.11.97; (ii) nota de débito emitida em 30.10.97 por Paradiso Viagens e Turismo Ltda. contra a Arapuã, referente a bilhete de passagem aérea na rota Rio/São Paulo/Rio e respectivo PTA, emitidos em nome do Sr. Durval Soledade; e (iii) comprovantes de pagamento feito ao Sr. Artur Lima Gonçalves, que era remunerado por cada participação em reuniões, por prestação de serviços como conselheiro no valor de R\$3 mil cada, um datado de 04.12.97 e outro de 05.02.98;

20.2.4) a esse respeito, em seus respectivos depoimentos, o Sr. Durval Soledade alegou que "*no período citado pode assegurar que devia ter havido reuniões*"; o Sr. José Gonçalves declarou que as reuniões aconteceram, mas não

podia precisar se ocorreram nos dias programados; o Sr. Jacob Gelman disse que ao menos uma reunião teria havido em novembro ou dezembro de 1997; e finalmente, o Sr. Edmar Bacha informou que "*em sua agenda está registrada a ocorrência, em 13.11.97, de uma reunião do conselho, originalmente prevista para o dia 04.11.97*";

20.2.5) diante da conclusão, emanada da Diretora-Relatora, de que os documentos e depoimentos supracitados não eram aptos a comprovar a realização de reuniões do Conselho no período em questão, cabe invocar a garantia de presunção de inocência conferida aos administrados;

20.2.6) a consequência mais importante da presunção de inocência é que o ônus da prova compete à autoridade administrativa que exerce o Poder de Polícia;

20.2.7) a peça acusatória, no que concerne à materialidade, há de se fundamentar, necessariamente, em fato provado e indiscutível, não sendo aceita - por inepta - aquela alicerçada em meras conjecturas ou suposições;

20.2.8) ou seja, a inexistência de reuniões não é provada, mas simplesmente suposta;

20.2.9) ademais, ignorou-se, de um lado, a eventual negligência de terceiro em elaborar as respectivas atas e, de outro, recusou-se a CVM a aplicar, no caso, a máxima *in dubio pro reo*;

20.2.10) por fim, destaca-se que três meses é período insuficiente para demonstrar a falta de diligência ou omissão e que havia também, por parte do presidente do Conselho, a responsabilidade primária de convocar a reunião.

Defesa da KPMG Auditores Independentes e Fernando Octávio Sepúlveda Munita

4. Às fls. 5986 a 6017, os acusados apresentaram as seguintes razões:

21.1) Das operações de transferência de dívidas realizadas pela Arapuã

21.1.1) consta do inquérito que a Arapuã, entre 1996 e 1998, adotava regularmente a prática de transferir dívidas que possuía com bancos e fornecedores às empresas ligadas Commerce e Simeira, bem como o respectivo numerário para sua liquidação, ajustado ao valor presente, e que os auditores deveriam ter ressaltado expressamente em seu parecer a necessidade de menção da existência dessas contingências em notas explicativas às demonstrações financeiras;

21.1.2) de acordo com o item 1 do Pronunciamento XXII do IBRACON, o termo contingência designa "certas condições ou situações de solução indefinida à data do encerramento do exercício social ou período a que se referem as demonstrações contábeis de uma entidade e, como tal, dependente de eventos futuros que poderão, ou não, ocorrer";

21.1.3) ainda segundo o pronunciamento, nem todas as contingências devem ser contabilmente registradas ou divulgadas por meio de notas explicativas às demonstrações financeiras, o que deve ser feito a partir de uma avaliação de probabilidade de ocorrência, já que depende de eventos futuros e incertos;

21.1.4) desse modo, para serem ou não objeto de registro contábil, as contingências estão sujeitas a uma avaliação de risco, sendo classificadas em: (i) risco provável - quando a possibilidade de verificação em concreto se apresenta iminente; (ii) risco possível - quando há uma incerteza ou indefinição quanto à concretização de alguma exigência de desembolso; e (iii) risco remoto - quando a possibilidade de vir a ser reclamado um desembolso apresenta-se praticamente inexistente;

21.1.5) assim, os riscos prováveis devem ser necessariamente objeto de provisões, os riscos possíveis deverão constar apenas em notas explicativas e os riscos remotos dispensam tanto a provisão quanto a revelação em notas, segundo os itens 13 e 14 do Pronunciamento XXII do IBRACON;

21.1.6) a avaliação do risco e dos respectivos efeitos financeiros e contábeis de uma contingência deve ser realizada à vista dos fatos e informações disponíveis no momento da elaboração e análise das demonstrações contábeis, da experiência adquirida em situações semelhantes e com base no julgamento da administração da empresa, conforme item 6 do Pronunciamento XXII do IBRACON;

21.1.7) nos termos do Pronunciamento do IBRACON, há uma certa margem de discricionariedade do administrador da empresa quanto ao provisionamento de uma contingência ou a necessidade de sua menção em notas explicativas, bem como do auditor em relação ao juízo de valor por aquele exercido;

21.1.8) por sua vez, o disposto no item 11 da Deliberação CVM n^o 26/86 não deixa dúvida quanto à avaliação

discricionária do auditor independente sobre a conveniência e relevância de se divulgar em notas as transações entre partes relacionadas;

21.1.9) apenas as transações entre partes relacionadas que afetem ou possam vir a afetar, de forma significativa, a situação financeira da empresa analisada ou os resultados de sua correspondente demonstração é que merecem destaque;

21.1.10) a atuação da KPMG e do Sr. Munita estão em perfeita consonância com as normas aplicáveis;

21.1.11) com efeito, no momento da emissão do parecer sobre as demonstrações financeiras, o risco da operação de transferência de dívidas não ser honrada era remota, visto que a Commerce jamais havia deixado de arcar, no prazo de vencimento, com qualquer dívida transferida pela Arapuã;

21.1.12) essa verificação não se deu em documentos da Commerce, que não era auditada pela KPMG, mas principalmente pela direta apuração dos saldos das contas dos fornecedores e em passivos da Arapuã;

21.1.13) a forma como a Commerce realizava o pagamento ou geria os valores transferidos pela Arapuã para quitar as dívidas não interessava aos acusados, bastando para estes verificar a ausência de inadimplência;

21.1.14) a esse respeito constatou-se que: (i) após quase cinco anos, não se tinha conhecimento de qualquer título referente às dívidas transferidas pela Arapuã, com vencimento até o final de 1997, que a Simeira ou a Commerce tivesse deixado de pagar; e, (ii) durante todo o período dos trabalhos de auditoria da KPMG, nenhuma reclamação foi verificada por parte dos fornecedores ou credores da Arapuã em relação às dívidas transferidas até o ano de 1997;

21.1.15) como os recursos correspondentes ao valor das dívidas eram transferidos à Commerce, o risco de inadimplemento era mínimo e tornava a operação irrelevante do ponto de vista econômico;

21.1.16) acrescenta-se que a KPMG seguiu os procedimentos determinados pelo item 2.15.2 da NBC-T-11 para a avaliação dos riscos da operação de transferência, tendo discutido com a administração da Arapuã os procedimentos utilizados para identificar, avaliar e contabilizar as contingências passivas (fls. 1276/1277) e consultado profissionais de outra área sobre assunto alheio à sua especialidade (fls. 1278/1281);

21.1.17) a avaliação não poderia ser outra senão a de considerar como remoto o risco de inadimplência da Commerce, não se podendo exigir, ante às informações presentes e experiências pretéritas, que os acusados pudessem imaginar que, em 1998, as dívidas transferidas iriam voltar para a Arapuã sem o correspondente numerário;

21.1.18) não se pode também considerar que as referidas transferências eram mútuos disfarçados, pois a Commerce se tornava de fato devedora das dívidas transferidas e, pontualmente, efetuava os pagamentos, não havendo, inclusive a possibilidade de favorecimento;

21.1.19) por fim, não cabia aos acusados analisar as razões que motivaram os diretores a implementar essas operações, posto que a decisão era de responsabilidade da administração da Arapuã, cabendo à KPMG tão-somente verificar se as transferências estavam corretamente contabilizadas e não se havia algum fundamento econômico para a sua realização;

21.2) Da auditoria das contas no exercício de 1997

21.2.1) a Comissão de Inquérito afirma que a KPMG teria deixado de verificar a existência de mútuos realizados, a partir de outubro de 1997, entre as empresas Arapuã e Commerce, bem como deixado de ressaltar a necessidade de uma provisão para os valores emprestados, prejudicando o conhecimento, por parte de terceiros, da real situação econômica da empresa auditada;

21.2.2) de acordo com os itens 11.2.12.2 e 11.3.8.1 das Normas Brasileiras Contábeis - NBC-T-11, o auditor deve identificar e examinar as transações com partes relacionadas, dando especial atenção às que aparentam ser anormais;

21.2.3) o procedimento adotado pela KPMG no caso foi justamente esse, pois, ante a verificação da existência de um saldo devedor no valor aproximado de R\$42 milhões com uma empresa relacionada no último semestre de 1997, decorrente de um mútuo originário da devolução de dívidas antes transferidas e outras operações, esse saldo foi identificado e avaliado (fls. 1258 e 1521 e documentos anexos);

21.2.4) ao constatar que se tratava de operação entre partes relacionadas que mereceria destaque, a KPMG se certificou de que essas operações estavam expressamente reveladas em nota explicativa às demonstrações financeiras (fls. 165/167), objetivando informar terceiros sobre a real situação econômica da Arapuã;

21.2.5) nesse caso, havia uma evidente relevância que justificava a ressalva feita a essa transação em notas explicativas às demonstrações financeiras, pois tratava-se de uma transação anormal entre controlada e controladora capaz de influir nas decisões de acionistas minoritários ou investidores;

21.2.6) a distinção desta situação da anterior é que, naquela, não houve diferença entre débito e crédito entre partes relacionadas, mas apenas a transferência de ativo e passivo do mesmo valor econômico de uma empresa para outra;

21.2.7) quanto à falta de ressaltar o contingenciamento da operação de mútuo, cabe dizer que não havia um risco provável do saldo devedor não ser pago pela controladora da Arapuã, razão pela qual a KPMG deixou de ressaltar a necessidade de ser feito o provisionamento dessa contingência, havendo evidências concretas de que este saldo tinha sido integralmente liquidado até 27.03.98 (fls. 197);

21.2.8) ressalte-se que a avaliação da KPMG foi efetuada quando todas as obrigações financeiras do grupo Arapuã estavam sendo devidamente cumpridas e que essa operação de, aproximadamente, R\$42 milhões foi a primeira de uma série de transações, ocorridas apenas em 1998, que resultaram no crédito de R\$235 milhões entre empresas relacionadas, o qual somado a operações posteriores e a problemas financeiros do Grupo Arapuã tornou-se vultoso e, posteriormente, duvidoso;

21.2.9) logo, face às informações existentes à época da auditoria, foi correta a avaliação da KPMG em classificar o risco da contingência como apenas possível;

21.3) Operações efetuadas pela Arapuã após o dia 31.12.97

21.3.1) a responsabilidade da KPMG pela auditoria das demonstrações financeiras da Arapuã se encerrou em 31.12.97;

21.3.2) desse modo, apesar do parecer elaborado pela KPMG ter sido assinado em 27.03.98, os exames de eventos subsequentes se limitaram a verificar se possuíam relação com as informações reveladas nas demonstrações financeiras referentes ao exercício de 1997, conforme estabelece o item 11.2.13.4 da NBC-T-11;

21.3.3) logo, não era exigível que a KPMG fizesse qualquer menção em seu parecer sobre operações realizadas nos dias 26.03.98 a 28.03.98;

21.3.4) nesse sentido, o Relatório da Comissão de Inquérito afirma: *"O parecer de auditoria, referente a estas demonstrações, às fls. 4320 a 4321, foi, inclusive, assinado no mesmo dia 27.03.98, não havendo como afirmar, portanto, que o auditor foi conivente com a manobra realizada pela administração da companhia para zerar artificialmente o mútuo naquela data";*

21.4) Conclusão

21.4.1) por todo o exposto, os acusados confiam que seja julgado improcedente o presente processo administrativo, posto que observaram integralmente, na realização da auditoria das demonstrações financeiras da Arapuã, os artigos 24 e 25 da Instrução CVM 216/94, o Pronunciamento XXII do IBRACON, a Deliberação CVM nº 26/86 e os itens 11.2.12.2 e 11.3.8.1 das Normas Brasileiras de Contabilidade - NBC-T-11.

É o Relatório.

EMENTA:

Transferência de dívidas e respectivos recursos para empresas ligadas, pertencentes ao acionista controlador, sem a anuência dos credores, permanecendo a Arapuã responsável pelo seu pagamento. Não evidencição em nota explicativa e não constituição de provisão mesmo quando as dívidas começaram a voltar. Inclusão em nota explicativa, como fato superveniente, informando a quitação da dívida que retornou no mês seguinte. Responsabilização:

- a. do acionista controlador, por infração às alíneas "a" e "f" do artigo 117 da Lei nº 6.404/76;**
- b. dos diretores, por infração ao artigo 176, *caput*, § 4º e alínea "d" do § 5º, da Lei nº 6.404/76; ao item 2 da Deliberação CVM Nº 26/86 e ao § 3º do artigo 177 da Lei nº 6.404/76; aos artigos 153 e 245 da Lei nº 6.404/76; e ao *caput* do artigo 177 da Lei nº 6.404/76;**
- c. dos conselheiros, por infração ao inciso III do artigo 142 e ao artigo 153 da Lei nº 6.404/76;**
- d. dos auditores, por infração aos artigos 24 e 25 da Instrução CVM Nº 216/94.**

Preliminar

1. O indiciado Milton Barcellos alega cerceamento de defesa por não ter sido notificado no início da instauração do inquérito, uma vez que sua notificação se deu somente após a aprovação do Relatório da Comissão de Inquérito pelo Colegiado, não tendo com isso a oportunidade de prestar depoimento e contribuir para a elucidação dos fatos.

2. A respeito, cabe esclarecer que nem sempre são conhecidos todos os eventuais responsáveis pelas irregularidades no início das investigações e que a tomada de depoimento para a elucidação dos fatos nem sempre é necessária e que produção de provas, na verdade, quando indispensável se dá na fase destinada à apresentação da defesa.

