

SESSÃO DE JULGAMENTO DO
INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº TA - RJ2002/1173

Indiciados : Antônio Joaquim Simões Gomes de Azevedo

Carlos Jorge Lemos Antunes

Eduardo Lopez Aranguren Marcos

Felix Pablo Ivorra Cano

Fernando Maria Fournón González Barcia

Fernando Xavier Ferreira

Ivan Campagnolli Junior

Javier Nadal Arino

Juan Carlos Ros Brugueras

Juan Perea Saenz de Buruaga

Juan Vicente Revilla Vergara

Juan Villalonga Navarro

Manuel Ramón Garcia Garcia

Miguel Antônio Igrejas Horta e Costa

Moshe Boruch Sendacz

Segundo Garcia Quevedo

Stael Prata Silva Filho

Telefônica S/A

Victor Goyenechea Fuentes

Ementa : **Terceirização de serviços de tele-atendimento para empresa relacionada sem a realização de assembléia geral de acionistas exigida pelo estatuto social. Descumprimento do estatuto pelos diretores que assinaram contrato sem a aprovação da assembléia. Multa.**

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 :

- a. **por unanimidade de votos condenar** os Srs. Ivan Campagnolli Junior, Juan Vicente Revilla Vergara, Manuel Ramón Garcia Garcia e Stael Prata Silva Filho, na qualidade de Diretores da Telesp S/A, **à pena de multa**, aplicada individualmente, prevista no inciso II do art. 11 da Lei nº 6.385/76, **no valor de R\$ 75.000,00** (setenta e cinco mil reais), por infração ao art. 9º do Estatuto Social da Telesp S/A;
- b. **por unanimidade de votos absolver**, da acusação de infração ao art. 245 da Lei nº 6.404/76, os Srs. Ivan Campagnolli Junior, Juan Vicente Revilla Vergara, Manuel Ramón Garcia Garcia e Stael Prata Silva Filho, na qualidade de Diretores da Telesp S/A.;
- c. **por maioria de votos absolver** das acusações de infração ao art. 142 da Lei nº 6.404/76 e ao inciso III do artigo 17, do Estatuto Social da Telesp S/A, os Srs. Antônio Joaquim Simões Gomes de Azevedo, Carlos Jorge Lemos Antunes, Eduardo Lopez Aranguren

Marcos, Felix Pablo Ivorra Cano, Fernando Maria Fournón González Barcia, Fernando Xavier Ferreira, Javier Nadal Arino, Juan Carlos Ros Brugueras, Juan Perea Saenz de Buruaga, Miguel Antônio Igrejas Horta e Costa, Moshe Boruch Sendacz, Segundo Garcia Quevedo e Victor Goyenechea Fuentes;

d) **por maioria de votos, absolver** a Telefônica S.A. da acusação de infração às alíneas "a" e "f" do parágrafo 1.º, do Artigo 117, da Lei nº 6.404,

e) **por unanimidade de votos absolver**, o Sr. Juan Villalonga Navarro, presidente do Conselho de Administração, da acusação de infração ao art. 245 da Lei nº 6.404/76.

Os indiciados 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 os Drs. Kevin Michael Altit, advogado dos indiciados Antônio Joaquim Simões Gomes de Azevedo, Carlos Jorge Lemos Antunese Miguel Antônio Igrejas Horta e Costa, e a Dra. Maria Isabel de Almeida Alvarenga, advogada dos indiciados Eduardo Lopez Aranguren Marcos, Felix Pablo Ivorra Cano, Fernando Maria Fournón

González Barcia, Fernando Xavier Ferreira, Ivan Campagnolli Junior, Javier Nadal Arino, Juan Carlos Ros Brugueras, Juan Perea Saenz de Buruaga, Juan Vicente Revilla Vergara, Juan Villalonga Navarro, Manuel Ramón Garcia Garcia, Miguel Antônio Igrejas Horta e Costa, Segundo Garcia Quevedo, Stael Prata Silva Filho, Telefônica S/A e Victor Goyenechea Fuentes.

Participaram do julgamento os seguintes membros do Colegiado: Diretores Diretora Norma Jonssen Parente, Relatora; Luiz Antonio de Sampaio Campos e Wladimir Castelo Branco Castro, o Presidente, Luiz Leonardo Cantidiano e o Procurador Federal Dr. Arnaldo Almeida de Amorim.

Rio de Janeiro, 02 de outubro de 2003

NORMA JONSSSEN PARENTE

Diretora-Relatora

LUIZ LEONARDO CANTIDIANO

Presidente da Sessão

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº RJ 2002/1173 – TERMO DE ACUSAÇÃO

INDICIADOS:

- Ivan Campagnolli Júnior**
- Juan Vicente Revilla Vergara**
- Manuel Ramón García García**
- Stael Prata Silva Filho**
- António Joaquim Simões Gomes de Azevedo**
- Carlos Jorge Lemos Antunes**
- Eduardo Lopez-Aranguren Marcos**
- Felix Pablo Ivorra Cano**
- Fernando Fournón González-Barcia**
- Fernando Xavier Ferreira**
- Javier Nadal Ariño**
- Juan Carlos Ros Brugueras**
- Juan Perea Saenz de Buruaga**
- Miguel António Igrejas Horta e Costa**
- Moshe Boruch Sendacz**
- Segundo Garcia Quevedo**
- Victor Goyenechea Fuentes**
- Telefónica S/A**

RELATORA : **Juan Villalonga Navarro**
Diretora Norma Jonsen Parente

RELATORIO DA RELATORA

DOS FATOS

1. Através de correspondência, a BNDES Participações S/A - BNDESPAR, acionista minoritário da TELESP, solicitou à CVM que analisasse os fatos divulgados na imprensa relativos à terceirização de parte rentável das operações da companhia relacionadas aos serviços de informações aos clientes para a Atento Brasil S/A, que, assim como a TELESP, é controlada da Telefónica S/A, tendo em vista a possibilidade de ocorrência de conflito de interesses e atos abusivos e contrários aos interesses da companhia por parte do acionista controlador e/ou administradores (fls. 01).

2. Em razão disso, foram realizadas inspeções nas companhias envolvidas, tendo sido constatado, basicamente, que (fls. 40/87 e 97/111):

- a. os serviços de "call center" poderiam se transformar em atividade geradora de receita líquida para a TELESP se ela estendesse essa atividade para além de suas próprias necessidades, ampliando o leque de suas atividades comerciais na tentativa de conquistar uma fatia desse novo mercado denominado "call center" e, mais recentemente, "contact center";
- b. o aspecto mais crítico dos procedimentos adotados pelos administradores da TELESP foi o fato de terem contratado a Atento sem a realização de um processo formal de concorrência ou de cotação de preços;
- c. a maioria dos contratos de serviços de teleatendimento mantidos anteriormente pela TELESP com outros fornecedores apresentavam preços menores;
- d. por se tratar de negócio entre empresas sob controle comum, a operação deveria ser dotada de absoluta transparência, com a devida divulgação de informação aos acionistas, bem como ser objeto de nota explicativa às demonstrações financeiras da TELESP referente ao exercício social encerrado em 31.12.99;

- e. a divulgação de informação aos acionistas sobre a decisão da companhia de terceirizar totalmente a atividade de teleatendimento ao público teria sido essencial; e
- f. a contratação da Atento teria violado o disposto nos artigos 9º e 10 do estatuto social da TELESP, que exige que a celebração de quaisquer contratos com empresas sujeitas a controle comum seja aprovada previamente pela Assembléa Geral, com voto assegurado também às ações preferenciais, sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º do artigo 115 da Lei nº 6.404/76.

3. Ao analisar o processo, a Superintendência de Relações com Empresas – SEP entendeu que restaram configuradas as seguintes irregularidades:

- a. abuso de poder do acionista controlador pela prática de favorecimento a outra sociedade em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia e pela contratação com a companhia através de sociedade onde possuía interesse em condições de favorecimento ou não eqüitativas e sem atender a disposições de seu estatuto social em infração, respectivamente, ao disposto na alíneas "a" e "f" do parágrafo 1º do artigo 117 da Lei nº 6.404/76;
- b. abuso de poder pela alienação de atividade empresarial, potencialmente lucrativa, no interesse preponderante do acionista controlador, conforme definido no item III do artigo 1º da Instrução CVM Nº 323/2000;
- c. violação aos artigos 9º e 10 do estatuto social da TELESP pela terceirização dos serviços de teleatendimento para a Atento sem a realização de assembléa geral; e
- d. pela contratação de sociedade sob o mesmo controle em condições não cumulativas em infração ao disposto no artigo 245 da Lei nº 6.404/76.

4. Diante desses fatos, a Superintendência de Relações com Empresas – SEP apresentou Termo de Acusação visando apurar as responsabilidades das seguintes pessoas (fls. 112/118):

- a. Telefónica de España S/A, acionista controlador sediado na Espanha, na pessoa do seu representante no Brasil, Sr. Fernando Xavier Ferreira, por infração ao disposto nas alíneas "a" e "f" do parágrafo 1º do artigo 117 da Lei nº 6.404/76 e ao item III do artigo 1º da Instrução CVM Nº 323/2000; e
- b. os membros do Conselho de Administração: Srs. Fernando Fournón González-Barcia, Luis Eduardo Jiménez López, Segundo Garcia Quevedo, Manuel Ramón García García, Juan Perea Saens de Buruaga, Juan Carlos Ros Brugueras, Javier Nadal Ariño, Miguel Antônio Igrejas Horta e Costa, Antônio Joaquim Simões Gomes de Azevedo, Carlos Jorge Lemos Antunes, Eduardo Lopes-Aranguren Marcos, Víctor Goynechea Fuentes e Moshe Boruch Sendacz; e os seguintes membros da Diretoria: Srs. Juan Vicente Revilla Vergara, Stael Prata Silva Filho e Ivan Campagnolli Junior, por infração aos artigos 9º e 10 do estatuto social da TELESP e ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76.

DA APRECIÇÃO DO TERMO DE ACUSAÇÃO PELO COLEGIADO

5. Ao apreciar a proposta da SEP, o Colegiado, em reunião realizada em 09.07.2002, aprovou o referido Termo nas seguintes condições (fls. 358/368):

- a. os membros da diretoria da TELESP Manuel Ramón García García, Juan Vicente Revilla Vergara, Stael Prata Silva Filho e Ivan Campagnolli Júnior devem ser responsabilizados, por infração ao disposto no artigo 245 da Lei nº 6.404/76 e artigo 9º do estatuto social;
- b. os membros do Conselho de Administração da TELESP Antônio Joaquim Simões Gomes de Azevedo, Carlos Jorge Lemos Antunes, Eduardo Lopes-Aranguren Marcos, Felix Pablo Ivorra Cano, Fernando Fournón González-Barcia, Fernando Xavier Ferreira, Javier Nadal Ariño, Juan Carlos Ros Brugueras, Juan Perea Saens de Buruaga, Manuel Ramón García García, Miguel Antônio Igrejas Horta e Costa, Moshe Boruch Sendacz, Segundo Garcia Quevedo e Víctor Goynechea Fuentes devem ser responsabilizados, por infração ao disposto nos incisos III e IV do artigo 142 da Lei nº 6.404/76 e no inciso III do artigo 17 do estatuto social; e
- c. a Telefónica S/A e seu presidente do conselho de administração, Sr. César Alierta Izuel, devem ser responsabilizados, por infração às alíneas "a" e "f" do parágrafo 1º do artigo 117 da Lei nº 6.404/76, podendo a Telefónica ser intimada na pessoa do Sr. Charles Edwards Allen, representante legal da companhia no Brasil nos termos do item II do artigo 3º da Instrução CVM Nº 331/2000, e o Sr. César Alierta Izuel através da Comisión Nacional del Mercado de Valores – CNMV, a CVM da Espanha.

6. Posteriormente, em reunião realizada em 10.10.2002, o Colegiado, tendo em vista a informação de que o Sr. César Alierta Izuel não era à época dos fatos presidente do Conselho de Administração da Telefónica S/A, mas sim o Sr. Juan Villalonga Navarro, decidiu excluir do inquérito o Sr. César Alierta Izuel e intimar o Sr. Juan Villalonga Navarro para apresentar suas razões de defesa (fls. 354/355).

7. Devidamente intimados (fls. 324/345 e 388/403), os acusados apresentaram suas razões de defesa, à exceção do Sr. Juan Villalonga Navarro que mesmo convocado por edital (fls. 702) não apresentou defesa própria, tendo apenas sido solicitada sua exclusão na defesa apresentada pela Telefónica.

DAS RAZÕES DE DEFESA

Defesa de Miguel António Igrejas Horta e Costa, António Joaquim Simões Gomes de Azevedo e Carlos Jorge Lemos Antunes

8. Às fls. 435/451, os acusados, membros do Conselho de Administração da TELESP, apresentaram as seguintes razões:

- a. tomaram conhecimento da existência do contrato referente à prestação de serviços de operação de centrais de atendimento telefônicos celebrado entre a TELESP e a Atento Brasil Ltda. somente quando a BNDESPAR solicitou a apuração de fatos noticiados na imprensa;
- b. participaram do Conselho de Administração da TELESP por indicação da Portugal Telecom S/A, detentora de 19,85% das ações da controladora da TELESP, a SP Telecomunicações Holdings S/A, inexistindo qualquer tipo de acordo de acionistas entre as referidas partes;
- c. durante o período de 04.12.98 e 30.11.99, a Portugal Telecom participou do Conselho com 3 membros, e a partir de 01.12.99 com um membro que renunciou em 27.11.2000, quando se extinguiu a sua participação;
- d. portanto, os defendentes participaram do Conselho de Administração da TELESP na qualidade de representantes dos acionistas minoritários, sem qualquer interesse na celebração do contrato com a Atento ou na prática de qualquer outro ato que não fosse no melhor interesse da companhia;
- e. a afirmação de que os serviços de *call center* "poderiam se transformar em atividade geradora de receita líquida para a TELESP" é especulativa e não pode servir de base para acusar os indiciados;
- f. não se pode admitir a responsabilização objetiva dos administradores sem que seja efetivamente comprovado prejuízo ou dano à companhia, como especificamente exige tanto o artigo 245 quanto o artigo 117, ambos da Lei nº 6.404/76;
- g. não é razoável que se rotule como de "*longo prazo*" um contrato que pode ser denunciado, sem qualquer penalidade, a cada 90 (noventa) dias;
- h. quanto à responsabilidade do Conselho de Administração na fiscalização dos atos de gestão da Diretoria, mencione-se que a questão do contrato com a Atento ficou totalmente adstrita à Diretoria, sem qualquer passagem pelo Conselho Fiscal ou sua menção nas demonstrações financeiras, demonstrando que o Conselho de Administração da companhia não tomou conhecimento do referido contrato;
- i. se o Conselho não negligenciou em sua responsabilidade de fiscalizar a gestão dos diretores também não poderia ter descumprido sua obrigação de convocar a assembléia de acionistas uma vez que não tinha conhecimento da matéria a ser deliberada;
- j. não restam dúvidas de que o membro do Conselho de Administração, por mais ativo que seja no cumprimento do seu dever de fiscalizar a gestão da Diretoria, tem o direito de se fiar nas ações dos diretores, ainda mais por se tratar de atos praticados com absoluta boa-fé;
- k. exigir que os requerentes investigassem ou examinassem cada ato praticado pela Diretoria seria extrapolar os limites dos critérios de diligência que lhes são exigidos pela Lei das S/A;
- l. também não há que se falar em descumprimento do inciso IV do artigo 142 da Lei nº 6.404/76, pois os membros do Conselho de Administração não tiveram a oportunidade de apreciar ou sequer de tomar conhecimento da existência do contrato com a Atento, o que supostamente demandaria que fosse convocada Assembléia Geral; e

- m. a competência para convocar a Assembléia não é exclusiva do Conselho de Administração, pois os incisos do parágrafo único do artigo 123 da Lei nº 6.404/76 conferem competência ao Conselho Fiscal e direito a acionistas a se reunirem, o que não foi feito.