3. Assim, o fato de ter tomado conhecimento do processo somente agora não gera nenhum prejuízo à defesa, aliás que foi apresentada a tempo, cabendo acrescentar que, como também não houve qualquer desrespeito às normas aplicáveis, não há também qualquer razão para o reconhecer o alegado cerceamento à defesa.

Mérito**Das operações entre a Arapuã e empresas relacionadas**

4. A Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda. exerceu a atividade operacional de varejo com o nome de fantasia "Lojas Arapuã" até 31.12.94, quando a transferiu para a Commerce Importação e Comércio Ltda., sociedade que havia sido constituída em 05.12.94 e da qual detinha 99% das cotas.

5. Em 23.05.95, a Commerce Importação e Comércio Ltda., por decisão de assembléia geral extraordinária, foi transformada em sociedade por ações, ficando constituída a Commerce Importação e Comércio S/A. Em nova assembléia, em 31.08.95, sua denominação social foi alterada para Lojas Arapuã S/A, tendo também, na oportunidade, sido autorizada a abertura de seu capital.

6. O registro de companhia aberta na CVM foi obtido em 09.10.95 quando foi realizada uma emissão primária no valor

de R\$12 milhões e efetuada pela Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda. uma distribuição secundária de ações preferenciais de emissão da Arapuã no valor de R\$67 milhões.

7. O controle das Lojas Arapuã era detido pela Simeira Comércio e Indústria Ltda., que possuía 99% de suas ações ordinárias e esta, por sua vez, era controlada pelos Srs. Jorge Wilson Simeira Jacob e Antônio Carlos Caio Simeira Jacob que também controlavam a Commerce Desenvolvimento Mercantil.

8. Apesar de a Commerce ter mantido um elevado grau de endividamento vinculado à atividade operacional de varejo que teria continuado a ser liquidado pela geração de caixa do varejo, mesmo após passar para a Commerce e depois para a Arapuã, no prospecto de oferta pública de ações não houve qualquer menção à dívida, o que se pode considerar que, com a sua não divulgação, teria havido um certo prejuízo informativo já que o fornecimento de mercadorias para as lojas, até certo ponto, dependia de seu pagamento.

9. Cabe enfatizar, ainda, que foi informado no prospecto elaborado com base nas demonstrações financeiras da Commerce de 30.06.95, que após a oferta pública, as empresas do Grupo passariam a administrar o caixa de forma independente de qualquer parte relacionada, bem como de que os recursos obtidos com a distribuição secundária seriam utilizados pela Commerce para liquidar todos os mútuos inter-companhias. Entretanto, essa imbricação nunca desapareceu.

10. A prática de transferir dívidas já era adotada pelo Grupo mesmo antes de a Arapuã se tornar companhia aberta, sendo que as primeiras transferências de dívidas da Commerce Importação e Comércio para a Commerce Desenvolvimento Mercantil, sem a anuência dos credores, ocorreram ainda em 30.06 e 29.09.95 e não foram objeto de qualquer menção nas notas explicativas e nem no prospecto de oferta pública. De acordo com os contratos, a contrapartida seria a liquidação do mútuo.

11. Nos anos de 1996 e 1997, embora essas operações para a Commerce tenham sido feitas de forma contínua e tenham totalizado nesses anos, respectivamente, R\$497 milhões e R\$441 milhões, também não foram objeto de qualquer nota explicativa nas demonstrações financeiras da Arapuã.

12. Nessas operações, entretanto, não mais se liquidavam os mútuos mas passou-se a remeter as obrigações a vencer com bancos ou fornecedores para a empresa ligada juntamente com o numerário ajustado a valor presente. As dívidas transferidas eram compostas de duplicatas de fornecedores ou contratos de vendor, modalidade de financiamento de vendas para empresas na qual quem contrata o crédito é o vendedor do bem, mas quem paga o crédito é o comprador e, caso o comprador não honre o compromisso junto ao banco, o vendedor responde pela sua liquidação, assumindo o direito creditório junto ao comprador.

13. De acordo com o Relatório da Comissão de Inquérito, duas foram as justificativas apresentadas para a realização dessas operações: (i) vantagem tributária para a Arapuã e (ii) necessidade de realizá-las para que a Commerce pudesse cobrir um passivo que permanecera quando transferiu as operações de varejo para a Arapuã, com vistas a evitar a interrupção do fornecimento de mercadorias para as lojas. Cabe esclarecer que esta última hipótese foi considerada pela Comissão a mais razoável, o que, em seu entender, teria criado um círculo vicioso, que obrigava a Arapuã a remeter sistematicamente dívidas a vencer e numerário com o qual a Commerce pagaria as dívidas vencidas.

14. O modo como essas operações eram realizadas, baixando as dívidas do passivo em contrapartida da saída dos valores do ativo, dava aos leitores das demonstrações financeiras a falsa percepção de que tais dívidas eram quitadas, quando na verdade eram apenas transferidas.

15. Como nos contratos de assunção de dívidas entre a Arapuã e a Commerce não havia a anuência dos credores, a Arapuã permanecia subsidiariamente responsável pelas obrigações no caso do inadimplemento da assuntora. Essa contingência também deveria ter sido evidenciada em nota explicativa.

16. Essas contingências, consideradas como de remota possibilidade de ocorrência pelos administradores da Arapuã, entretanto, começaram a se concretizar a partir de 01.10.97, quando as dívidas antes transferidas para a Commerce começaram a voltar para a Arapuã e passaram a ser registradas como mútuo, levando a Arapuã a encerrar o exercício com um crédito a receber de sua controladora Simeira, no montante aproximado de R\$42 milhões, além de créditos imobiliários de cerca de R\$28 milhões, posteriormente devolvidos para a última a débito de mútuo. Apesar dessa situação, a Arapuã não fez nenhuma provisão em seu balanço relativo às dívidas de cerca de R\$80 milhões que ainda estavam em poder da Commerce, bem como em relação aos R\$42 milhões devidos pela Simeira, de modo que as demonstrações financeiras não espelhavam a real situação de seu patrimônio.

17. A respeito dos mútuos, observa-se que em 30.09.97 a Arapuã firmou tais contratos com a Commerce e com a

Simeira, pelos quais poderiam mutualizar reciprocamente até o valor de R\$300 milhões, tendo a Arapuã efetuado movimentos com a Commerce entre outubro e dezembro de 1997, quando passou também a movimentar o mútuo com a Simeira, até que entre abril e maio de 1998 o saldo foi transferido para a Arapuã Serviços de Administração de Crédito e Cobrança S/C.

18. Nesse período, vale consignar que grande parte da dívida de R\$88 milhões reassumida pela Arapuã em 01.10.97 havia sido enviada para a Commerce apenas dois meses antes e que, apesar da crise financeira que se abateu sobre a Arapuã, chegaram a ser transferidas dívidas e dinheiro em um mês e no outro voltaram, inclusive, com a diferença de um único dia.

19. Além disso, a administração da Arapuã fez constar nas demonstrações financeiras da Arapuã de 31.12.97 nota explicativa como fato superveniente narrando a evolução do mútuo da companhia com a Simeira a partir de dezembro, em que era informado que havia sido totalmente quitado em 27.03.98 o tal mútuo no valor de R\$99 milhões quando na verdade o mesmo havia evoluído para cerca de R\$90 milhões, realizando operações de ida e volta de dívidas e numerário, que fez com que esse saldo desaparecesse momentaneamente e retornasse somente em abril. De acordo com os autos, nos dias 26.03 e 27.03.98 foram firmados dois contratos de transferência de dívidas da Arapuã para a Simeira, tendo a Arapuã enviado também o dinheiro correspondente, e nos dias 27.03 e 28.03.98 as mesmas dívidas foram enviadas de volta à Arapuã pela Simeira. Entretanto, estranhamente somente no dia 1º de abril essas operações foram registradas contabilmente.

20. Como consequência de tais operações, o mútuo foi reconstituído em cerca de R\$90 milhões e acrescido dos R\$24 milhões que não voltaram na reversão da operação de debêntures, dos R\$67 milhões referentes às dívidas com a Evadin que a Arapuã reassumiu, dos R\$28 milhões relativos aos créditos imobiliários e de cerca de R\$18 milhões de outras remessas feitas pela companhia, atingindo assim, o montante que posteriormente foi transferido para a Arapuã Serviços e que apareceu no balanço da concordata em 22.06.98.

21. Segundo a defesa, a Arapuã teve sua situação financeira abalada, no ano de 1997, em virtude do aumento da inadimplência dos consumidores, da queda das vendas e da crise do mercado asiático.

22. Assim, ante a grande inadimplência dos devedores, a Arapuã, que figurava como interveniente-garante dos contratos de CDC-I, viu-se responsável pela dívida não honrada, o que obrigou as demais empresas do Grupo a também mobilizar suas disponibilidades para solver as dívidas.

23. Como as dificuldades da Arapuã acabaram por restringir o crédito das demais empresas, a capacidade do Grupo em honrar os débitos ficou comprometida e, em consequência, as dívidas transferidas começaram a retornar ameaçando a continuidade dos negócios pela interrupção do fornecimento de mercadorias. As dívidas voltaram ao balanço da Arapuã, segundo a defesa, com objetivo de renegociá-las com os credores e assegurar-lhes tratamento igualitário.

24. Ocorre que o crescimento do mútuo da Arapuã com sua controladora Simeira foi rápido e atingiu o valor de R\$235 milhões em 22.06.98, quando foi solicitada a concordata, e decorreu da volta das dívidas no fim de março (R\$90 milhões), da remessa de numerário (R\$18 milhões), do estorno de operações com debêntures (R\$24 milhões), de dívidas reassumidas (R\$67 milhões) e de créditos imobiliários enviados de volta para a Simeira (R\$28 milhões), tendo sido transferido para a Arapuã Serviços de Administração de Crédito e Cobrança S/C Ltda., sua controlada.

25. Para melhor entender o que, de fato, teria ocorrido com a Arapuã, é oportuno verificar as conclusões a que chegou a Semp Toshiba, comissária da concordata, a respeito do crédito de R\$235 milhões a receber de empresas ligadas constante do seu balanço de 22.06.98.

26. A origem desse crédito, segundo a comissária, remontava à época da transferência das operações de varejo da Commerce Desenvolvimento Mercantil para a Commerce Importação e Comércio, cuja denominação foi posteriormente alterada para Lojas Arapuã, quando algumas obrigações com fornecedores permaneceram no passivo daquela empresa, após a integralização do capital da futura companhia aberta, em 31.12.94.

27. No referido relatório, a Semp Toshiba, dizendo-se pautada em informações oriundas da própria Arapuã, afirma que o passivo que permaneceu na Commerce seria garantido por ativos preservados para essa finalidade, dentre os quais imóveis e participações acionárias como a da Etti Produtos Alimentícios Ltda..

28. Segundo a comissária, houve um descompasso entre o passivo remanescente e a pretendida realização dos ativos que os garantiam, fazendo com que a Arapuã, nova operadora do varejo, para preservar a continuidade do fornecimento de mercadorias para as lojas, passasse a fornecer à Commerce o numerário para o pagamento do passivo de curto prazo, em contrapartida da assunção, por esta, de dívidas da Arapuã com prazo mais longo.

29. Ainda de acordo com a comissão, esse procedimento teria se mantido ao longo do tempo com a Arapuã repassando para a Commerce e para a Simeira dívidas vincendas e numerário destinado ao pagamento de obrigações vencidas e somente quando a Arapuã se dispôs a pedir a concordata teria sido constatado que a assunção das dívidas pelas empresas ligadas não excluía a sua responsabilidade perante os credores, o que fez com a Arapuã reassumisse as obrigações.

30. Segundo o Relatório da Comissão de Inquérito, a Commerce Desenvolvimento Mercantil, após transferir para a Commerce Importação e Comércio, na integralização de seu capital em 31.12.94, contratos de vendor que totalizavam R\$125 milhões, ainda manteve em seu passivo circulante obrigações de financiamento e com fornecedores nos valores de R\$109 milhões e R\$94 milhões, respectivamente.

31. Dessa forma, a Commerce Desenvolvimento Mercantil, embora tenha transferido sua atividade operacional de varejo, manteve um elevado endividamento vinculado a esta atividade que, pelo afirmado no relatório da Semp Toshiba, continuou a ser liquidado pela geração de caixa do varejo da Arapuã, após ter passado ao controle da Commerce Importação e Comércio, posteriormente denominada Lojas Arapuã S/A.

32. A análise das planilhas de assunção de dívidas e pagamentos efetuados pela Commerce Desenvolvimento Mercantil, constantes dos papéis de trabalho da KPMG, mostra que, na maioria dos meses, o montante transferido para a Commerce era próximo aos valores dos pagamentos efetuados por ela, o que vai ao encontro da afirmação da Semp Toshiba de que dívidas e recursos eram transferidos para que fossem liquidadas outras dívidas vincendas e não para remunerar o caixa da Arapuã como alegado na sua defesa.

33. O fato de Arapuã entrar em uma crise financeira não é justificativa, no entanto, para a companhia transferir dívidas e dinheiro em um mês e, no outro, reassumir as dívidas e ficar com um crédito a receber da coligada, operação feita, inclusive, com diferença de um dia. Essas transações tenderiam, na verdade, a agravar a situação financeira da Arapuã, que trocou suas disponibilidades por créditos a receber de partes relacionadas.

34. Vale destacar que a própria inspeção da CVM concluiu que a justificativa para as operações pautada na economia tributária era de difícil aceitação, dado que a Commerce que não possuía à época atividade operacional, deveria, com o numerário recebido pela Arapuã, gerar recursos suficientes para cobrir a diferença entre os valores presente e futuro das duplicatas, bem como cobrir seus custos operacionais e ainda auferir algum lucro.

35. Ficou sem resposta também no presente inquérito por que a Arapuã imprescindia da Commerce para fazer as aplicações de seu caixa e não o fazia diretamente, já que a Commerce da mesma forma deveria aplicá-lo no mercado.

36. Por fim, do relatório da Trevisan que substituiu a KPMG, é oportuno destacar que, embora os pagamentos efetuados pela Commerce, com recursos originários da Arapuã, tenham sido feitos somente a fornecedores de produtos para revenda, sem, no entanto esclarecer onde foram parar os recursos que não voltaram, em relação aos pagamentos feitos pela Simeira, a conclusão foi no sentido de que a sua quase totalidade foi destinada à liquidação de compromissos operacionais como construtora e R\$204.287,13 pagos inclusive a membros da família Jacob (conforme relação de fls. 275 a 428), ao contrário do que declarou o Sr. Antônio Simeira Jacob em seu depoimento de fls. 1678.