Defesa de Eduardo Lopes-Aranguren, Felix Pablo Ivorra Cano, Fernando Fournón González-Barcia, Fernando Xavier Ferreira, Javier Nadal Ariño, Juan Carlos Ros Brugueras, Juan Perea Saens de Buruaga, Manuel Ramón García García, Moshe Boruch Sendacz, Segundo Garcia Quevedo e Victor Goynechea Fuentes

9. Os acusados, membros do Conselho de Administração da TELESP, apresentaram, às fls. 473/496, as seguintes razões de defesa:
- a. os membros do Conselho de Administração não são, em qualquer momento, acusados de terem autorizado a contratação da Atento, de forma que não podem ser responsabilizados por condutas das quais não participaram;
 - b. não houve violação do dever de convocar a Assembléia Geral por parte dos defendentes, conforme previsto nos artigos 142, IV, da Lei nº 6.404/76 e 17, III, do estatuto social da TELESP, pois (i) a contratação da Atento jamais foi levada à deliberação do Conselho de Administração, razão pela qual não havia que se cogitar de convocação de Assembléia Geral para tratar do tema; e (ii) a contratação da Atento não era matéria de competência da Assembléia, tendo em vista que o contrato não se caracteriza como sendo de longo prazo que não obedecesse a cláusulas uniformes, conforme prevê o artigo 9º do estatuto social da companhia;
 - c. o contrato celebrado entre TELESP e Atento não pode ser considerado um contrato de longa duração que em regra não pode ser terminado a qualquer tempo, pois, muito embora esteja previsto o prazo de 24 meses, o fato é que, por previsão contratual e tratando-se de um contrato de execução continuada, o mesmo podia ser denunciado a qualquer tempo, mediante pré-aviso dado com 90 dias de antecedência;
 - d. ainda que sejam desconsideradas as cláusulas permissivas de rescisão unilateral a qualquer tempo e tendo em conta que os serviços contratados pela TELESP constam para ela como verdadeira obrigação regulatória, o prazo de 24 meses não pode ser considerado um "longo prazo";
 - e. além disso, trata-se de contrato com cláusulas e condições uniformes a esse tipo de contratação, cujas principais condições contratuais seguiam um padrão reiteradamente adotado pela TELESP nessa modalidade de contratos ("Condições Gerais de Contratação");
 - f. quanto ao *standard* de conduta definido como dever de fiscalização no inciso III do artigo 142 da Lei nº 6.404/76, não há qualquer definição legal do conteúdo da fiscalização, tampouco de sua extensão ou dos poderes atribuídos aos membros do Conselho de Administração. Por essa razão, de sua infração não pode decorrer aplicação de sanções pela CVM, sob pena de ficar caracterizado abuso de autoridade, consistente na inobservância do princípio da tipicidade;
 - g. tendo em vista o caráter Colegiado do Conselho de Administração, não se pode pretender imputar a seus membros o dever de, individualmente, fiscalizar as atividades dos diretores;
 - h. dessa forma, os defendentes não podem ser responsabilizados por uma infração que não foi por eles cometida pessoal e individualmente, sob pena de violação ao princípio da pessoalidade da culpa;
 - i. o dever de fiscalização do Conselho de Administração com relação aos atos praticados pelos diretores não pode se transformar também em responsabilidade por ato de terceiro, pois não há *culpa in vigilando* do Conselho de Administração por ato praticado por diretor, uma vez que a *culpa in vigilando* somente ocorre nos casos expressamente previstos em lei (artigo 1.521 do Código Civil);
 - j. os diretores não são subordinados ao Conselho de Administração, de modo que os conselheiros não podem ser responsabilizados por atos praticados por aqueles, mormente se considerado que suas funções são de caráter meramente deliberativo e não executivo;
 - k. para caracterização do ilícito previsto no artigo 245 da Lei nº 6.404/76, é fundamental a prova da ocorrência de prejuízos à sociedade e de favorecimento à sociedade controladora, bem como que o contrato não obedeça a condições de comutatividade, o que não ocorreu no presente caso;
 - l. no presente caso, há, como já citado e demonstrado no parecer econômico juntado à defesa dos diretores, plena equivalência entre o preço pago pela TELESP e os serviços prestados pela Atento; e

- m. no mais, reportam-se os defendentes, integralmente, à defesa e respectivo parecer econômico apresentado pelos diretores também indiciados, bem como pela acionista controladora, em que restou demonstrado, de forma definitiva, a completa ausência de prejuízos à companhia, bem como a ausência de favorecimento à controladora ou à Atento, na medida em que os preços previstos no contrato eram preços de mercado, conforme atestou a consultoria independente Tendências.

Defesa de Telefónica S/A

10. Às fls. 497 a 519, a acusada, controladora da TELESP, apresentou as seguintes razões de defesa:

- a. é ponto incontroverso nos autos que a terceirização se apresenta como a melhor forma de atender aos interesses da TELESP e de seus acionistas no caso em tela;
- b. não houve o alegado abuso de poder por parte do acionista controlador, pois (i) a Atento era a única empresa com estrutura para prestar os serviços de teleatendimento para a TELESP com o grau de sofisticação necessário, tendo em vista que em 1999 não havia a oferta de empresas de teleatendimento que existe hoje; e (ii) os preços praticados pela Atento são preços de mercado, como comprova o parecer elaborado pela consultoria Tendências (fls. 610 a 636);
- c. a Atento era a empresa que cobrava o preço mais baixo para a prestação do serviço de teleatendimento em seu próprio *site* e com sua própria infra-estrutura e, ainda, com a garantia de qualidade da prestação dos serviços, conforme concluiu a Tendências;
- d. ademais, como bem demonstra o parecer da consultoria, a concentração de todos os serviços de teleatendimento em uma única empresa é acertada pelos seguintes motivos: "*(i) geração de fortes ganhos de escala pela terceirização da operação como um todo que podem ser repassados à TELESP; (ii) o controle de qualidade e a diferenciação da marca são mais fáceis de serem efetuados; e (iii) os custos da transação são menores*";
- e. com exceção da Quatro/A, as empresas com capacidade de investimento para atender a demanda da TELESP em quantidade e qualidade na época – já que nenhuma possuía posições de atendimento ociosas suficientes – eram ligadas a outras empresas de telefonia, o que representaria um risco do ponto de vista da perda de sigilo das informações estratégicas sobre os clientes da TELESP;
- f. o quadro de serviços acostado às fls. 52, que serviu de base para a conclusão da Inspeção da CVM de que os preços unitários dos contratos mantidos pela TELESP antes da contratação com a Atento eram menores do que aqueles contratados pela Atento, é totalmente imprestável como comprovação da referida acusação, tendo em vista que está comparando preços de serviços absolutamente incomparáveis;
- g. afirma-se isso pois os contratos comparados possuem (i) objetos (nível de cobertura) distintos; (ii) preços fixados em momentos distintos; (iii) prazos de vigência distintos; e (iv) diferentes níveis de qualidade dos serviços oferecidos;
- h. comparando-se o preço pago à Atento com os preços cobrados por outras empresas prestadoras de serviços de teleatendimento com cobertura, qualidade e período de vigência semelhantes aos executados para a TELESP, conclui-se que o preço pago à Atento era justo, razoável e de mercado, não importando em qualquer favorecimento à defendente, na condição de sociedade controladora, tampouco dano à TELESP;
- i. em vista de todo o exposto, que atestou o acerto da diretoria da TELESP na celebração do contrato com a Atento, a defendente não violou o artigo 117 da Lei nº 6.404/76, uma vez que, em nenhum momento, praticou qualquer ato em detrimento do interesse da companhia ou de seus acionistas;
- j. conforme entendimento já manifestado pela própria CVM, a intenção de buscar o favorecimento ilícito do patrimônio do controlador em detrimento do patrimônio da companhia e de seus acionistas minoritários, assim como a existência de dano à companhia, são pressupostos indispensáveis para a caracterização do abuso de poder do controlador, o que não se verifica no presente caso; e
- k. com relação ao indiciamento do Sr. Juan Villalonga, a defesa entende que a sua intimação se revela totalmente desnecessária, uma vez que ele não é acionista controlador da TELESP e sim a Telefónica, não podendo ser responsabilizado por suposta prática de abuso de poder de controle, razão pela qual requer sua exclusão do inquérito, seja na qualidade de representante legal, seja na condição de indiciado.