Das imputações aos diretores

37. Como ficou apurado, a prática de transferir sistematicamente dívidas com o respectivo numerário para a Commerce, sem a anuência dos credores e sem qualquer garantia, fazendo com que a Arapuã permanecesse subsidiariamente responsável, não foi adequadamente tratada em suas demonstrações financeiras.

38. O modo como eram feitas as operações, baixando as dívidas do passivo em contrapartida da saída dos valores do ativo, dava a falsa impressão aos destinatários das demonstrações financeiras que tais dívidas haviam sido quitadas quando, na verdade, eram transferidas para uma empresa ligada e, no caso de inadimplência, retornavam para a Arapuã, como de fato começou a ocorrer a partir de outubro de 1997.

39. Dessa forma, não há dúvida de que os acionistas da Arapuã foram privados de uma informação relevante sobre a companhia, uma vez que as operações de transferência de dívidas e numerário para a Commerce não estavam refletidas nas demonstrações financeiras, nem mesmo a possibilidade de ocorrerem eventuais contingências. Além disso, não foram apresentados a respeito nenhuma nota explicativa e quadros analíticos ou demonstrações contábeis necessários para esclarecimento da situação patrimonial e dos resultados do exercício e nota indicando as garantias prestadas a terceiros e outras responsabilidades eventuais ou contingentes.

40. As contingências que os administradores da Arapuã admitiam ser de remota possibilidade e que, portanto, em seu

entender, não havia a necessidade de evidenciá-las, contudo, começaram a se concretizar a partir de 01.10.97, o que obrigaria a Arapuã a constituir em 31.12.97 uma provisão em relação às dívidas que ainda estavam em poder da Commerce de cerca de R\$80 milhões e em relação ao montante de R\$42 milhões devido pela Simeira, de maneira a que as demonstrações financeiras espelhassem com fidedignidade a situação patrimonial da companhia.

41. Parecem-me, portanto, pertinentes as imputações formuladas aos diretores por não terem evidenciado nas demonstrações financeiras da Arapuã referentes aos exercícios de 1995 a 1997 as operações de transferência de recursos e dívidas para a Commerce e a possibilidade de eventuais contingências, bem como não terem constituído provisão em relação a dívidas transferidas e a mútuos constituídos com a Commerce e a Simeira, que a partir de 01.10.97 começaram a se concretizar ao retornarem à Arapuã, o que é exigido pelo disposto no *caput*, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º do artigo 176 da Lei nº 6.404/76 que estabelecem:

"Art. 176 - Ao fim de cada exercício social, a Diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício:

.....
§ 4º - As demonstrações serão complementadas por notas explicativas e outros quadros analíticos ou demonstrações contábeis necessários para esclarecimento da situação patrimonial e dos resultados do exercício.

§ 5º - As notas deverão indicar:

.....
d) os ônus reais constituídos sobre elementos do ativo, as garantias prestadas a terceiros e outras responsabilidades eventuais ou contingências;"

42. Da mesma forma, entendo que houve também infração ao item 2 da Deliberação CVM Nº 26/86, baixada com base no parágrafo 3º do artigo 177 da Lei nº 6.404/76, que aprovou o Pronunciamento do IBRACON que dispõe sobre Transações entre Partes Relacionadas, que torna obrigatória a divulgação dos saldos de operações entre companhias e quaisquer formas de garantias existente entre elas (itens 2 e 7), a seguir transcritos:

a) Deliberação CVM Nº 26/86:

"2. Tornar obrigatória a adoção do pronunciamento referido no item 1 pelas companhias abertas."

b) Pronunciamento do IBRACON

"2. Para permitir uma adequada interpretação das demonstrações financeiras por parte de seus usuários e de quem com base nelas vá tomar decisões de caráter econômico-financeiro, é necessário que as transações entre partes relacionadas sejam divulgadas de modo a fornecer ao leitor, e principalmente aos acionistas minoritários, elementos informativos suficientes para compreender a magnitude, as características e os efeitos deste tipo de transações sobre a situação financeira e sobre os resultados da companhia."

"7. A seguinte é uma relação meramente exemplificativa, logo, não exaustiva, de transações entre partes relacionadas, que devem ser divulgadas:

.....
- saldos decorrentes de operações e quaisquer outros saldos a receber ou a pagar.

.....
- avais, fianças, hipotecas, depósitos, penhores, ou quaisquer outras formas de garantias."

43. Além disso, não há dúvida de que as operações de ida e volta envolvendo o valor de cerca de R\$90 milhões realizadas entre a Arapuã e a Simeira entre 26 e 28.03.98 serviram apenas para zerar artificialmente o mútuo havido entre ambas, o que motivou a inclusão indevida de nota explicativa¹ como evento subsequente, e que voltaram a ser contabilizadas somente no mês de abril seguinte, em infração ao *caput* do artigo 177 da Lei nº 6.404/76 que dispõe:

"Art. 177 - A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência."

44. Desse modo, foi longe a administração da companhia em maquiar sua situação financeira, nas demonstrações financeiras de 1997, realizando operações com o objetivo único de informar enganosamente que o mútuo com a sua controladora havia sido quitado em 27.03.98.

45. De fato, a defesa apenas se limita a afirmar que essas operações foram revertidas porque a Arapuã deixara de adotar a política de transferência de dívidas para coligadas e que a contabilização incorreta da dívida no balanço teria decorrido de um equívoco do setor de contabilidade na empresa, esquecendo-se, contudo, de reconhecer que, de acordo com os fatos apurados, foi a própria Arapuã que forneceu o numerário para a liquidação do mútuo pela Simeira e que retornou no mês seguinte.

46. Não se trata, portanto, de mero equívoco, mas de artifício destinado a distorcer a situação patrimonial da companhia, o que é inadmissível em se tratando de companhia aberta.

47. Cabe consignar que foram assinados novos contratos de assunção de dívidas e cessão de créditos, ficando difícil admitir que essas operações de ida e volta tenham resultado de um mero equívoco, conforme se verifica às folhas 558 a 588.

48. A realização das operações que representaram sucessivas remessas de dinheiro à Commerce e à Simeira e a reassunção de dívidas a partir de outubro de 1997 por conta de contrato de mútuo sem qualquer garantia quando existiam fortes indicativos de que essas empresas não poderiam arcar com as obrigações se constitui também em ofensa ao dever de diligência, em infração ao artigo 153 da Lei nº 6.404/76, a seguir transcrito:

"Art. 153 - O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios."

49. É imprescindível que aquele que cuida de recursos do público investidor, como é o caso do administrador de companhia aberta, exerça com cuidado e diligência sua função. A massa difusa representada pelos acionistas minoritários deve se sentir protegida com a garantia de que os administradores seguirão os padrões determinados pela lei. O afastamento de tais princípios representa grave ofensa aos direitos dos minoritários, ainda que o prejuízo não se consume. É preciso que o administrador aja como se estivesse administrando seus próprios negócios. Diante disso, aquilo que seria adequado para ele também o será para os acionistas.

50. No caso, parece não indicar prudência transferir recursos para empresas ligadas sem qualquer garantia com a possibilidade de retornarem apenas as dívidas, já que a Arapuã continuava subsidiariamente responsável pelo cumprimento das obrigações.

51. Como a Arapuã e suas empresas ligadas não possuíam convenção de grupo, nos termos do artigo 265 da Lei nº 6.404/76, pelo qual poderiam combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos sociais, ao continuar realizando as operações de remessa de numerário e assunção de dívidas a partir de 01.10.97, quando existiam fortes indicativos de que as empresas ligadas não tinham condições de arcar com essas obrigações, tanto que acabaram sendo integralmente provisionadas em 31.12.98, seus diretores infringiram ainda o disposto no artigo 245 da Lei nº 6.404/76, que veda aos administradores favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, em prejuízo da companhia, ao estabelecer:

"Art. 245 - Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo."

52. A lei no artigo 245 admite que haja negócios entre empresas coligadas, controladas e controladoras desde que sejam realizados em bases comutativas. O objetivo desse artigo é coibir o favorecimento de empresas relacionadas. Ao submeter tais operações a condições equitativas, a lei limitou a possibilidade de ocorrência de negócios

imprudentes e desleais entre tais empresas, protegendo o acionista minoritário de eventuais favorecimentos. A contratação com empresas relacionadas reveste-se da maior gravidade, pois as partes envolvidas não têm o necessário distanciamento.

53. De fato, em contratos entre partes relacionadas não existe a necessária independência, representando quase que um negócio consigo próprio. Por isso, a lei enfatizou a necessidade de comutatividade entre tais contratos. Em caso como tais, as relações entre as partes relacionadas devem ser celebradas com a máxima transparência e sem intervenção de quem tenha conflito de interesses.

54. Nesses casos, a contratação deve observar as melhores condições existentes no mercado, deve ser realizada sem prejuízo do interesse social e deve estar devidamente garantida, em conformidade com as praxes do mercado.

55. No caso, ainda que as operações não fossem proibidas, não há como não reconhecer que não tenha havido favorecimento às empresas relacionadas, já que os recursos foram efetivamente enviados e a dívida não foi paga, tendo, inclusive, sido provisionada sua perda total.

56. Embora as atas de reunião de diretoria de 1995 a 1998 não contenham nenhuma deliberação acerca das operações de transferência questionadas e sobre os mútuos, o Sr. Massaru Kashiwagi, que era o diretor financeiro e de relações com investidores, demonstrou à Comissão de Inquérito ter participado ativamente na realização das operações de transferência de dívidas, enquanto que o diretor de controladoria de 1995 a 23.07.98 Milton Barcellos, pelo próprio cargo que ocupava, certamente tinha conhecimento das operações, cabendo lembrar que ambos são citados pelo auditor independente em seus papéis de trabalho como interlocutores da companhia em relação à questão da necessidade ou não de evidenciação das operações de transferências de dívidas (fls. 1276 e 1277).

57. Por sua vez, o diretor presidente Antônio Carlos Simeira Jacob e os diretores de operações Ricardo Pieroni Jacob e de compras Rubens Simeira Jacob, apesar de terem afirmado que não participaram da operacionalização das operações de transferência de dívidas entre a Arapuã e empresas ligadas por não ser matéria afeta às suas atribuições, reconheceram que sabiam de sua existência (fls. 1668 a 1702).

58. Além disso, cabe consignar que os Srs. Antônio Carlos Simeira, Ricardo Pieroni, Rubens Simeira Jacob e Renato Simeira Jacob eram diretores-gerentes da Commerce e que os Srs. Antônio Carlos Simeira, Jorge Wilson Simeira Jacob, Ricardo Pieroni Jacob e Renato Simeira Jacob também tinham poderes de gerência na Simeira, o que reforça a responsabilidade destes pelas irregularidades.

59. Pode-se exemplificar a atuação ativa dos diretores da Arapuã nas transações, tanto em nome da Arapuã quanto das ligadas, através do contrato de mútuo firmado, em 30.09.97, entre a Arapuã e a Commerce, pelo qual poderiam mutualizar valores reciprocamente até o valor limite de R\$300 milhões, no qual a Arapuã foi representada por seu conselheiro e diretor Massaru Kashiwagi e a Commerce, pelo conselheiro e diretor da Arapuã Ricardo Pieroni Jacob (fls. 516 a 518).

60. Assim, esses diretores apesar de cientes das operações que vinham sendo, reiteradamente, realizadas nada fizeram para impedir a sua prática, conforme o previsto no parágrafo 1º do artigo 158 da Lei nº 6.404/76:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

.....
§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, ao conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia geral.

61. Vale lembrar, ainda, que o estatuto social da Arapuã, em seu artigo 15, atribui à diretoria como um todo amplos poderes de administração e gestão dos negócios sociais e, em seu artigo 19, determina que cabe aos diretores, sem especificar nenhum cargo, participar da discussão e aprovação das operações da alçada da diretoria.

62. Quanto às operações de ida e volta entre os dias 26 e 28.03.98, ficou comprovado que essas operações foram artificialmente realizadas para informar aos investidores que o mútuo da Arapuã com a Simeira tinha sido liquidado em 27.03.98, não podendo ser aceitas as alegações de que resultaram de um equívoco dos técnicos da contabilidade

da empresa. O que deve ser considerado é que a informação dada na nota explicativa e que não condizia com a realidade jamais foi corrigida. A mesma explicação em relação à operação de debêntures realizada em 22.04.98 de que teria um efeito inócuo também não condiz com a realidade já que R\$24 milhões não voltaram para a Arapuã.

63. Diante disso, devem ser responsabilizados todos os diretores que exerceram seus cargos na época em que foram cometidas as irregularidades pela sua participação direta ou indireta nas operações, uma vez que todos eles assinaram as demonstrações financeiras de 31.12.95, 31.12.96 e 31.12.97 e são responsáveis pela veracidade da situação patrimonial da Arapuã nelas refletidas.

64. Quanto à alegação de dupla responsabilização de Antônio Carlos Caio Simeira Jacob, que era acionista controlador e diretor da Arapuã, cabe esclarecer que as responsabilidades são próprias de cada cargo ou função, sendo, portanto, distintas, uma não absorvendo a outra. De fato, trata-se de responsabilização em consequência de acumulação de diferentes funções.

65. Já quanto à não apropriação a partir de 31.12.98 dos encargos devidos sobre o crédito devido pela companhia contra sua controlada Arapuã Serviços de Administração de Crédito e Cobrança S/C Ltda., devem ser responsabilizados os diretores em exercício à época, por infração ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76 acima transcrito, ainda que tenha havido recomendação neste sentido em decorrência de aspectos fiscais, conforme se verifica às fls. 683 do parecer jurídico, que conclui "*... diante das condições adversas que geraram a concordata, o cancelamento da remuneração dos mútuos entre esta companhia e a Simeira acabou por se impor à Administração como única medida recomendável em face do risco, quase evidência, de se provocar o aumento do passivo (decorrente da obrigação de recolhimento de imposto de renda por receita financeira meramente contábil) da companhia em detrimento de seus credores e, pela aceleração da deterioração patrimonial, dos próprios acionistas*". - grifei

66. Parece-me que não pode ser aceita a explicação de que os encargos deixaram de ser apropriados em decorrência de razões fiscais. Primeiro, porque nem mesmo há a certeza de que este entendimento seria aceito pelo fisco e, em segundo lugar, é certo que se não se tratasse de empresas ligadas, jamais haveria o perdão da dívida nos termos em que ocorreu. Além disso, a argumentação de que havia impossibilidade de recebimento do crédito perante a controladora da Arapuã mostra justamente que as operações eram realizadas em desacordo com a lei, já que possibilitou, inclusive, cancelar os referidos encargos em benefício financeiro de empresa ligada exclusivamente ao seu controlador em detrimento dos acionistas da Arapuã, o que, embora seja possível entre grupos de empresas, é inadmissível no caso de uma companhia aberta.

Das imputações aos acionistas controladores

67. Os acionistas controladores têm deveres e responsabilidades para com os demais acionistas e devem usar o poder com o fim de realizar o objeto da companhia. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 116 da Lei nº 6.404/76:

"Art. 116 -

Parágrafo único - O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender."

68. Vale destacar as considerações do eminente jurista Alfredo Lamy Filho acerca do abuso de poder de controle: "*Dispondo do comando permanente da máquina social, elegendo ou destituindo os administradores, transformando interesses próprios e desejos individuais em deliberações assembleares, e delas se servindo para complementá-las com atos administrativos, usando a sociedade como bem seu para obter ou trocar favores - o acionista controlador, muitas vezes é induzido, pelas facilidades que se lhe abrem, a confundir o interesse próprio com o da sociedade que domina. Julga ser a própria companhia, ao exercer o "poder soberano", como diz Comparato, implantando, com freqüência, a "tirania da maioria", que se julga irresponsável perante os demais acionistas, e tentando todos os expedientes e aventuras para conservar ou aumentar seu poder. É levado assim, o controlador a violar seu dever básico, primordial - de decidir no interesse comum dos sócios esquecido de que o poder de que frui é admitido pela lei apenas para esse fim, e dentro desse limite"*²

69. Como bem observa Fábio Konder Comparato, "*ao controlador, mais do que a qualquer dos outros participantes da sociedade, compete o dever de atuar em vista da realização dessa finalidade; não só pelo exercício do voto, mas também fora da assembléia, definindo a política empresarial e fazendo-a aplicar pelo órgão administrativo... Não há dúvida que o poder de apreciação e decisão sobre a oportunidade e conveniência do exercício da atividade empresarial, em cada situação conjuntural cabe ao titular do controle e só a ele. Freqüentemente, no entanto, sob a*

*invocação de interesses superiores da sociedade (análoga à invocação de razão de Estado, na esfera política) ocorre que, na verdade, é o capricho ou interesse pessoal dos controladores; ou a interesses que não são, propriamente, os da sociedade em questão, e sim do grupo econômico mais vasto no qual se insere"*³

70. O artigo 117 da lei societária, por sua vez, indica normas de procedimento do administrador de fato, que é o acionista controlador, a que vão se justapor as que balizam os deveres e responsabilidades dos administradores de direito. Em última análise, a direção dos negócios cabe ao acionista controlador, que detém a maioria dos votos na assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. O poder de controle lhe assegura o direito de decidir em nome dos acionistas minoritários, mas em contrapartida a lei lhe deu maiores responsabilidades. Ao acionista controlador compete desenvolver sua ação de modo a preservar os padrões éticos para realizar o objeto social da companhia.

71. O parágrafo 1º do mesmo artigo 117 exemplifica casos de abuso de poder de controle, quando, através de deliberações contrárias ao interesse da sociedade, coloca a companhia a seu serviço.

72. São modalidades de abuso de poder, vedadas pelas alíneas "a" e "f" do artigo 117 da Lei nº 6.404/76:

"Art. 117 -

§ 1º - São modalidades de exercício abusivo de poder:

a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

.....
f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não eqüitativas;"

73. Assim, não há dúvida de que as operações envolvendo as sucessivas transferências de dinheiro da Arapuã para a Commerce e a Simeira, sem qualquer garantia, em contrapartida da assunção de débitos, que em 22.06.98 atingiram o valor de R\$235 milhões, representaram a saída de recursos que agravaram a sua situação financeira e aliviaram a das empresas ligadas em prejuízo da participação dos acionistas minoritários em seu lucro e acervo. Constitui-se também como abusiva a operação de ida e volta das dívidas da Simeira para a Arapuã realizada entre os dias 26 e 28.03.98, forjada com o intuito de dar a falsa impressão aos acionistas de que o mútuo existente nas demonstrações financeiras de 31.12.97 havia sido liquidado.

74. Além disso, é inquestionável que essas operações também são abusivas uma vez que o controlador - que também detinha o controle acionário de todo o grupo de empresas do qual a Arapuã fazia parte - contratou com a companhia através de sociedade na qual tinha interesse em condições de favorecimento ou não eqüitativas, ou seja, irrazoáveis, em conflito com o que prevalece no mercado.

75. As justificativas apresentadas de que (i) os controladores teriam realizado as operações com o objetivo de melhor remunerar o caixa da Arapuã, (ii) não teriam medido esforços para assegurar a continuidade de seus negócios e (iii) os problemas teriam sido gerados pela inadimplência dos clientes não podem ser aceitas diante da constatação de que os recursos, ao contrário das dívidas, não mais retornaram à Arapuã.

76. Note-se que foi justamente a condição do acionista controlador que permitiu que fossem tomadas as decisões que prejudicaram as Lojas Arapuã. Certamente, não fosse o fato de envolverem partes relacionadas, as operações de transferência de dívidas e numerário não teriam sido feitas nas condições em que o foram sem qualquer garantia e sem o mínimo cuidado com o risco envolvido.

77. Observa-se que ficou comprovado que o crédito de R\$235 milhões devido pela Arapuã contra empresas ligadas, na data de sua concordata, foi formado através de operações que beneficiaram apenas essas partes relacionadas, em prejuízo da companhia aberta. Isso denota que, de fato, as transações não foram efetuadas em condições semelhantes às que seriam aplicadas entre partes não relacionadas - quanto a prazos, encargos, qualidade, garantias - que contratassem com base em sua livre vontade e em seu melhor interesse.

78. Assim, fica evidente que as políticas adotadas pelos controladores, que em última análise detinham a maioria acionária de todo o grupo em que a Arapuã estava inserida, visavam a atender os interesses das demais empresas do grupo e não ao interesse da Arapuã, tendo sido esta sacrificada em benefício das partes relacionadas para as

quais as dívidas foram transferidas com o respectivo numerário.

79. Ainda que pudessem ser consideradas lícitas as transferências, era inadmissível que nas demonstrações financeiras nada constasse a respeito da possibilidade de a Arapuã continuar com a obrigação, no caso de as dívidas não serem pagas pelo fato de ser remota a ocorrência dessa possibilidade como afirmado.

80. Nem mesmo o fato de a situação econômica da Arapuã ser pública e notória e de as demonstrações financeiras de 31.12.97 terem sofrido não ressalva de continuidade no parecer dos auditores independentes como afirmado, mas um singelo parágrafo de ênfase, diminui a responsabilidade dos controladores, já que é seu dever de prestar informações que reflitam as reais condições da empresa.

81. A Deliberação CVM nº 26/86, que aprovou o pronunciamento do IBRACON sobre "Transações entre Partes Relacionadas", determina que as companhias abertas divulguem informações relativas às transações efetuadas com partes relacionadas. Essa é uma informação fundamental, principalmente para os acionistas não controladores, na medida em que os efeitos dessas transações podem estar impactando significativamente os resultados presentes, vindo a influenciar a tomada de decisões por parte dos acionistas e dos investidores em geral.

82. Cabe esclarecer que a auditoria realizada pela Trevisan, contratada em maio de 1998, não entrou no mérito das operações realizadas entre a Arapuã e as empresas ligadas no período de 01.10.97 a 22.06.98 no tocante ao seu interesse para a companhia e a totalidade de seus acionistas, nem apurou o modo como foi formado o crédito de R\$235 milhões e que, ao contrário do alegado de que esse saldo teria decorrido da inadimplência dos clientes, a conclusão da comissão da concordata e que talvez seja a mais correta foi no sentido de que sua origem remontava ainda à época da constituição da Arapuã.

Das imputações aos conselheiros

83. Se, por um lado, os diretores e controladores têm sua responsabilidade própria, por outro, os membros do conselho de administração também não podem eximir-se da responsabilidade de fiscalizar a gestão dos diretores, dever que vai além da análise formal de seus atos.

84. No caso, a atuação dos conselheiros era de suma importância uma vez que os acionistas minoritários não tinham como saber da existência das operações questionadas por não estarem evidenciadas nas demonstrações financeiras da Arapuã.

85. O dever de fiscalizar está prescrito no inciso III do artigo 142 da lei societária que estabelece:

"Art. 142 - Compete ao conselho de administração:

.....
III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;"

86. Cabe enfatizar que o conselho de administração, como a própria lei estabelece, não é um órgão meramente receptivo ou consultivo, como alega a defesa, mas um órgão essencialmente fiscalizador e que deve ter um comportamento ativo e não passivo.

87. Deve-se distinguir a conduta dos interessados que integravam, concomitantemente, o conselho de administração e a diretoria ou o controle da Arapuã da conduta dos que eram apenas conselheiros da Arapuã, Edmar Lisboa Bacha, Durval José Soledade Santos, José Artur Lima Gonçalves e Jacob Jacques Gelman.

88. Mesmo ante a magnitude e a continuidade das operações, não há provas seguras de que os conselheiros tiveram conhecimento das operações implementadas pela diretoria. Isto porque as demonstrações financeiras não continham notas explicativas a respeito e nas reuniões do conselho as operações de transferências não eram tratadas, a não ser genericamente como admitiu o Sr. Antônio Carlos Simeira Jacob, eis que o estatuto da Arapuã não exigia deliberação do conselho a esse respeito- conforme informação dada pela companhia às fls. 2747.

89. Todavia, essa declaração não parece suficiente, uma vez que o referido controlador não é parte desinteressada.

90. Portanto, não se pode afirmar que esses acusados que eram tão somente conselheiros soubessem das operações em questão ou que com elas fossem coniventes. O mesmo, entretanto, não se pode dizer em relação à conduta omissiva pela não convocação da reunião, entre 14.08.97 e 30.03.98, e que permitiu o prosseguimento da trama

arquitetada pelos controladores e diretores.

91. Assim, entendo que, mesmo após a conclusão da diligência em que foram tomados os depoimentos dos ex-conselheiros e solicitadas informações à companhia a respeito da realização de eventuais reuniões do conselho no período questionado, devam ser mantidas as acusações a todos os conselheiros, visto que os depoimentos e documentos apresentados não são suficientes para comprovar ter havido reunião do conselho de administração no período, ou seja, seria preciso que os mesmos fossem fortes o suficiente para se contraporem à autenticidade do livro de atas cuidadosamente lavrado e que aparenta conter todas as atas das reuniões efetivamente realizadas.

92. Cabe acrescentar que, além de não terem sido informados nos depoimentos os assuntos discutidos e as deliberações tomadas nas mencionadas reuniões, não há qualquer ressalva nas assinaturas das atas subsequentes. Nem tampouco, se deliberação houve, quais teriam sido as medidas tomadas para implementá-las naquele momento tão grave da companhia.

93. Ademais, foram apresentadas justificativas antagônicas pelos conselheiros, tais como: a anexação, pelo Sr. Durval José Soledade Santos, de uma passagem aérea Rio/São Paulo/Rio em seu nome datada de 30.10.97, que se destinaria à participação na reunião e a informação do Sr. Edmar Lisboa Bacha de que teria havido uma reunião em 13.11.97, conforme registro em sua agenda.

94. Os livros autenticados em registro de comércio, como o livro de atas do conselho de administração da Arapuã, têm fé pública e fazem prova em favor de seu autor no litígio entre comerciantes, nesse sentido, os termos dos artigos 379 e 387 do Código de Processo Civil:

Art. 379. Os livros comerciais, que preencham os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litígio entre comerciantes.

Art. 387. Cessa a fé do documento, público ou particular, sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade.

Parágrafo único. A falsidade consiste:

I - em formar documento não verdadeiro;

II - em alterar documento verdadeiro.

95. Segundo Cesare Vivante "*Os livros de commercio fornecem ao negociante uma informação precisa de sua gestão; fornecem-lhe nas questões com outros commerciantes uma prova de seus direitos ao mesmo tempo que oferecem aos seus crédores uma prova no que attestam contra ele; dão as informações necessárias para determinar a sua responsabilidade penal em caso de fallencia... e para descobrir as fraudes que o commerciante quisesse commeter em prejuízo de seus crédores, dissimulando uma parte do activo ou pagando a um credor em prejuízo dos outros.*"⁴ - grifei

96. No mesmo sentido, Waldirio Bulgarelli bem afirma que "*Considerada como prerrogativa do comerciante, é a possibilidade de fazer prova com seus próprios livros. A propósito assinala Rubens Requião: Os livros comerciais são a consciência do comerciante. A comissão redatora do Código napoleônico de 1807, a propósito, declarava: A consciência do comerciante registra todas as suas ações; que são, para ele, uma espécie de garantia. É pelos livros que ele conhece o resultado de seus trabalhos; quando recorre à autoridade do magistrado, é à sua consciência que ele se dirige, é aos seus livros que ele se reporta.*"

97. Este jurista não deixa de ressaltar que "*De qualquer forma, a fé desses livros... pode ser ilidida, por documentos sem vícios, por onde se mostre que os assentos contestados são falsos ou menos exatos*"⁵. Contudo, conforme já demonstrado, as justificativas apresentadas pelos interessados foram conflitantes e insuficientes.

98. Assim, tem-se que a fé do livro de atas só poderia ser afastada pela declaração judicial de sua falsidade, o que não ocorreu no presente caso.

Cesare Vivante- Instituições de Direito Commercial - 2^a ed., Livraria Clássica Editora, pag. 43

Waldirio Bulgarelli- Direito Comercial - 13^a ed., Editora Atlas S.A., pp. 194 e 195

99. Note-se que a violação do dever de fiscalizar se deu pela não realização de nenhuma reunião entre 14.08.97 e 30.03.98, conforme comprovam as atas lavradas em fls. 17 e 18 do livro de atas do conselho (fls. 3800 a 3803), contrariando a prática e o contido no artigo 12 do estatuto que prevê a realização de reuniões ordinárias a cada 3

meses.