Defesa de Manuel Ramón García García, Juan Vicente Revilla Vergara, Stael Prata Silva Filho e Ivan

Campagnolli Júnior;

11. Os acusados, diretores da TELESP, apresentaram, às fls. 520 a 562, as seguintes razões:
- a. a decisão de terceirização dos serviços de teleatendimento da TELESP não foi impensada, mas foi trabalhada internamente na companhia durante algum tempo, tendo sido objeto, inclusive, de discussões e deliberações em reuniões da diretoria, conforme atas cujos extratos foram anexados ao Processo nº RJ 99/4402, às fls. 935 a 939. Foi, também, objeto de específico estudo interno e de projetos na TELESP;
 - b. houve a terceirização, basicamente, por questões de especialização e redução substancial de custos inerentes aos serviços de teleatendimento;
 - c. o atendimento terceirizado de usuários de operadoras de telefonia, aliás, já era uma tendência mundial à época, posto serem as empresas terceirizadas especializadas no tratamento dessa atividade;
 - d. de fato, a decisão da terceirização significou redução de custos para a TELESP, tendo em alguns casos o custo unitário de cada chamada atendida sofrido uma redução em pelo menos 200% (fls. 180 e 181 do Processo nº RJ 99/4402);
 - e. houve, também, o crescimento da receita auferida pela TELESP com o serviço de atendimento ao 102 (fls. 181 e 182 do Processo nº RJ 99/4402);
 - f. a terceirização das atividades de teleatendimento, como plenamente reconhecido pela inspetoria da CVM, representou, ainda, outros benefícios para a TELESP, tais como: (i) o cumprimento das metas de qualidade impostas pela Anatel; (ii) o atingimento de níveis de satisfação dos usuários superiores a 90%; e (iii) a ampliação do sistema de fidelização de clientes;
 - g. ao contrário do afirmado às fls. 283, diversas empresas de telecomunicações brasileiras e americanas, atualmente, terceirizam seus serviços de teleatendimento por se revelar economicamente mais viável;
 - h. a TELESP não pode, quer do ponto de vista societário, quer do ponto de vista regulatório, desenvolver empresarialmente a atividade de teleatendimento, uma vez que os dispositivos legais, regulatórios e estatutários são no sentido de que a TELESP não pode prestar serviços diversos daqueles objeto de sua concessão ou a eles estrita e diretamente vinculados;
 - i. tal atividade apenas pode ser executada pela TELESP como atividade-meio para a consecução de seu objeto social, qual seja, a exploração do sistema telefônico fixo comutado;
 - j. baseada no inciso II do parágrafo único do artigo 2º do seu estatuto social, a TELESP entende que somente pode constituir subsidiárias integrais para que executem atividades que estejam compreendidas em seu objeto social, o que afasta a possibilidade de constituição de subsidiária integral para prestar os serviços de teleatendimento;
 - k. esse entendimento já foi, inclusive, corroborado pelo órgão regulador, como demonstra ofício da Anatel juntado às fls. 140 do presente inquérito que confirmou que o teleatendimento não é atividade-fim das empresas de telecomunicações;
 - l. além disso, do ponto de vista econômico não era vantajoso para a TELESP desenvolver esse serviço diretamente ou por meio de uma subsidiária integral pelas seguintes razões: (i) a prestação de tais serviços não era, nem nunca poderia ser, o negócio da TELESP; (ii) a necessidade de pesados investimentos na criação e manutenção de um *call center* com capacidade para atender à demanda necessitada pela TELESP; (iii) os custos internos eram, e continuariam sendo, muito altos; e (iv) o atendimento de metas de universalização e expansão na prestação dos serviços telefônicos objetos de sua concessão ficaria prejudicado;
 - m. a Atento era a única empresa, à época de sua contratação, que reunia condições de prestar os serviços de teleatendimento da TELESP, já que era a primeira do *ranking* das empresas prestadoras desse serviço e a única que tinha a estrutura para prestar tais serviços com o grau de sofisticação necessário;
 - n.
 - o. a Atento, ainda, era a empresa que cobrava o preço mais baixo para a prestação do serviço de teleatendimento em seu *site* e com sua própria infra-estrutura e, inclusive, com a garantia de qualidade da

prestação dos serviços;

- p. ademais, pela legislação vigente, os defendentes não estavam obrigados a realizar um processo formal de licitação para a contratação da Atento, uma vez que a TELESP é uma empresa privada e os serviços de teleatendimento não se enquadram naqueles previstos na Resolução ANATEL nº 155/99;
- a. o quadro de serviços acostado às fls. 52, que serviu de base para a conclusão da Inspeção da CVM de que os preços unitários dos contratos mantidos pela TELESP antes da contratação com a Atento eram menores do que aqueles contratados pela Atento, é totalmente imprestável como comprovação da referida acusação, tendo em vista que está comparando preços de serviços absolutamente incomparáveis;
- a. uma comparação fidedigna dos preços dos serviços prestados pela Atento com serviços realmente semelhantes indica que o preço da Atento não apenas era competitivo mas como, no caso concreto, era o preço mais baixo que poderia ser pago pela TELESP para contratar serviços de teleatendimento com a qualidade necessária;
- a. não houve infração ao artigo 9º do estatuto social da TELESP, pois a contratação da Atento não era matéria de competência da Assembléia, uma vez que o contrato não se caracteriza como sendo de longo prazo que não obedecesse a cláusulas uniformes;
- b. o contrato celebrado entre TELESP e Atento não pode ser considerado um contrato de longa duração, pois, muito embora esteja previsto o prazo de 24 meses, o fato é que, por previsão contratual e tratando-se de um contrato de execução continuada, pode ser denunciado a qualquer tempo, mediante pré-aviso dado com 90 dias de antecedência;
- c. além disso, trata-se de contrato com cláusulas e condições uniformes a esse tipo de contratação, cujas principais condições contratuais seguiam um padrão reiteradamente adotado pela TELESP nessa modalidade de contratos ("Condições Gerais de Contratação"); e
- a. os defendentes não praticaram qualquer violação ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76, pois, para a caracterização do ilícito previsto nesse artigo, é fundamental a prova da ocorrência de prejuízos à sociedade e de favorecimento à sociedade controladora, bem como que o contrato não obedeça a condições de comutatividade, o que não ocorreu no presente caso.

É o Relatório.

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº RJ 2002/1173 – TERMO DE ACUSAÇÃO

VOTO DA RELATORA

EMENTA: Terceirização de serviços de tele-atendimento para empresa relacionada sem a realização de assembleia geral de acionistas exigida pelo estatuto social. Benefício do acionista controlador que não providenciou a sua realização. Falta do dever de fiscalização e convocação de assembleia geral pelo conselho de administração. Descumprimento do estatuto pelos diretores que assinaram contrato sem a aprovação da assembleia.

Responsabilização:

- a) do acionista controlador, por infração às alíneas "a" e "f" do artigo 117 da Lei nº 6.404/76;
- b) dos membros do conselho de administração, por infração aos incisos III e IV do artigo 142 da Lei nº 6.404/76 e ao inciso III do artigo 17 do estatuto social da Telesp; e
- c) dos diretores, por infração ao artigo 9º do estatuto social da Telesp.

1. Para melhor compreensão da questão, as acusações formuladas serão divididas em três partes. Primeiramente, será analisado se a terceirização dos serviços de telemarketing da Telesp à Atento realmente trouxe prejuízos aos acionistas da Telesp. Em seguida, será discutido se o contrato que formalizou essa terceirização deveria ou não ter sido submetido à aprovação da assembleia geral, em virtude do que dispõe o artigo 9º do Estatuto Social da Telesp. Por fim, será debatido se a companhia controladora da Telesp, a Telefônica S/A, praticou abuso de poder de controle quando transferiu os serviços de tele-atendimento de uma controlada de capital aberto para outra, sua subsidiária integral, e não cuidou para que fosse convocada assembleia geral para aprovar a operação.

DA TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELEMARKETING PARA PARTE RELACIONADA

2. De início, cumpre esclarecer que os serviços de tele-atendimento, via de regra, constituem uma significativa fonte de receita para as companhias que prestam tais serviços e, também, movimentam uma elevada quantia de recursos. Trata-se de uma atividade que cresceu muito no Brasil nos últimos anos, principalmente após a privatização do setor de telefonia, e que, à época dos fatos, possuía uma grande expectativa de rentabilidade.
3. O próprio grupo Telefónica, reconhecendo o potencial de crescimento do telemarketing, adquiriu entre 1999 e 2000 por valores expressivos, através de uma companhia controlada, duas das maiores empresas do ramo no país, a Trilha e a Quatro/A. Na compra desta última, por exemplo, a Atento, controlada da Telefónica, desembolsou a quantia de R\$ 252 milhões. Note-se que a Telesp nada recebeu pelo repasse do intangível que constituía sua base de clientes.
4. Portanto, como já apontou o Diretor Luiz Antonio Campos em seu voto na aprovação do Termo de Acusação, não há como se falar que o negócio de telemarketing não constituía um negócio lucrativo, na medida em que o próprio grupo controlador da Telesp incorreu em enormes investimentos para adquirir outras empresas prestadoras de tal serviço para começar a desenvolvê-lo.
5. Conforme restou demonstrado nos autos, essas aquisições fizeram parte de uma estratégia global do grupo Telefónica, que reorganizou sua estrutura societária de modo a criar subsidiárias especializadas na prestação de serviços de *call center*. É oportuno lembrar que a Telesp, antes da celebração do contrato com a Atento, já possuía cerca de 55% de seu serviço de tele-atendimento terceirizado.
6. Essa especialização dos serviços de tele-atendimento em uma única empresa, inegavelmente, traz benefícios do ponto de vista operacional, uma vez que permite à companhia concentrar todos seus esforços e recursos no desenvolvimento de apenas uma atividade.
7. No entanto, o grande problema que vislumbro no presente caso refere-se ao fato de que a atividade de telemarketing antes desenvolvida pela Telesp, controlada indireta da Telefónica, foi terceirizada para uma outra controlada da Telefónica, a Atento, companhia esta que não possui qualquer relação societária com a Telesp, ou seja, Atento e Telesp têm em comum apenas o fato de que ambas são indiretamente controladas pela Telefónica S/A. Note-se que, em virtude de tal procedimento, a base de clientes da Telesp, de valor econômico indiscutível, passou a ser de conhecimento e exclusividade da Atento.
8. Desse modo, os frutos da prestação dos serviços de telemarketing continuam a ser percebidos pela Telefónica, só que agora através da Atento, não tendo mais a Telesp qualquer participação nos resultados da prestação dos referidos serviços. Tem-se, então, que a Telesp e seus acionistas tiveram uma importante fonte de receita cedida para outra companhia controlada pela Telefónica.
9. Parece-me que a beneficiária dessa terceirização foi, na verdade, a Telefónica, que transferiu serviços lucrativos de uma de suas controladas para outra constituída unicamente para tal finalidade. Segundo os defendentes, preferiu-se transferir tais serviços para outra companhia do mesmo grupo, dentre outros motivos, para evitar compartilhar com concorrentes informações e dados estratégicos da base de clientes da Telesp. Mas, de qualquer forma, a Telesp transferiu um ativo expressivo que é a base de clientes sem qualquer custo.
10. De qualquer modo, não é verdadeira a afirmação de que foram reduzidos os custos, pois a Telesp paga à Atento os serviços.
11. Quanto à possível constituição de subsidiária integral para a realização de serviço, os diretores da Telesp alegam que, em função do que dispõe o artigo 2º, inciso II, de seu Estatuto Social, subsidiárias integrais somente poderiam ser constituídas para executar atividades que estivessem compreendidas em seu objeto social, e o serviço de *call center* não estaria aí compreendido.
12. Ora, sem dúvida, trata-se de atividade compreendida em seu objeto social decorrente da própria concessão e associada a ela. E, se isto fosse verdade, muito menos seria viável transferir a atividade para terceiros como ocorreu, com expresso apoio da ANATEL (fls. 140/141) e com base no inciso IX da cláusula 15.2 do contrato de concessão que autoriza "*contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.*" A questão realmente restringe-se à conveniência da terceirização.
13. No entanto, o grupo Telefónica preferiu transferir a atividade de telemarketing da Telesp para uma outra companhia controlada, cujo crescimento e posicionamento no mercado teve um significativo impulso com a terceirização do serviço recebido da Telesp, trazendo para a Atento o conhecimento da base de clientes da Telesp sem qualquer custo, como já mencionado.

14. A meu ver, transações entre partes relacionadas exigem um cuidado especial e demandam, independentemente de previsão estatutária, a maior transparência possível, pois trata-se de negócio consigo próprio, que, pela sua própria natureza, se presta a encobrir eventuais conflitos de interesses.

15. Sobre contratos entre partes relacionadas, diz a Cartilha de Governança Corporativa da CVM, editada em junho de 2002:

"Independentemente das cautelas ordinariamente adotadas para que a prova de contratos celebrados seja feita da melhor forma possível, é imperativo que se dê a devida transparência aos contratos entre partes relacionadas, de forma a facultar aos acionistas o exercício do direito essencial de fiscalização e acompanhamento dos atos de gestão da companhia, sem prejuízo do dever de promover sua ampla divulgação ao mercado, quando a contratação configure fato relevante ou quando da divulgação das demonstrações financeiras." (grifou-se)

16. Além disso, com essa terceirização, a Telefónica absorveu a totalidade de uma receita da Telesp antes partilhada com os demais acionistas desta. Criou-se uma situação que permite à Telefónica receber receita derivada da Telesp desproporcional àquela que receberia sob a forma de dividendos.

17. Antes da terceirização, os resultados do telemarketing desenvolvido pela Telesp eram percebidos por todos os seus acionistas. Agora, no entanto, toda a receita da prestação de tal serviço destina-se exclusivamente à Telefónica, detentora de 100% do capital social da Atento.

18. Ou seja, a Telesp, que antes desenvolvia ela própria o serviço de telemarketing, agora paga a outra controlada da Telefónica pelo serviço. Note-se que, o contrato de terceirização, acostado às fls. 796 a 799 do presente inquérito, em sua cláusula 1.1, admite, ainda, que a Atento utilize a infra-estrutura da própria Telesp na prestação dos serviços contratados.

19. Assim, tais circunstâncias fazem pressupor que a terceirização dos serviços de telemarketing da Telesp teria trazido prejuízo aos seus acionistas, tendo em vista que dita atividade situava-se em um ramo de negócios em expansão, com potencial de crescimento, e constituía, ainda, uma importante fonte de receita para a companhia.

20. Finalmente, se a atividade de tele-atendimento, conforme sustentado pela defesa, não era realmente boa para a Telesp, pois representava um centro de custos para a companhia, também não deveria ser um bom negócio para a sua controladora.

21. Ademais, caso a terceirização fosse realmente a melhor opção para a Telesp, o natural seria que a operação fosse dotada de absoluta transparência, tanto internamente, havendo a divulgação do negócio a todos os entes sociais, quanto externamente, com uma eventual publicação de fato relevante. Contudo, contrapondo-se a essa expectativa, os defendentes até mesmo chegam a sustentar que, à época dos fatos, nem mesmo o conselho de administração da Telesp teve conhecimento da terceirização, tendo ficado a decisão acerca da celebração do contrato restrita apenas à diretoria e, obviamente, à Telefónica.