100. Além disso, as reuniões não se realizaram a partir de agosto de 1997, coincidentemente, mesmo período em que as dívidas transferidas com o respectivo numerário começaram a retornar para a Arapuã desacompanhada de qualquer soma pecuniária, ou seja, exatamente no momento crucial do desenrolar do processo de queda da Arapuã.

101. A existência de reunião do conselho designaria um esboço de algum esforço de seus membros em fiscalizar, dentre outras, as operações rotineiras que representavam o envio de cerca de R\$40 milhões mensais a partes relacionadas.

102. Inclusive, em 30.09.97, durante o período em que não houve reunião do conselho de administração, a Arapuã firmou contratos de mútuo com a Commerece e Simeira pelos quais poderiam mutuar valores reciprocamente até o valor limite de R\$300 milhões. Destaca-se que neste ato a Arapuã foi representada pelo seu conselheiro e diretor Massaru Kashiwagi e a Commerce pelo conselheiro e diretor da Arapuã Ricardo Pieroni Jacob.

103. Embora o conselho de administração atue como órgão colegiado e, de acordo com o estatuto social, a responsabilidade pela sua convocação seja primeiramente do presidente, nada impedia que qualquer conselheiro convocasse a reunião. O que é inadmissível é utilizar esse pretexto para não exercer o poder/dever de fiscalizar que decorre da lei e que não pode ser obstado pelo estatuto.

104. Sendo a Arapuã integrante de um grupo de empresas de controle familiar, mais empenho deveriam ter os conselheiros não ligados a esse grupo na fiscalização das transações da companhia com suas partes relacionadas.

105. Em relação aos conselheiros Jorge Wilson Simeira Jacob, Antônio Carlos Simeira Jacob, Renato Simeira Jacob e Ricardo Pieroni Jacob que, além de pertencerem ao grupo de controle e à diretoria, eram diretores da Simeira ou da Commerce, cabe dizer que os mesmos tinham interesse nas operações, enquanto que todos os demais José Artur Lima Gonçalves, Edmar Lisboa Bacha, Durval Soledade e Jacob Jacques Gelman exerceram seus cargos de 1995 a 1997, também aprovaram e assinaram as demonstrações financeiras respectivas com as irregularidades apontadas.

106. Pelo fato de terem se omitido no dever de convocar a reunião do órgão no período de 14.08.97 a 30.03.98, os membros do conselho de administração também não agiram com o cuidado e diligência, conforme é exigido pelo artigo 153 da Lei nº 6.404/76.

107. Quanto ao fato de indiciados estarem sendo responsabilizados como conselheiros e como diretores, cabe lembrar que a responsabilidade, como já foi afirmado anteriormente, decorre do exercício de cada função, nada impedindo sua punição em caso de comprovada a infração.

108. De fato, enquanto a função do conselho de administração é, dentre outros, orientar os negócios da companhia de forma geral, traçar as políticas a serem seguidas, fiscalizar a gestão dos diretores, nomear e destituir os diretores e fixar as suas atribuições sempre em decisões colegiadas, ao diretor cabe a gestão de todas as suas atividades sociais. É o diretor que conduz os negócios do dia-a-dia, que exerce o controle de todos os atos societários e que tem a função de representação da sociedade, sendo que suas decisões normalmente são individuais, ao contrário do conselho. Segundo Jean Carlos Dias, *"A diretoria ocupa o topo do sistema gerencial adotado pelo ordenamento societário, cabendo a ela a execução das estratégias de ação estabelecidas pelo Conselho de Administração."*, enquanto que *"O Conselho é um órgão entre os acionistas e a diretoria, sendo um instituto oriundo do direito germânico que objetiva estreitar as ações da diretoria à vontade dos acionistas."*⁶

109. Portanto, enquanto o diretor não tem autoridade sobre seus pares, a função de conselheiro permite que o mesmo supervisione a atuação dos demais diretores.

110. Diante disso, não há como não atribuir a quem ocupava diversas funções as responsabilidades que são próprias das atribuições de cada uma, uma vez que possuem também responsabilidades e objetivos próprios e distintos.

Das imputações aos auditores independentes

111. São consideradas partes relacionadas, em um sentido amplo, as pessoas físicas ou jurídicas com as quais a companhia tenha a possibilidade de contratar, de realizar operações, em condições que não sejam as de comutatividade e independência que caracterizam as transações com terceiros alheios à companhia, ao seu controle gerencial ou a qualquer outra área de influência.

112. A Deliberação CVM nº 26/86, que aprovou o pronunciamento do IBRACON sobre "Transações entre Partes Relacionadas", determina que as companhias abertas divulguem informações relativas às transações efetuadas com partes relacionadas, eis que fundamentais, principalmente, para os acionistas não controladores, na medida em que

os efeitos dessas transações podem estar impactando significativamente os resultados presentes, vindo a influenciar a tomada de decisões por parte dos acionistas e dos investidores em geral

113. Além disso, o Conselho Federal de Contabilidade, através da Resolução CFC nº 820/97, que aprovou a NBC-T-11, determina que o auditor deve examinar as transações relevantes com partes relacionadas, aplicando os procedimentos necessários para a obtenção de informações sobre a finalidade, natureza e extensão das transações, com especial atenção àquelas que pareçam anormais. Logo, o auditor deve verificar se estas transações estão devidamente divulgadas e, em caso negativo, fazer menção no seu parecer de auditoria

114. Contudo, as operações de transferências de recursos e dívidas que se iniciaram antes mesmo de a Arapuã se tornar companhia aberta em outubro de 1995 nunca foram objeto de notas explicativas, apesar da falta de anuência dos credores e dos valores significativos de R\$497 milhões em 1996 e de R\$441 milhões em 1997, o que, em caso de inadimplência, faria com que a Arapuã respondesse pelo cumprimento das obrigações.

115. Contabilmente, creditava-se o disponível pela saída do numerário e debitava-se a conta de fornecedores ou bancos credores, no caso das operações de vendor, o que, aliado à não evidenciação nas notas explicativas, fazia com que as operações não aparecessem aos olhos dos usuários das demonstrações financeiras, o que prejudicava o real entendimento dos negócios e da situação patrimonial da Arapuã, no tocante às operações realizadas com empresas ligadas e a eventuais contingências.

116. É bom que se diga que a classificação como remoto o risco de uma eventual inadimplência da Commerce pela KPMG foi feita apenas com base na constatação de que as dívidas estavam sendo pagas regularmente e não existiam evidências de fragilidade patrimonial da Commerce, mas sem, contudo, realizar uma auditoria nessa empresa, o que possibilitaria verificar efetivamente sua situação patrimonial e como eram geridos os recursos recebidos da Arapuã.

117. Apesar disso, na verificação da regularidade dos pagamentos, pela Commerce, das dívidas da Arapuã, a KPMG fazia testes que utilizavam o diário auxiliar de pagamentos emitido pela própria Commerce, ou seja, os auditores usaram para seus testes um documento emitido por uma empresa que não auditaram e da qual não conheciam os controles internos.

118. O Sr. Fernando Otávio Sepúlveda Munita afirmou, em seu depoimento à Comissão de Inquérito, que as operações realizadas pela Arapuã eram, à época, muito comuns no mercado por razões de ordem tributária e não tiveram impacto nas demonstrações financeiras da companhia, inclusive porque, na data de fechamento dos balanços, não havia saldos em aberto vencidos na Commerce, ou seja, só havia obrigações a vencer entre as que estavam em poder desta empresa, transferidas da Arapuã.

119. Todavia, além da constatação de que o montante transferido pela Commerce era muito próximo ao valor dos pagamentos efetuados por ela, o que vai ao encontro da afirmação da Semp Toshiba de que as dívidas e recursos eram transferidos para que fossem liquidadas outras dívidas vincendas, não foi esclarecido pelos auditores ouvidos pela Comissão a forma com que a Commerce gerenciava os recursos recebidos pela Arapuã, de modo a justificar as operação pela ótica da economia tributária.

120. Deve ser ressaltado que, ainda em 1996, o Sr. Munita, em comentários inseridos nos seus papéis de trabalho, menciona ter levado ao conhecimento dos Srs. Massaru e Barcellos a sua preocupação sobre eventuais contingências que poderiam surgir, caso a Commerce Desenvolvimento não honrasse os compromissos assumidos. Na ocasião, de acordo com o comentário do auditor, os referidos diretores teriam ressaltado, enfaticamente, que já haviam analisado o assunto e a posição da Arapuã era não fazer qualquer divulgação ao mercado. Embora sabendo das responsabilidades da Arapuã, e mesmo preocupado com eventuais contingências que poderiam advir dessa responsabilidade, a ponto de deixar esse fato consignado em seus papéis de trabalho, o auditor, passivamente, aceitou a argumentação, nada mencionando em seu parecer, contribuindo, dessa forma, para que essa informação fosse omitida ao mercado. (item 84 do Relatório da Comissão de Inquérito)

121. Não poderiam, portanto, os auditores concluir que não era necessário evidenciar em notas explicativas essas operações com partes relacionadas, juntamente com a existência de eventuais contingências para a Arapuã, conforme determinado pelo Pronunciamento XXII do IBRACON que no item 11 diz:

"11. Garantias, obrigações decorrentes de títulos descontados, fianças e outras responsabilidades similares normalmente são divulgadas em notas explicativas sendo, em princípio, desnecessária a criação de provisões específicas para atender a contingências, a não ser quando perdas dessa natureza forem consideradas como prováveis."

122. O Pronunciamento do IBRACON, que se aplica às companhias abertas por força da Deliberação CVM Nº 26/86,

estabelece que:

"Para permitir uma adequada interpretação das demonstrações financeiras por parte de seus usuários e de quem com base nelas vá tomar decisões de caráter econômico-financeiro, é necessário que as transações entre partes relacionadas sejam divulgadas de modo a fornecer ao leitor, e principalmente aos acionistas minoritários, elementos informativos suficientes para compreender a magnitude, as características e os efeitos deste tipo de transação sobre a situação financeira e sobre os resultados da companhia." - grifei

123. Além disso, o referido Pronunciamento estabelece o seguinte no seu item 7:

"7. A seguinte é uma relação meramente exemplificativa, logo, não exaustiva, de transações entre partes relacionadas, que devem ser divulgadas:

-
- *saldos decorrentes de operações e quaisquer outros saldos a receber ou a pagar.*
-

- *avais, fianças, hipotecas, depósitos, penhores, ou quaisquer outras formas de garantias."*

124. Não tendo seguido as normas emanadas do IBRACON e da Deliberação CVM Nº 26/86, a KPMG e seu sócio Fernando Munita infringiram em relação às demonstrações financeiras da Arapuã de 1995 a 1997 o artigo 24 da Instrução CVM Nº 216/94, a seguir transcrito:

"Art. 24 - O auditor independente, no exercício de sua atividade no âmbito do mercado de valores mobiliários, deve cumprir, por si e por seus representantes legais, e fazer cumprir, por seus empregados e prepostos, as normas específicas emanadas da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, além das normas e procedimentos que regulam a atividade profissional de auditoria independente."

125. A necessidade de evidenciação, em notas explicativas, das operações e da possibilidade de ocorrerem eventuais contingências, sem dúvida, era imprescindível, dado às características, efeitos e magnitude dos saldos das dívidas transferidas e ainda não quitadas nas datas em que eram disponibilizadas as informações ao mercado através dos ITRs, IANs e DPFs, entre 1995 e 1997, relacionadas a seguir:

Data-base	Vendor (R\$)	Fornecedores(R\$)	Total	% PL
30.09.95	70.205.564,59	14.477.636,99	84.683.201,58	49,5
31.12.95	93.770.268,56	4.700.212,89	98.470.481,45	49,1
31.03.96	144.060.145,71	-	144.060.145,71	69,9
30.06.96	141.507.780,52	64.717.202,52	206.224.983,04	90,0
30.09.96	113.379.871,54	103.295.080,57	216.674.952,11	76,9
31.12.96	220.178.825,04	-	220.178.825,04	73,9
31.03.97	247.641.113,45	4.436.002,24	252.007.115,69	75,9
30.06.97	218.595.062,25	-	218.595.062,25	83,3
30.09.97	222.235.352,60	-	222.235.352,60	110,3
31.12.97	79.919.591,09	-	79.919.591,09	72,8

126. É evidente a materialidade dos valores das dívidas da Arapuã que ficavam em poder da Commerce, sem que, no entanto, a companhia perdesse sua condição de devedora original e sem que os usuários de suas demonstrações financeiras tomassem conhecimento.

127. A relevância desses valores, que expressavam recursos financeiros oriundos da Arapuã para sua coligada, por si só já vai de encontro às alegações dos auditores da companhia de que as operações de transferência de dívidas não tinham impacto sobre suas demonstrações financeiras e que não havia necessidade de sua divulgação.

128. Os auditores ainda deixaram de observar a NBC-T-11, itens 11.2.12.2 e 11.3.8.1 em relação à auditoria de 31.12.97, infringindo o artigo 25 da Instrução CVM Nº 216/94, que dispõem:

a) NBC-T-11:

"11.2.12.2 - O auditor deve examinar as transações relevantes com partes relacionadas, aplicando os procedimentos necessários à obtenção de informações sobre a finalidade, natureza e extensão das transações, com especial atenção àquelas que pareçam anormais ou envolvam partes relacionadas não identificadas quando do planejamento."

"11.3.8.1 - O auditor deve incluir em seu parecer, inclusive sob a forma de ressalva, se for o caso, os necessários esclarecimentos que permitam a correta interpretação das demonstrações contábeis, sempre que estas forem omissas a esse respeito."

b) Instrução CVM Nº 216/94:

Art. 25 - O Auditor Independente - Pessoa Física e o Auditor Independente - Pessoa Jurídica, todos os seus sócios e demais integrantes do quadro técnico deverão observar, ainda, as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade, no que não conflitar com os atos desta Comissão, no que se refere à conduta, ao exercício da atividade e à emissão de parecer e relatórios de auditoria."

129. A análise dos papéis de trabalho dos auditores revela que não foi verificada por eles a devolução pela Commerce à Arapuã em 30.10.97 e 30.11.97 dos montantes, respetivamente, de R\$51 milhões e de R\$50 milhões em dívidas assumidas que, juntamente com a devolução de R\$88 milhões ocorrida em 01.10.97, indicava a necessidade de constituição de provisão nas demonstrações de 31.12.97, referente a mútuos com partes relacionadas e a dívidas com fornecedores em poder de partes ligadas, que só ocorreu em 31.12.98 quando a companhia já estava em concordata.