22. No entanto, apesar de todos esses indícios, não se pode, ante os elementos constantes dos autos, concluir que efetivamente teria sido melhor para a Telesp que ela própria continuasse a exercer tal atividade. Diante disso, penso que os diretores da Telesp à época da terceirização devem ser absolvidos da acusação referente à violação do artigo 245 da Lei nº 6.404/76.

DA NECESSIDADE DA APROVAÇÃO DO CONTRATO PELA ASSEMBLÉIA GERAL

23. Observe-se o que dispõem os artigos 9º e 10 do Estatuto Social da Telesp:

"Art. 9º. Deverá ser submetida à aprovação prévia da Assembléia Geral de Acionistas (i) a celebração de quaisquer contratos de longo prazo entre a Sociedade ou suas controladas, de um lado, e o acionista controlador ou sociedades controladas, coligadas, sujeitas a controle comum ou controladoras deste último, ou que de outra forma constituam partes relacionadas à Sociedade, de outra parte, salvo quando os contratos obedecerem a cláusulas uniformes; e (ii) a celebração de contratos de prestação de serviços de gerência, inclusive de assistência técnica, com entidades estrangeiras vinculadas ao acionista controlador da Sociedade, casos em que os titulares de ações preferenciais terão direito a voto.

Art. 10. Sem prejuízo do disposto no §1º do artigo 115 da Lei nº 6.404/76, os titulares de ações preferenciais terão direito a voto nas deliberações assembleares referidas no artigo 9º, (...)"

24. Parece-me claro que o principal objetivo de tais disposições estatutárias consiste em assegurar maior transparência aos contratos celebrados entre partes relacionadas, que podem ensejar futuras dúvidas ou questionamentos acerca de sua legalidade e normalidade. Esses dispositivos, de fato, representam uma importante proteção da Telesp e de seus acionistas contra um indesejável conflito de interesses.

25. A contratação entre empresas relacionadas reveste-se da maior gravidade, pois as partes envolvidas não tem o necessário distanciamento. Discorrendo sobre incorporação de companhias subsidiárias, o Professor Alfredo Lamy Filho ¹, citando Motos Girão, observa: "*Os interesses desses acionistas (controladores) se encontram em conflito com os autênticos interesses sociais. E nessa pugna, os interesses decisivamente em perigo correspondem aos dos acionistas minoritários da sociedade cujos grupos de controle atuam deslealmente, para servir a interesses anti-sociais*".

26. Quando da privatização do sistema Telebrás, houve uma grande preocupação com os acionistas minoritários, de modo a impedir que os novos controladores das concessionárias praticassem qualquer forma de abuso de poder ou desrespeitassem interesses legítimos dos minoritários. Foi justamente com esse objetivo que foram implementados os artigos 9º e 10 no Estatuto Social da Telesp.

27. Apesar de recentemente ter manifestado a intenção de suprimir tais dispositivos do estatuto, o conselho de administração da Telesp voltou atrás e resolveu preservá-los, pelo menos por enquanto. Uma mudança desse tipo afetaria, além de sua transparência, a própria credibilidade da companhia. E uma companhia que não prioriza práticas administrativas transparentes desperta bem menos interesse no mercado, prejudicando seus acionistas minoritários.

28. Não me restam dúvidas de que a companhia que desrespeita ou, ainda, que impede que o minoritário debata questões relevantes para a sociedade tem a sua imagem, bem como suas ações, desvalorizadas junto ao público investidor.

29. A decisão do conselho de administração da Telesp de suspender a retirada de tais artigos do Estatuto Social transmite ao mercado a mensagem de que a companhia ainda respeita a opinião de seus acionistas minoritários e que, inclusive, considera fundamental a participação deles na discussão de assuntos importantes e polêmicos, como, por exemplo, a celebração de contratos com empresas relacionadas.

30. Da leitura dos artigos 9º e 10 do Estatuto Social da Telesp, percebe-se que o contrato de terceirização em questão, de fato, deveria ter sido submetido à aprovação prévia de assembléia geral de acionistas, pois enquadra-se perfeitamente na hipótese prevista no item (i) do referido artigo 9º, por se tratar de um contrato de longo prazo que não obedece a cláusulas uniformes.

31. Sobre contratos de longo prazo, veja-se o que dispõe a Lei nº 6.404/76, em seu artigo 179, inciso II:

"Art. 179. As contas serão classificadas do seguinte modo:

I – (...);

II – no ativo realizável a longo prazo: os direitos realizáveis após o término do exercício seguinte, assim como os derivados de vendas, adiantamentos ou empréstimos a sociedades coligadas ou controladas (art. 243), diretores, acionistas ou participantes no lucro da companhia, que não constituírem negócios usuais na exploração do objeto da companhia;"

32. Desse modo, não se pode deixar de classificar como de longo prazo um contrato com prazo de duração de 24 meses e ainda por cima prorrogável. A possibilidade de rescisão antecipada, com aviso prévio de 90 dias, que poderá se dar apenas nas hipóteses de inadimplemento (exaustivamente listadas na cláusula 15 do anexo I do contrato de terceirização, às fls. 831), não descaracteriza o contrato como de longa duração.

33. Em geral, um contrato quando é celebrado tem como caminho natural e esperado o seu adimplemento em todos os seus termos, subsistindo uma expectativa acerca de seu completo cumprimento. Assim, não é porque o contrato pode vir a ser rescindido por inadimplemento antes do curso de todo o seu prazo - prazo este que por si só já é longo e gera compromissos e obrigações para a companhia -, que o mesmo deixará de ser considerado como de longo prazo.

34. Some-se a isso o fato de que, nas Demonstrações Financeiras da Telefónica S/A referentes ao exercício social de 1999 (ano em que foi celebrado o contrato de terceirização da Telesp com a Atento), aparece nas contas de longo prazo uma quantia de R\$ 61 milhões a receber da Atento Brasil S/A, o que denota que o próprio grupo Telefónica, pelo menos àquela época, considerava como de longo prazo o contrato em questão, em que pese ter, por motivos não revelados, passado a considerá-los de curto prazo nos exercícios seguintes.

35. Além disso, entendo que o contrato sob exame não se pautou por cláusulas uniformemente adotadas pela Telesp em outros contratos de terceirização, o que, se fosse constatado, abriria uma exceção à necessidade de submissão do mesmo à assembléia, conforme prevê o final do item (i) do artigo 9º do estatuto da companhia.

36. Comparando-se os demais contratos de terceirização até então firmados pela Telesp com o contrato celebrado com a Atento, pode-se notar que aqueles possuíam valores e prazos significativamente inferiores.

37. Nenhum dos contratos de serviços de telemarketing anteriormente mantidos pela Telesp tinha o mesmo vulto que o contrato firmado com a Atento. Tratava-se de contratos cujos prazos não ultrapassavam o período de 1 ano e que possuíam condições bem diversas daquelas constantes do negócio celebrado com a Atento.

38. A própria defesa da Telefónica, às fls. 509 a 512 dos autos, reconhece a incomparabilidade dos contratos, conforme resumido às fls. 10 do Relatório, letras "f" e "g". Afirma que o quadro de serviços acostado às fls. 52 (que serviu de base para a conclusão da Inspeção da CVM de que os preços unitários dos contratos mantidos pela TELESP antes da contratação com a Atento eram menores do que aqueles contratados pela Atento) é totalmente imprestável como comprovação da acusação, tendo em vista que se está cotejando preços de serviços absolutamente incomparáveis, tendo em vista que os contratos comparados possuem (i) objetos (nível de cobertura) distintos; (ii) preços fixados em momentos distintos; (iii) prazos de vigência distintos; e (iv) diferentes níveis de qualidade dos serviços oferecidos.

39. Dessa forma, da análise de seus contratos anteriores, percebe-se que a Telesp nunca havia firmado um contrato de terceirização nesses moldes, com valores e prazos equivalentes, o que reforça o meu entendimento de que o negócio celebrado com a Atento não se pautou pelas cláusulas uniformemente adotadas pela Telesp.

40. No presente caso, o mesmo grupo empresarial que controla a companhia que paga pelo serviço também controla a companhia que recebe pela prestação do serviço, impedindo o processo de concorrência, que permitiria a transparência da administração social e seria benéfico à saúde financeira da companhia.