130. Como a Commerce não estava apresentando mais capacidade financeira de pagar as dívidas, que estavam sendo pagas pela própria Arapuã a débito do mútuo, e como o montante de dívidas em seu poder era conhecido, já que estava registrado em seu contas a pagar, existiam todos os pressupostos para que fosse constituída em 31.12.97 uma provisão abrangendo não só o montante de R\$42 milhões devido pela Simeira como também as dívidas que ainda estavam em poder da Commerce de cerca de R\$80 milhões.

131. Sem dúvida é inaceitável o posicionamento do auditor de considerar a situação normal e adotar a mesma posição anterior de 1996 quando realmente não havia a necessidade de provisionamento dos valores relativos às dívidas transferidas, apesar de terem que ser evidenciadas em notas explicativas. Nem mesmo diante da nota explicativa incluída no balanço de 31.12.97 por conta de ocorrência de fato superveniente que, como ficou comprovado, era uma informação que não tinha qualquer fundamento legal.

132. Não se concebe que o auditor aceite a justificativa da companhia de que as operações possibilitavam ganhos maiores para a companhia do que outras modalidades de aplicações, em razão da não incidência de imposto de renda e de que a não evidenciação desse tipo de operação era prática usualmente adotada pelo mercado.

133. Tanto é assim que, posteriormente, nas demonstrações financeiras de 31.12.98, foi provisionada a totalidade do crédito devido pela Arapuã contra a Arapuã Serviços, que totalizava naquela data cerca de R\$248 milhões. Tivesse sido feita a necessária provisão em 31.12.97, outra poderia ter sido a decisão de investimento de seus acionistas minoritários ou de outros que se tornaram acionistas antes da concordata, iludidos pela distorcida situação patrimonial da companhia espelhada em suas demonstrações financeiras.

134. Não obstante, mesmo considerando que, no entender dos auditores e diferentemente do ocorrido em 1998, não havia, em 1997, evidências suficientes para que a Arapuã constituísse provisão para contingências referentes às operações de mútuo, mesmo assim, não há nada que justifique a falta de divulgação das transações entre essa companhia aberta e a Commerce e a Simeira, mesmo que o saldo, em 31.12.97, dessas transações estivessem "zerados" no final de março/98. A falta de divulgação dessa informação, extremamente relevante sob a ótica do usuário externo, deveria ser, por si só, motivo para ressalva no parecer dos auditores.

135. Por fim, vale o apontamento da Comissão de Inquérito de que nos papéis de trabalho relativos às transferências

de dívidas não existem evidências de que os auditores tiveram conhecimento das operações de ida e volta das dívidas entre os dias 26 a 28.03.98, para simular a liquidação total do mútuo pela Commerce, em 27.03.98, embora o parecer de auditoria, referente as demonstrações de 31.12.97 tenha sido inclusive assinado nessa mesma data, não havendo como afirmar que o auditor, conforme concluiu a Comissão de Inquérito, teria sido conivente com a manobra realizada pela administração da companhia.

Conclusão

136. Ante o exposto, proponho a aplicação das seguintes penalidades previstas no artigo 11 da Lei nº 6.385/76, alterada pela Lei nº 9.457/97:

I - **multa de 10%** sobre o valor de R\$235 milhões, para cada um, a **Jorge Wilson Simeira Jacob** e **Antônio Carlos Caio Simeira Jacob**, na qualidade de acionistas controladores, por infração ao artigo 117, alíneas "a" e "f", da Lei nº 6.404/76;

II - **inabilitação** para o exercício do cargo de administrador de companhia aberta:

a) a **Jorge Wilson Simeira Jacob** pelo prazo de **2 anos**, na qualidade de conselheiro, por infração ao inciso III do artigo 142 e 153 da Lei nº 6.404/76;

b) a **Antônio Carlos Caio Simeira Jacob** pelo prazo de **4 anos**, sendo: (i) **1 ano**, na qualidade de diretor no período de 1995 a 1998, por infração ao artigo 176, *caput*, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º, da Lei nº 6.404/76, bem como ao item 2 da Deliberação CVM Nº 26/86 e ao parágrafo 3º do artigo 177 da Lei nº 6.404/76; artigos 153 e 245 da Lei nº 6.404/76; e *caput* do artigo 177 da Lei nº 6.404/76; (ii) **1 ano**, na qualidade de diretor a partir de 31.12.98, por infração ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76; e (iii) **2 anos**, na qualidade de conselheiro, por infração ao inciso III do artigo 142 e 153 da Lei nº 6.404/76;

c) a **Ricardo Pieroni Jacob** pelo prazo de **4 anos**, sendo: (i) **1 ano**, na qualidade de diretor no período de 1995 a 1998, por infração ao artigo 176, *caput*, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º, da Lei nº 6.404/76, bem como ao item 2 da Deliberação CVM Nº 26/86 e ao parágrafo 3º do artigo 177 da Lei nº 6.404/76; artigos 153 e 245 da Lei nº 6.404/76; e *caput* do artigo 177 da Lei nº 6.404/76; (ii) **1 ano**, na qualidade de diretor a partir de 31.12.98, por infração ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76; e (iii) **2 anos**, na qualidade de conselheiro, por infração ao inciso III do artigo 142 e 153 da Lei nº 6.404/76;

d) a **Massaru Kashiwagi** pelo prazo de **2 anos**, sendo: (i) **1 ano**, na qualidade de diretor no período de 1995 a 1998, por infração ao artigo 176, *caput*, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º, da Lei nº 6.404/76, bem como ao item 2 da Deliberação CVM Nº 26/86 e ao parágrafo 3º do artigo 177 da Lei nº 6.404/76; artigos 153 e 245 da Lei nº 6.404/76; e *caput* do artigo 177 da Lei nº 6.404/76; e (ii) **1 ano**, na qualidade de diretor a partir de 31.12.98, por infração ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76;

e) a **Milton Barcellos** pelo prazo de **1 ano**, na qualidade de diretor no período de 1995 a 1998, por infração ao artigo 176, *caput*, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º, da Lei nº 6.404/76, bem como ao item 2 da Deliberação CVM Nº 26/86 e ao parágrafo 3º do artigo 177 da Lei nº 6.404/76; artigos 153 e 245 da Lei nº 6.404/76; e *caput* do artigo 177 da Lei nº 6.404/76;

f) a **Rubens Simeira Jacob** pelo prazo de **2 anos**, sendo: (i) **1 ano**, na qualidade de diretor no período de 1995 a 1998, por infração ao artigo 176, *caput*, parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º, da Lei nº 6.404/76, bem como ao item 2 da Deliberação CVM Nº 26/86 e ao parágrafo 3º do artigo 177 da Lei nº 6.404/76; artigos 153 e 245 da Lei nº 6.404/76; e *caput* do artigo 177 da Lei nº 6.404/76; e (ii) **1 ano**, na qualidade de diretor a partir de 31.12.98, por infração ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76;

g) a **Renato Simeira Jacob** pelo prazo de **3 anos**, sendo: (i) **1 ano**, na qualidade de diretor a partir de 31.12.98, por infração ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76; e (ii) **2 anos**, na qualidade de conselheiro, por infração ao inciso III do artigo 142 e 153 da Lei nº 6.404/76;

III - **advertência** aos conselheiros **José Arthur Lima Gonçalves**, **Edmar Lisboa Bacha**, **Durval José Soledade Santos** e **Jacob Jacques Gelman**, por infração ao inciso III do artigo 142 e 153 da Lei nº 6.404/76;

IV - à **KPMG Auditores Independentes** a pena de **multa de R\$500.000,00**, a máxima prevista no inciso I do § 1º do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, e a **Fernando Octávio Sepúlveda Munita** a pena de **suspensão** pelo prazo de **2 anos** para o exercício da atividade de auditor independente, prevista no inciso III do artigo 11 da mesma lei, ambos por infração ao artigo 24 da Instrução CVM Nº 216/94 por não seguirem o determinado pelo Pronunciamento do IBRACON e pela Deliberação CVM Nº 26/86 em relação à auditoria das demonstrações financeiras de Lojas Arapuã de 1995 a

1997 e por infração ao artigo 25 da Instrução CVM Nº 216/94 por não observarem as NBC-T-11, itens 11.2.12.2 s 11.3.8.1 em relação à auditoria das demonstrações financeiras de Lojas Arapuã de 31.12.97.

137. Finalmente, proponho que o resultado do presente julgamento seja enviado ao Ministério Público Federal e ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região em nome das pessoas para as quais já foram encaminhadas as informações anteriores.

É o meu **VOTO**.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2003.

NORMA JONSEN PARENTE

DIRETORA-RELATORA

1" No último bimestre de 1997, ocorreu empréstimo à Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda. no montante de R\$139.918.000,00 que foi parcialmente liquidado, acrescido de juros calculados à taxa de mercado. O saldo remanescente de R\$89.323.000,00 foi objeto de contrato de cessão de direitos entre esta empresa e a Simeira Comércio e Indústria Ltda. e transferidos para esta última que assumiu a dívida perante às Lojas Arapuã S.A.. Ainda durante este período, a Simeira efetuou pagamentos parciais, sempre acrescidos de juros à taxa de mercados, restando um saldo no montante de R\$42.000.000,00 em 31 de dezembro de 1997. No primeiro trimestre de 1998 houve nova operação que elevou o saldo para R\$99.574.000,00 e que foi totalmente liquidado até 27 de março de 1998."

2Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira - A Lei das S.A. - Vol. II - 2ª ed., Pareceres - Renovar - Pag. 236

3Fábio Konder Comparato - O poder de Controle na Sociedade Anônima - 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, pp. 290 e 293

4 Cesare Vivante- Instituições de Direito Commercial - 2ª ed., Livraria Clássica Editora, pag. 43

5 Waldírio Bulgarelli- Direito Commercial - 13ª ed., Editora Atlas S.A., pp. 194 e 195

6 Jean Carlos Dias - Gestão das Sociedades Anônimas - Juruá Editora - Curitiba - 2001 - pp.72 e 73

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº 31/00

Voto divergente, em parte, do Diretor Luiz Antônio de Sampaio Campos

Senhor presidente, eu divirjo em parte das penas propostas no voto da Diretora-Relatora, sem que isso necessariamente signifique que eu concorde com certos fatos afirmados em seu voto, com relação aos indiciados, na parte que eu concordo com a infração.

Primeiramente, parece-me que fundamentalmente o caso trata de informação inadequada nas demonstrações financeiras. Isso porque a suposta transferência das dívidas - ou melhor, a operação de assunção da dívida, e, em contrapartida dessa assunção de dívida, a transferência dos recursos pertinentes trazidos a valor presente -, evidentemente, a meu ver, deviam estar de alguma forma retratadas nas demonstrações financeiras.

E deviam, porque, não se tratando especificamente daquilo que se convencionou chamar de assunção liberatória de dívida, o devedor, pelo menos perante o credor, ainda remanesca sendo o original, que transferiu as dívidas. E, na hipótese de inadimplemento da obrigação do assuntor da dívida, etc, o devedor original, teria que pagar. E mesmo o credor poderia cobrar, primeiramente ou diretamente, do devedor original e não do assuntor da dívida.

Em outras palavras, a assunção da dívida não era oponível ao credor, e isso, a meu ver, significa que em essência faltou essa informação nas demonstrações financeiras.

Neste ponto, entendo irrelevante para a boa solução deste caso a discussão acerca da avaliação sobre a probabilidade de inadimplência ou de não cumprimento dessa obrigação, notadamente se seria remota, provável, ou possível.

Tal avaliação seria importante apenas para indicar se os valores precisariam ser contabilizados, com ou sem provisão.

Mas, ainda que eu até possa admitir que no momento - ou pelo menos durante boa parte do momento - em que ocorreram tais operações, de acordo com os critérios contábeis, essa possibilidade de descumprimento ou inadimplência pudesse ser considerada efetivamente remota, segundo os critérios e as informações que se tinham na ocasião - e aqui eu falo sempre com os olhos no passado e não com benefício de estar falando

hoje sobre os julgamentos feitos lá atrás, e que depois os fatos cuidaram de mudar - parece-me que ainda assim deveria constar a operação como nota explicativa.

E como nota explicativa porque, se, pelo artigo 176, parágrafo 3º, da Lei 6.404/76, é obrigatória a constituição de nota explicativa quando se tratar de ónus reais, garantias prestadas a terceiros e outras responsabilidades eventuais ou contingentes, e aqui entendo a expressão eventuais, é fora de dúvidas que essa informação deveria constar como nota explicativa.

Isso, porque, em qualquer hipótese, haveria uma responsabilidade, isso é uma responsabilidade, no mínimo eventual, mas existente. E, então, ao menos, como nota explicativa entendo que deveria constar.

E deveria constar, a meu ver, ainda mais por se tratar de uma operação, ou ser ela proveniente de uma operação, ou de uma transação, com partes relacionadas e aí, com maior razão ainda, deveria constar de nota explicativa, porque o mercado, os investidores, os próprios credores, têm o direito de saber dessas operações, quanto mais quando se tratam de operações com partes relacionadas - e aí sem nenhum juízo de valor a respeito da legalidade ou não dessas operações, em tese -, porque essa informação é importante para o investidor: vários investidores podem claramente optar por dizer: companhias que fazem operações com partes relacionadas não são investido. Nessa linha, pouco importaria se as operações com partes relacionadas fossem boas, más, lícitas, ou ilícitas, mas por uma questão de princípio, ou de filosofia de investimento, certamente há investidores que assim pensam.

Por isso parece-me que deveria constar uma nota explicativa sim.

Eu tomei o cuidado de examinar os autos e verifiquei que o sócio responsável da KPMG, Dr. Fernando Muniz, teve de fato preocupação a respeito da contabilização ou não dos valores decorrentes dessas operações. Todavia a preocupação limitou-se, a meu ver, a uma preocupação de não se fazer a provisão ou de haver ou não a contingência. Entretanto, não se preocupou com o cumprimento do artigo 176, parágrafo 3º, alínea "d", da Lei das S.A..

Vejo que esse ponto foi o grande equívoco, que cresce muito de tamanho quando, os presentes nessa sessão de julgamento não de se recordar, que o acionista controlador, no uso da palavra que fez na defesa, disse que a razão fundamental para que a Arapuã abrisse o capital não seria a necessidade de recursos, mas sim a necessidade e a conveniência de transparência. E me parece algo contraditório que quem pretenda transparência omita uma informação relevante, ainda que pudesse ser, segundo as práticas contábeis de contingência, irrelevante, mas para efeitos de notas explicativas e para efeito informacional bastante relevante.

E, havendo dúvida ou dúvidas, vejo que o princípio da prudência recomendaria a divulgação dessa informação e surpreende até, o que consta dos autos, que a administração da companhia tenha sido bastante enfática em se manifestar contra a divulgação dessas informações. Esse me parece o ponto principal, senhor presidente, a grande falha, que merece ser punida.

Com relação à acusação de abuso de poder de controle e a eventual restrição de operações não-equitativas, que violaria o artigo 245, da Lei das S.A. e, por parte acionista controlador, os artigos 117, alíneas "a" e "b", não estou convencido de que tenha havido.

A prova que foi produzida nos autos pela a acusação não leva a essa conclusão como deveria para haver condenação.

Que a operação, pelo menos no plano teórico, poderia ser benéfica para a companhia, me parece evidente, tanto que chegou a ser objeto inclusive de estudos específicos e publicações como o artigo do Dr. Roberto Quiroga trazido pela defesa, o que demonstra que a operação não só era conhecida como poderia ser benéfica, pelo menos no plano teórico, retero.

E, de outro lado, os laudos apresentados pela Tevisian dão conta que da parte da Commerce todos os recursos recebidos foram utilizados para quitar dívidas da Arapuã, não havendo qualquer desvio. E da parte da Simeira, substancialmente todos os recursos tiveram o mesmo destino, havendo uma parte material, a princípio, que não foi utilizada para quitar ou para servir a obrigações da Arapuã, mas este fato além de não ser substancial em relação ao total das operações realizadas, também a prova da acusação a meu ver não deixou claro, e isso que precisava, porque a Simeira tinha outras atividades operacionais e evidentemente ela poderia ter outras receitas no exercício dessas outras atividades, que poderiam ser utilizadas para pagar essas outras obrigações que não fossem da Arapuã.

E segundo, porque muitas das obrigações que foram pagas eram obrigações da própria Simeira, como a remuneração da administração e impostos; obrigações correntes. Então, não me parece que a operação tenha sido feita para favorecer, ou pelo menos isso não está provado nos autos.

Adicionalmente, a própria manifestação da Semp Toshiba, que era credora e por ser credora me parece a maior interessada - mas até do que os próprios acionistas porque recebe antes destes -, de que não houve desvio de recursos da companhia e que se mantlesse inclusive perante o juízo que não havia ou não haveria benefício dos controladores.

À vista dessas manifestações e dessas provas, que foram produzidas pela defesa, e a inexistência de prova em contrário e aqui eu digo que, evidentemente, a inadimplência dos controladores a meu ver não pode configurar que a operação tenha sido realizada em condições não-equitativas e bem assim o insucesso da operação. Isso é um risco do negócio, risco que acontece e é inerente a atividade econômica e negocial. O insucesso empresarial em nada se confunde com abuso de poder de controle nem com práticas não-equitativas e não é, em princípio, punível pela CVM.

Outro ponto que merece reparo é que a questão é, de que a Commerce talvez não tivesse, por ser aparentemente uma holding, sem atividade operacional, condições de pagar os recursos que recebeu. Vejo que esta afirmação descon sidera que a Commerce pressupunha, naturalmente, o recebimento de dividendos da Arapuã em algum momento, e que esse fluxo de dividendos poderia permitir o pagamento do eventual saldo.

Portanto, não me parece que esteja configurado nem a falta de condições equitativas nem o abuso do poder de controle.

Nesse particular, queria só me estender um pouco mais para dizer que com relação a não incidência ou a não contabilização, melhor dizendo, dos juros e do múlto - que é o caso de todas as imputações feitas pela comissão de inquérito após 31 de dezembro de 98, ou seja, demonstrações financeiras de 31 de dezembro de 98 -, parece-me também que não procede. E não procede por duas razões: primeiro porque não consigo extrair do fato de não estar contabilizado que não seria cobrado se e quando houvesse recursos para o pagamento.

Houve uma opção da administração e não contabilizar, baseada inclusive em opinião de renomado e especializado escritório de advocacia e me parece que tem ponderosas razões para não se contabilizar. E do ponto de vista dos acionistas, e dos credores seria irrelevante, porque, na altura, a companhia estava concordatária; já havia sido impetrada a concordata. Dai porque não estranho este procedimento e a razão evidentemente estaria em que por que se pagaria impostos, sem ter que pagar a caixa respectivo? Seria um ônus sem nenhum benefício. Mas ainda que houvesse, que alguém pudesse admitir que a contabilização nesse particular foi errada, ou tivesse sido errada, me parece que teria sido hipótese clássica de incidência do artigo 159, parágrafo 6º, da Lei das S.A., que diz - aqui a aplicação é analógica - que o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador se convencer de que este agiu de boa-fé e visando o interesse da companhia. E me parece claramente que a contabilização desses juros, que não seria pago e o recolhimento do imposto sobre ele, seria claramente máfico para a companhia e, do ponto de vista informacional, a meu ver, irrelevante, considerando-se a situação de concordatária.

Portanto, entendo que esse caso também não se aplica.

Finalmente, resumo, com relação a acusação, que, ainda que eu absolva da responsabilidade o controlador, que, em tese, poderia haver a sua responsabilização em relação a não informação com base na alínea "e" do artigo 117, se ficasse provado que o controlador também induziu ou convecou o administrador ou o auditor a omitir a informação da nota explicativa a que eu me referi antes, mas não houve essa acusação, e, menos ainda, essa prova.

Com relação ao Conselho de Administração, me parece importante, senhor presidente, recordar aqui que a Lei das S.A. adotou claramente uma estrutura dualista da administração, o exemplo mais clássico é o do direito alemão do *Hafschritral* e *Vorstand* e a compreensão dessa estrutura é absolutamente essencial para verificar os deveres e as responsabilidades dos administradores. Porque, como bem reconheceu a Diretora-Relatora, a diretoria tem a função executiva, tem poderes que a doutrina chama de *disjuntivo*, porque cada um tem o seu poder individual, não é colegial, embora algumas decisões possam ser objeto de reunião de diretoria onde também se delibera de forma colegiada.

Já o Conselho de Administração, que não cuida evidentemente do dia-a-dia da administração da companhia, não é o responsável pela administração diária, corrente, ordinária da companhia. O Conselho de Administração é um órgão colegial, onde os conselheiros não têm poderes individuais, contrariamente até ao Conselho Fiscal, onde se verifica que os conselheiros têm poderes individuais por expressa disposição legal em diversas hipóteses, mas o Conselho de Administração não tem. A falta de expressa disposição legal. Embora o Conselho de Administração tenha funcionamento permanente, a atividade ou atuação de seus membros é apenas parcial. Eles não estão diariamente na companhia e não se exige que estejam.

É importante observar que o sistema adotado pela lei para deveres e responsabilidades dos administradores foi destinado de forma genérica aos administradores, sem distinguir entre diretores e membros do conselho de administração, suas funções e atribuições específicas.

Todavia, é de capital importância que os dispositivos referentes a deveres e responsabilidades dos administradores não sejam aplicados mecanicamente, sem interpretação razoável. À luz das estruturas, modalidades e atividades dos órgãos da administração e, mais ainda, do mundo real, para se evitar os excessos utópicos, de que falava a exposição de motivos.

É fundamental que, no momento de se aplicar estes dispositivos, se mergulhe, profundamente, nas estruturas destes órgãos sociais, Conselho de Administração e Diretoria, e suas respectivas formas de atuar, sem se ignorar as suas especificidades, desde o modo de atuação, notadamente quanto à forma de deliberação.

O Conselho de Administração foi pensado, evidentemente, para ter uma atuação muito mais focada na estratégia da companhia, no desenvolvimento do negócio, do que na administração diária. Dai se dizer que o bom Conselho de Administração, aquele Conselho de Administração cujos manuais recomendam, deveria ter pessoas com as mais variadas formações e uma composição assim chamada multidisciplinar.

A exposição de motivos do anteprojeto, ao justificar a adoção da deliberação colegiada no Conselho de Administração, deixa claro que esta forma de poder decisório é a mais adequada dado que, ao menos nas grandes companhias, "ninguém pode deter todos os conhecimentos necessários às deliberações" e deixa implícito que a composição desejada do Conselho de Administração compreende membros de variadas formações, experiências e especialidades, que unirão suas expertises para a mais eficiente orientação geral dos negócios da companhia e demais manifestações que devam fazer.

A Lei das S.A. talvez seja, das leis de direito positivo, a que mais detalhadamente trata dos direitos e responsabilidades dos administradores e é sabido, conforme a exposição de motivos daquele projeto, que os colocou de uma forma que pedagógica para tentar trazer, dado o nosso sistema de direito, os preceitos e aquilo que a experiência estrangeira já tinha consagrado e mesmo a experiência nacional. E estava claramente influenciada, nesse particular, pelos ditos norte-americanos e ingleses, onde essa questão dos tais deveres fiduciários e os deveres dos administradores tinham sido mais discutidos e mais testados pelos tribunais, mas que para ser aplicada no Brasil exigia Lei.

Os conceitos adotados pela Lei nº 6.404/76, a par de representarem comportamentos positivos e negativos, em meu parecer inteiramente aplicável, na qual disse: "abra-se aqui um parêntese para esclarecer que os conceitos abertos, os assim chamados *standard* de conduta com o prolapado dever de diligência, o dever de conhecer o seu cliente dentre outros tantos deveres previstos na lei, por não se traduzirem em normas de condutas objetivas, terão que ser examinados no processo administrativo considerando não necessariamente e apenas a melhor conduta, mas sim a razoabilidade da conduta adotada ainda que se possa admitir que outra fosse, na opinião do julgador, mais apropriada ou adequada. É este o ponto de equilíbrio que se impõe aos padrões de conduta, dado a sua falta de objetividade. Além disso, a conduta deve ser examinada considerando o momento em que deveria ser praticada e em quais circunstâncias, no calor dos acontecimentos e não distante dos fatos, comodamente e com a calma atípica ao mundo dos negócios."

Recordo aqui a lição de Garrigues e Lira:

"Por todas estas razões, a fórmula de diligência que impõe ao administrador no artigo 79 não deve ser entendida como uma fórmula rígida, idêntica para todos os casos. Ao contrário, deve ser adaptada às circunstâncias e às exigências concretas da sociedade." (Tradução livre. Comentários a the Ley de Sociedades Anônimas, Tomo I)

É isso quando se verifica a questão dos conselheiros não executivos, os conselheiros de voto independente, que todos os manuais básicos de governança corporativa recomendam a presença, a meu ver tem que ser tratado com maior razão com flexibilidade, sob pena inclusive de não incentivar a presença de pessoas externas nos Conselhos de Administração, preocupação essa que, no exame das regras de conduta por parte do direito americano, já foi discutida há muito, como no caso que eu vou ter aqui um pequeno trecho, que se diz:

"Se o teste da negligência que é aplicável no campo da responsabilidade civil ou no campo do Estado fosse simplesmente aplicado no campo dos negócios ou no campo bancário, seria extremamente difícil ou quase impossível para assegurar os serviços de pessoas capazes e experientes como administradores, aos membros do Conselho de Administração, traduzindo para a nossa realidade. Essas pessoas raramente ou nunca aceitariam uma função no Conselho de Administração se poderiam ser feitas como responsáveis por cada mês contabilidade ou cada erro de julgamento. Desde cedo essa corte tem consistentemente e realisticamente reconhecido o perigo de submeter os membros do Conselho de Administração ou os administradores à responsabilidade quando e sempre que qualquer das operações das companhias não são bem sucedidas". (tradução livre, A. 2d 398, 401 (1964))

E, no caso específico, senhor presidente, me parece, e aliás está reconhecido no voto da Diretora-Relatora, que, com relação à contabilização, os conselheiros que dela não tinham tomado conhecimento não tinham obrigação de sabê-las equivocadas, principalmente considerando ser a formação deles as mais diversas e nenhum deles especialistas em contabilidade e, mais ainda, havendo um parecer do auditor independente, que é um expert.

O direito internacional reconhece a possibilidade da confiança na opinião dosperitos quando a pessoa ou administrador não é umexperto na área. Foi o que aconteceu.

E com relação à falta de fiscalização ou de vigilância, não me parece também procedente. A começar porque este dever de vigilância é sintético e não analítico, e se refere à vigilância geral e não específica ou concreta. Essencialmente, o que se está dizendo é que não houve a reunião do Conselho de Administração. Pelo Estatuto Social, a competência da convocação da reunião do Conselho era do presidente do Conselho de Administração, mas antes disso eu queria abrir um parêntese aqui para dizer que me parece desnecessária a discussão acerca da força probante dos livros mercantis, inclusive porque não elimina a força probante de outros documentos apresentados pelos conselheiros a indicar que houve ou pelo menos possa ter havido reunião do Conselho de Administração. E não necessariamente toda a reunião do Conselho de Administração, quem vive a prática sabe, deliberações devem ser tomadas. Quando há deliberação essas necessariamente precisariam estar lavradas em ata; mas muitas vezes se reúne e se discute e não se delibera nada.

Mas vou além para dizer, que mesmo que se admita que a reunião do Conselho não tenha havido, nesse caso, a meu ver, estar-se-ia condenando ou questionando não a falta de investigação, mas sim a não convocação da reunião do Conselho, cuja competência, como provada, pelo estatuto social, era do presidente do Conselho de Administração. E aqui recordo meu voto, quando da aprovação do relatório da Comissão de Inquérito, que diz: "sem aderir no mérito, se ocorre ou não a reunião informada pelas partes em seus depoimentos e considerando que houve uma reunião três meses depois, a mora do Conselho de Administração, se houvesse, seria de apenas três meses, período este, a meu ver, insuficiente para demonstrar a falta de diligência ou omissão considerando que a atividade do Conselho de Administração não é permanente e diária, bem como quando havia responsabilidade primária do presidente deste órgão de convocar a sua reunião".