41. Desse modo, por tratar-se de negócio celebrado entre empresas sob controle comum com cláusulas não uniformes e de longo prazo, a terceirização deveria ter sido submetida à assembléia geral da Telesp por exigência do próprio estatuto. Assim, todos os acionistas poderiam ter tido conhecimento do exato teor do contrato e se manifestado a respeito. Se a terceirização era de fato tão boa para a Telesp e, ainda, poderia trazer benefícios para todos os envolvidos, conforme sustentado pelas defesas, parece-me evidente que deveria ter sido apresentada aos acionistas da companhia a comprovação de tais benefícios, o que permitiria a discussão e conduziria, na forma estatutária, à deliberação com base nos fundamentos e argumentos apresentados.

42. Diante disso, não me restam dúvidas de que o negócio, em função de suas peculiaridades acima descritas e, principalmente, em virtude do que dispõem os artigos 9º e 10 do Estatuto Social da Telesp, só poderia ter sido celebrado com o aval da assembléia geral de acionistas. Acionistas estes que, no final das contas, não tiveram sequer a oportunidade de analisar o conteúdo do contrato e, conseqüentemente, tiveram violado o seu direito de fiscalizar a gestão da companhia.

43. O fato de os acionistas minoritários da Telesp terem tomado ciência da celebração do contrato que terceirizou o serviço de *call center* da companhia apenas através da imprensa constitui um desrespeito a seus acionistas, além de demonstrar o descaso com que os administradores trataram os acionistas minoritários, importantes financiadores da atividade social. Ressalte-se que a matéria até hoje não foi submetida à assembléia geral.

44. Assim, pelo fato de a terceirização em questão não ter sido apresentada à assembléia, entendo que os diretores da Telesp, que efetivamente aprovaram a celebração do contrato, infringiram o artigo 9º do Estatuto Social da companhia.

45. Por outro lado, deve-se atentar para o dever de o conselho de administração fiscalizar a gestão da diretoria, inscrito no inciso III do artigo 142 da Lei das S/A, e para o dever de convocar a assembléia geral de acionistas, previsto no inciso IV do mesmo artigo e, também, no próprio Estatuto Social da Telesp, no inciso III de seu artigo 17:

Lei nº 6.404/76:

"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; (grifou-se)

IV – convocar a assembléia geral quando julgar conveniente, ou no caso do art. 132;"

Estatuto da Telesp:

"Art. 17. **Compete ao Conselho de Administração:**

(...)

III – convocar a assembléia geral de acionistas;"

46. No presente caso, a atuação dos conselheiros era de suma importância, uma vez que os acionistas minoritários não tinham como saber da existência do contrato de terceirização, tendo em vista que este não foi mencionado nas demonstrações financeiras da Telesp, em violação à Deliberação CVM Nº 26/86, que aprovou pronunciamento do IBRACON sobre transações entre partes relacionadas.

47. Cabe, ainda, enfatizar que o conselho de administração não é apenas um órgão deliberativo, mas também um órgão fiscalizador e que deve ter um comportamento ativo e não meramente passivo.

48. É por este motivo que os conselheiros não podem se fiar de maneira irrestrita nos atos dos diretores, pois, se assim fosse, não precisaria a lei ter previsto a competência fiscalizadora da gestão da diretoria pelo conselho de administração.

49. Além disso, a lei não precisa definir exata e exaustivamente quais atos de gestão específicos estão englobados no dever de fiscalização dos conselheiros, nem tampouco a sua extensão. Tendo em vista a expressiva quantidade de atos que se relacionam com o dever de fiscalização e que não teriam como ser definidos em lei, o legislador, acertadamente a meu ver, optou por prever, genericamente, um *standard* de conduta a ser seguido pelos administradores.

50. Não se pode aceitar a alegação de que o conselho de administração só é responsável pelos documentos que chegam ao seu conhecimento. É inadmissível que o conselho só se responsabilize em tais circunstâncias. O dever de fiscalizar impõe atitude ativa e não passiva. A própria lei responsabiliza o administrador pela negligência em descobrir atos ilícitos de outros administradores. Se isso é regra para qualquer administrador, muito mais para aqueles que tem o dever específico de "*fiscalizar a gestão dos diretores*", na forma do artigo 142, III, da Lei de S/A.

51. A violação pelos conselheiros do dever de fiscalização fica latente neste inquérito, também, quando se observa que toda a discussão acerca da terceirização consta de diversas atas de reunião da diretoria da Telesp (Relatório de Inspeção às fls. 101); ou seja, não era preciso uma fiscalização acurada e aprofundada sobre vários atos, papéis e documentos da diretoria para que o conselho de administração tivesse ciência dos termos do contrato que estava para ser firmado com a Atento. Bastava tão-somente a leitura do livro de atas das reuniões da diretoria. Aliás, parece-me que a leitura das decisões da diretoria é o mínimo que se espera de quem tem a função de, como diz textualmente a lei de sociedades anônimas, "*fiscalizar a gestão dos diretores*". Ler as atas das reuniões de diretoria é dever básico, inerente e indispensável à função de Conselheiro de Administração no exercício de sua atribuição legal de vigiar e controlar a diretoria. Portanto, inadmissível que o Conselho de Administração alegue desconhecimento de fatos que constam do Livro de Atas de Reuniões da Diretoria.

52. Ademais, deve ficar claro aqui que não se trata de um contrato qualquer, sem maior importância para a Telesp. Trata-se de um contrato que trouxe sérias implicações para a vida empresarial da Telesp e que, justamente por isso, não poderia passar despercebido pelo conselho de administração.

53. É fundamental que se esclareça, ademais, que os conselheiros não estão sendo responsabilizados por atos de terceiros, isto é, por atos praticados pelos diretores. Os membros do conselho de administração estão sendo responsabilizados por terem deixado de cumprir um dever legal, qual seja, o de fiscalizar a gestão da diretoria.

54. Embora o conselho de administração atue como órgão colegiado, isto não pode servir de pretexto para não exercer o poder/dever de fiscalizar a diretoria e de convocar a assembléia geral, o que decorre da lei e

está, inclusive, previsto no estatuto da companhia.

55. Dessa forma, é indiferente que o conselheiro tenha sido eleito com ações do grupo Telefónica ou com ações de companhia desvinculada deste grupo. O fato é que todos os conselheiros da Telesp, indicados por quem quer que seja, não exerceram o seu poder/dever de fiscalização da gestão da direção da companhia e não convocaram a assembléia geral quando deveriam.

56. Para as acusações que estão sendo apreciadas neste inquérito, não interessa saber que determinado conselheiro foi eleito por uma companhia sem relação societária com o grupo Telefónica. Importa saber que os membros do conselho de administração da Telesp, em sua totalidade, não cumpriram o seu dever de fiscalização dos atos da diretoria e de convocação da assembléia geral.

57. Acho inadmissível supor que os membros do conselho de administração não soubessem que o contrato de terceirização seria celebrado, principalmente em função de os debates sobre a operação fazerem parte de algumas atas de reunião da diretoria. De qualquer forma, entendo que restou descumprido o dever de os conselheiros de fiscalizarem a gestão da direção da Telesp e de convocar a assembléia de acionistas.

58. Deve ser ressaltado que já o relatório da administração da Telefónica referente ao exercício de 1999 continha referência à Atento e ao negócio de *call center*.

59. Finalmente, se, como alegam, o conselho de administração desconhecia o fato, o mesmo deveria ter providenciado, tão logo a questão tornou-se pública, a sua aprovação ou mesmo ratificação pela assembléia geral.

60. O fato de a convocação da assembléia geral não ser de competência exclusiva do conselho de administração também não elide a sua responsabilidade. Da leitura do artigo 123 da Lei de S/A, fica claro que a responsabilidade dos órgãos citados e dos acionistas para convocar a assembléia geral é meramente subsidiária à do conselho de administração, não afastando, portanto, a obrigação deste.