Ainda nesse particular, devo ressaltar que, salvo nas hipóteses em que o estatuto ou a lei previu exclusivamente as atribuições de competência do Conselho de Administração, as deliberações são sempre tomadas de forma colegiadas, não competindo, no caso, a prática individual de atos aos demais conselheiros, seja para a convocação daquele órgão ou para a fiscalização dos atos da diretoria, inclusive através das análises das demonstrações financeiras.

Enfim, para finalizar um pouco este argumento, somente após transcorrido o prazo dos primeiros três meses, quando deveria haver a reunião do Conselho de Administração - essa era periodicidade estatutária - é que o conselheiro em tese poderia cogitar de convocar uma reunião do Conselho, mas logo em seguida houve uma reunião do Conselho, ou seja, três meses depois, e não me parece que isso prova a falta de fiscalização, ou vigilância e nem a falta de dever de diligência.

Não me parece, figurativamente, que o dever de diligência possa ir ao ponto de dizer que o diretor que apresentou a declaração de imposto de renda atrasada possa ser punido pela CVM ou pelo judiciário por falta de dever de diligência; esse atraso, como várias outras hipóteses, tem que ser visto à luz das funções, à luz do que se espera dos conselheiros e à luz do tipo de atividade que eles exercem. E, sendo conselheiros não executivos, independentes, que certamente têm várias outras atividades e não vivem o dia a dia da companhia, parece-me que não faltou a eles diligência e nem o dever de fiscalizar.

E, evidentemente, em benefício também desse argumento, estivessem eles no Conselho de Administração e tivesse havido ou mesmo que tenha havido essa reunião, para esse ponto é irrelevante a questão, eles também não saberiam da volta ou do retorno das dívidas como reconhece o voto da Diretora-Relatora e não saberiam porque se eles não souberam da ida por que e como eles saberiam da volta, o que foi, novamente, admitido no voto da Diretora-Relatora.

E, mais ainda, estou certo também de que não houve volta. Na verdade, as dívidas nunca saíram, o que é inclusive a razão para que nós possamos punir os diretores e alguns conselheiros, justamente porque essa responsabilidade de pagar a dívida existia e não era reconhecida e informada em nota explicativa. E por essa razão eu absolviria os conselheiros independentes que receberam proposta de pena de advertência.

Outro ponto, senhor presidente, agora com relação especificamente às punições, eu afasto a acusação a respeito do abuso do poder de controle e a inexistência de condições equitativas para o acionista controlador e para todos os administradores, pelas razões referidas no início do meu voto, uma vez que não ficou comprovada a falta de equitatividade ou o prejuízo ou o abuso do poder de controle.

Finalmente, eu acabo a inabilitação proposta:

aos Srs. Jorge Simeira Jacob e Antônio Carlos Simeira Jacob pelo prazo de 2 anos;

ao Sr. Ricardo Pteroni Jacob, pelo prazo de 1 ano;

ao Sr. Massaru Kashiwagi, pelo prazo de 2 anos;

ao Sr. Milton Barcellos, pelo prazo de 2 anos;

ao Sr. Rubens Simeira Jacob, pelo prazo de 1 ano;

ao Sr. Renato Simeira Jacob, pelo prazo de 1 ano.

No locante à KPMG, eu concordo com a pena proposta, que é a máxima permitida na legislação, de 500 mil Reais.

Quanto ao Sr. Fernando Muniz, proponho também uma alteração, porque, a meu ver, ele não se mudou inepto ou inábil para exercício do cargo, ele até fez um julgamento, mas, a meu ver, nesse seu julgamento se preocupou apenas com a necessidade ou não de contabilização da contingência, sobre ser remota ou não a possibilidade do pagamento ou do cumprimento das obrigações e não tratou do fato de haver uma garantia, uma responsabilidade, a exigir nota explicativa, que é o que diz o artigo 176, parágrafo 3º, alínea "d" da Lei nº 6.404/76, quanto mais quando se trata de operação com partes relacionadas, objeto de especial preocupação de divulgação pela CVM. E acho que são coisas substancialmente diferentes, como, por exemplo, seria o caso de uma fiança prestada por um devedor, claramente solvente; nem por isso o fator deveria deixar de informar como responsável em nota explicativa que tinha contratado fiança a fulano ou sicrano, embora a possibilidade do fator vir a ter que honrar a fiança fosse remotíssima. Então, por isso mesmo, entendo que não seja o caso de inabilitação e sim multa, que eu proponho que seja, considerando a relevância dos valores e a relevância da informação indevidamente prestada, de metade do valor superior para a KPMG.

É o meu voto, senhor presidente, pedindo desculpas pela extensão e pelo descomento dele.

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº 31.00

Voto, divergente, in parte, do Presidente Luiz Leonardo Cantiliano:

Após as diligências dos demais diretores, eu quero acrescentar algumas coisas que me parecem relevantes e que talvez já tenham sido mencionadas, de um jeito ou de outro pela Diretora-Relatora e pelo Diretor Luiz Antônio de Sampaio Campos. Eu quero lembrar, vendo o processo, que tudo começou com a operação de reestruturação da então Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda., transformada em Lojas Araquá S/A. Houve a transferência de um ativo líquido para a Araquá, remanescente na Commerce dívidas. Dívidas que eram vinculadas ao exercício da atividade comercial pela Commerce e depois pela Araquá. Isso está mencionado no relatório da Comissão da concordata Semp Toshiba, que mostra que essas dívidas foram oriundas da própria atividade exercida em função de um passivo da Commerce, que seria garantido por ativos que tinham ficado lá, inclusive imóveis e participações acionárias que poderiam permitir o pagamento posterior dessas dívidas. Houve um desconjuntamento entre esses ativos e passivos e daí a necessidade de ficar havendo a rolagem dessas transferências de recursos com a assunção de dívidas, quer dizer, na medida em que as dívidas iam vencendo, como aquilo tudo era originado de uma coisa só que era a Commerce, que gerou a própria Lojas Araquá, havia a continua repetição da operação com transferência de novas dívidas, como foi mencionado, e com a transferência de recursos a um valor presente dessas dívidas com um ganho para as Lojas Araquá. Eu acho que não há violação ao disposto no artigo 153 da Lei 6.404/76. Acho que essa rolagem era feita para manter a continuidade dos negócios da companhia, inclusive a partir da crise de 1997 que foi bem exposta e que foi também mencionada na defesa, com aumento de inadimplência, queda de vendas, crise de mercado asiático, retração do mercado. Tudo isso originando um problema de continuidade de uma empresa que na verdade estava avançada, que talvez, como foi dito pelo próprio Sr. Jacob na defesa oral que fez, tenha feito aposta errada, tenha acreditado em coisas que não se mostraram verdadeiras; para permitir que a empresa sobrevivesse e procurasse um meio de superação de suas dificuldades, aquilo teve que continuar sendo feito. Eu acho que se naquele momento, em 97, parasse de haver a continuidade da operação isso teria antecipado em muito a dificuldade da empresa. Não me parece também que tenha havido violação ao artigo 245 da Lei 6.404/76. Eu acho que não, pelo menos não vi prova de que os administradores tenham agido em prejuízo da companhia, tenham favorecido sociedade coligada, controlada ou controlada. As operações foram feitas, pelo que eu pude perceber, em bases cumulativas. Sem nenhum tipo de favorecimento de alguma espécie para terceiros. Ademais, também foi mencionado nas defesas, que as sociedades controladoras outorgaram garantias gratuitamente em favor de Lojas Araquá e, mais do que isso, os acionistas controladores venderam bens e ativos de que dispunham, negócios inclusive de que dispunham, destinando os recursos para capitalizar, para amenizar a falta de liquidez com que a Araquá vinha se defrontando. Não me parece que se possa acusar de abuso de poder de controle e violação ao disposto no artigo 245 da Lei dessas pessoas, que consta dos autos, não transferiram vantagem indevida a terceiros e, mais que isso, que fizeram aportes às sociedades de recursos oriundos de vendas de bens que lhes pertenciam. Também me parece que não deve ser aplicado o artigo 158 da Lei. As operações não eram prejudiciais à companhia, não havia que se fazer qualquer tipo de ressava, a meu juízo.

Com relação à apropriação de encargos, eu também acho que não há nenhum ilícito, como foi bem colocado pelo Diretor Luiz Antônio. Acho que a decisão de não apropriar os encargos foi tomada para não onerar ainda mais uma companhia que estava debilitada financeira e patrimonialmente. Era fundamental naquele momento que não se onerasse a sociedade, fazendo com que ela assumisse mais obrigações sem ter capacidade de receber os encargos. Ninguém tirou vantagem com isso, me parece. Portanto, eu absolvero os controladores da acusação de violação ao disposto nas alíneas "a" e "d" do artigo 117 da Lei nº 6.404/76.

Acho que toda a questão aqui se resume, como foi bem abordado tanto no voto da Diretora-Relatora Norma Jorissen Parente quanto no voto do Diretor Luiz Antônio de Sampaio Campos, a uma falta de informação. Acho que houve falta na informação, havia dívida que era da Araquá, essa dívida não foi liberada pelo credor e quando transferida para Commerce ou Simeira Comércio e Indústria Ltda; ainda que cedida a dívida, remanescia uma dívida contingente perante o credor original, que não foi informada em nota explicativa, não foi divulgada aos possíveis investidores. Isso mais agravado pelo fato de que a assunção dessas dívidas e receptora dos recursos era empresa vinculada, ou seja, era uma operação com parte relacionada. Se olharmos o processo há um material de trabalho do representante da empresa de auditoria que questiona essa operação e um parecer do jurídico da própria auditoria que mostra que ali havia um passivo contingente, gerando a obrigação de registrar a provisão. Citado documento mostra que havia esse passivo contingente na medida em que não havia a liberação da dívida original por parte dos credores. Então me parece que a questão é uma questão referente à informação deficiente. Não me parece que isso tenha ocasionado a concordata, que tenha agravado a situação de Lojas Araquá. Eu acho que aqui nós temos um caso de depressão da situação financeira e patrimonial da sociedade, um caso de insucesso empresarial e não de ato irregular. Mas a informação deixou de ser prestada adequadamente.

Não podemos deixar de ressaltar, neste momento, a importância que tem, para a credibilidade e a confiabilidade de nosso mercado, um sistema de ampla e oportuna divulgação de informações, de sorte a permitir que o investidor, ao decidir investir ou desaplicar recursos, tenha condições plenas de saber analisar a qualidade do valor mobiliário objeto de sua operação. Daí porque a inadequada, ineficiente e incompleta divulgação de informação deve ser considerada pela CVM como uma infração séria que merece e deve ser exemplarmente apenada.

Com relação aos conselheiros eu também concordo com a posição do Dr. Luiz Antônio. Me parece que os conselheiros externos, chamados independentes, que não sabiam como a contabilidade estava sendo feita, que não foram informados daquela transferência de dívida ou do retorno da dívida, que na verdade nunca chegou a ser efetivamente transferida (porque potencialmente fora a possibilidade de ser cobrada da devedora original, porque não foi liberada pelo credor) não me parece, como diz a própria Diretora Norma Parente no seu voto, que eles pudessem ser responsabilizados.

Com relação à suposta omissão quanto a não realização de reunião, eu endosso o que o Diretor Luiz Antônio de Sampaio Campos mencionou. Não me parece que a possível não realização, por uma única vez, de uma reunião, o que não se conseguiu provar, justifique a aplicação da pena. Há uma dívida se houve ou não houve reunião; há afirmações de que houve, há pagamentos que foram feitos, há passagens que foram sendo utilizadas. A simples não realização de uma só reunião não me parece que possa caracterizar omissão a justificar a operação dos conselheiros chamados independentes, o que não ocorre com relação aos conselheiros que eram vinculados de alguma maneira à própria Araquá ou aos controladores; pessoas que eram diretores da Araquá ou eram diretores das empresas que foram assuntoras dessas dívidas.

Com relação aos auditores, também me parece que há uma questão séria, uma questão grave. Essa falta de informação ficou ratificada pelos auditores, o que pode ter feito com que pessoas tenham sido, vamos chamar de ludidas, quanto à verdadeira situação patrimonial da sociedade

na medida em que ela não registrava a responsabilidade contingente que remanescia para Lojas Araquá.

Em função disso eu afasto qualquer responsabilização por infração ao artigo 117 da Lei 6.404/76, absolvendo os Srs. Jorge Simeira Jacob e Antônio Carlos Cota Simeira Jacob da acusação de abuso de poder de controle.

Inabilito para o cargo de administrador de companhia aberta o Sr. Jorge Jacob pelo prazo de 1 ano como conselheiro sênior.

O Sr. Antônio Carlos Simeira Jacob pelo prazo de 1 ano como diretor, por infração ao disposto no artigo 176, caput parágrafo 4º e alínea "d" do parágrafo 5º da Lei Societária e Item 2 da Deliberação CVM 26/86, mas não acolho a acusação de violação aos artigos 153 e 245 da Lei 6.404/76, nem de infração ao inciso III do artigo 142, porque como diretor que era não me parece que ele pudesse ser punido também como conselheiro

O Sr. Ricardo Jacob, eu inabilito pelo prazo de 1 ano na qualidade de diretor, no período de 1995 a 1998, e a situação é exatamente igual quanto à absolvição pela acusação de violação dos artigos 153, 245 e 142 inciso III da Lei Societária.

O Sr. Massaru Kashiwagi, inabilito pelo prazo de 1 ano na qualidade de diretor, no período de 95 a 98, com absolvição em relação à acusação de violação aos artigos 153 e 245 da Lei nº 6.404/76.

Milton Barcellos, situação igual ao do Sr. Kashiwagi, a inabilitação pelo prazo de 1 ano.

O Sr. Rubens Jacob, inabilito pelo prazo de 1 ano como diretor e absolve da acusação de violação dos artigos 153 e 245 da Lei 6.404/76.

Ao Sr. Renato Jacob, inabilitação pelo prazo de 1 ano na qualidade de conselheiro, por infração ao inciso III do artigo 142, e absolvição da acusação de violação ao artigo 245, todos da Lei nº 6.404/76.

Os conselheiros externos independentes eu absolvero.

À KPMG, por infração aos artigos já mencionados, eu concordo em aplicar a pena máxima, permitida pela legislação, que é de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

E com relação ao Sr. Fernando Muniz, eu concordo que não cabe aplicar pena de suspensão da prática da atividade de auditor independente e acompanho o voto do diretor Luiz Antônio de Sampaio Campos aplicando ao Sr. Fernando Muniz uma pena de multa no valor de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

É o meu voto