61. Por isso, entendo que devem ser responsabilizados todos os membros do conselho de administração da Telesp à época da celebração do contrato de terceirização, por infração aos artigos 142, incisos III e IV, da Lei nº 6.404/76, e 17 do Estatuto Social da Telesp, acima transcritos.

DO ABUSO DE PODER DE CONTROLE

62. Com relação à Telefónica S/A, controladora da Telesp, deve-se lembrar que os acionistas controladores têm deveres e responsabilidades para com os demais acionistas e devem usar o seu 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."

63. O eminente jurista Alfredo Lamy Filho ao examinar o abuso de poder de controle concluiu ²:

"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 "tiranía 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."

64. E como bem observa Fábio Konder Comparato ³

"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, o que ocorre, na verdade, é o sacrifício dos não controladores ao 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."

65. 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 e destituir 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.

66. 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.

67. 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 equitativas;"

68. Fica evidente o benefício auferido pela Telefónica ao não realizar a assembléia geral para submeter à aprovação de todos os minoritários o contrato de terceirização, embora não tenha ficado comprovado nos autos eventual prejuízo para a Telesp com a terceirização dos serviços de tele-atendimento à Atento.

69. Ao excluir da apreciação da assembléia geral a questão, a Telefónica não colocou em perigo a celebração do negócio, que lhe era oportuno e conveniente, denotando sua conivência com a administração da companhia. A não realização de assembléia geral lhe era favorável e eliminava qualquer risco de abortar a operação e prejudicar seus planos. A previsão estatutária de submeter a matéria à realização de assembléia geral visava justamente atestar se a operação seria ou não vantajosa para os minoritários. Prova definitiva que não foi produzida e beneficiou o acionista controlador, que pôde manter a terceirização, evitando o seu desfazimento na hipótese de desaprovação pelos minoritários.

70. Como nenhuma providência foi, efetivamente, tomada para convocar tal assembléia geral, tudo indica que o controlador não zelou para que não ocorresse a irregularidade que lhe era benéfica.

71. Portanto, a Telefónica não usou o seu poder de controle para impedir a perpetração da ilegalidade, abdicou do seu poder de controle, que, como captado pela lei, lhe assegura o poder de dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (art. 116, letra "b"), ao contrário, dele abusou ao omitir-se na convocação da assembléia e assim usufruiu da ilegalidade. A Telefónica renunciou ao seu poder de controle em prejuízo da manifestação de seus acionistas minoritários a quem deve lealmente servir. Preferiu não correr qualquer risco e preservar a celebração do contrato em benefício próprio. Portanto, abusou do seu poder de controle.

72. Por fim, cumpre aqui reconhecer que o Sr. Juan Villalonga Navarro foi indevidamente indiciado, uma vez que o acionista controlador da Telesp é a Telefónica S/A, tendo sido ele apenas o presidente do conselho de administração dessa companhia à época da operação.

CONCLUSÃO

73. Ante o exposto, proponho:

I – a aplicação das seguintes penalidades:

a) a **Manuel Ramón García García, Juan Vicente Revilla Vergara, Stael Prata Silva Filho e Ivan Campagnolli Júnior**, na qualidade de diretores da Telesp, por infração ao artigo 9º do Estatuto Social da Telesp, a pena de multa de R\$75.000,00 para cada um, prevista no inciso II do artigo 11 da Lei nº 6.385/76;

b) a **Miguel António Igrejas Horta e Costa, António Joaquim Simões Gomes de Azevedo, Carlos Jorge Lemos Antunes, Eduardo Lopes-Aranguren, Felix Pablo Ivorra Cano, Fernando Fournón González-Barcia, Fernando Xavier Ferreira, Javier Nadal Ariño, Juan Carlos Ros Brugueras, Juan Perea Saens de Buruaga, Manuel Ramón García García, Moshe Boruch Sendacz, Segundo García Quevedo e Victor Goynchea Fuentes**, na qualidade de membros do conselho de administração da Telesp, por infração aos incisos III e IV do artigo 142 da Lei nº 6.404/76 e ao inciso III do artigo 17 do Estatuto Social da Telesp, a pena de multa de R\$150.000,00 para cada um prevista no inciso II do artigo 11 da Lei nº 6.385/76;

c) à **Telefónica S/A**, na qualidade de acionista controlador da Telesp, por infração às alíneas "a" e "f" do parágrafo 1º do artigo 117 da Lei nº 6.404/76, a pena de multa de R\$13.833.623,88, correspondente a 5% do valor do contrato celebrado entre a Telesp e a Atento Brasil no valor de R\$276.672.477,72, operação considerada irregular, prevista no parágrafo 1º, inciso II, do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, com a redação dada pela Lei nº 9457/97;

II – a absolvição de:

a) **Juan Villalonga Navarro** pelo fato de ser apenas o presidente do conselho de administração da Telefónica; e

b) **Manuel Ramón García García, Juan Vicente Revilla Vergara, Stael Prata Silva Filho e Ivan Campagnolli Júnior** da acusação de infração ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76.

É o meu **VOTO**.

Rio de Janeiro, 02 de outubro de 2003.

NORMA JONSSON PARENTE

DIRETORA-RELATORA

1 in *A Lei das S/A*, Vol. II, pp. 274 e 575, Renovar, 2ª edição

2 FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* Vol. II, 2ª ed., Pareceres – Renovar – p. 236

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

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº TA-RJ 2002/1173

Voto do Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos:

Sr. Presidente, eu vou divergir, em parte, do voto da Ilma. Sr.ª Diretora-relatora, mas não sem antes colocar algumas questões que me parecem importantes. Primeiro, porque eu não tenho a convicção que eu vejo no voto da Diretora-relatora de que a operação teria sido uma operação arquitetada, urdida, orquestrada para subtrair à apreciação da assembléia geral a contratação e que teria, como em algumas passagens se infere do voto da Diretora-relatora, trazido ao acionista controlador benefícios indevidos, o que é, inclusive, uma das razões que a leva a condenar por abuso de poder de controle.

Isso porque, inicialmente e como o próprio voto da Diretora-relatora reconhece, não ficou provado que a operação tenha sido prejudicial à Telesp, o que levou a Diretora-relatora a propor, com o que eu concordo, a absolvição da acusação de violação ao artigo 245, da Lei 6.404, que é aquele artigo que exige condições comutativas e compensação adequada nas operações entre partes relacionadas.

Outro ponto que me parece prudente esclarecer e que vejo no voto da Diretora-relatora, que, aparentemente, nesse aspecto teria ficado impressionada, diz respeito à questão da transferência da base de clientes, como se esta base fosse, e talvez possa até ser, um "intangível" de valor muito elevado.

Neste particular, conforme consta do próprio voto, parece-me importante deixar claro que o voto da Diretora-relatora reconhece, expressamente, que 55% das atividades de tele-atendimento eram terceirizadas quando da citada transferência; então, pelo menos 55% dessa base de clientes já era de conhecimento de terceiros e essa atividade era executada — e naturalmente a base de clientes cedida — por outras empresas de *telemarketing* ou *tele-atendimento* que cobravam também por esse serviço. Logicamente, para que terceiros exercessem, e efetivamente exerciam, essas atividades, era preciso que tivessem acesso à base de clientes.

Há ainda outro ponto que gostaria de destacar diz respeito ao contrato de consultoria e administração que foi celebrado entre a companhia e seu acionista controlador, que foi regularmente submetido à aprovação da assembléia geral, na qual, nos termos estatutários, votavam acionistas titulares de ações ordinárias e de ações preferenciais. É importante esclarecer que nessa assembléia a companhia logrou ver aprovado esse contrato, o que, a meu ver, reforça o fato de que a questão ora objeto de julgamento era essencialmente de interpretação a respeito do que seria longo prazo, para os fins do artigo estatutário, ao que voltaremos mais adiante.

Então, isso me parece que também deve ficar esclarecido, muito embora seja desimportante para efeito deste julgamento, porque, como a Diretora-relatora deixou claro, de toda forma, não tendo ficado provada a falta de equitatividade e o prejuízo, deve haver absolvição, com o que eu concordo.

Com relação à questão de custos, foi apresentado um laudo da Consultoria Tendências com uma demonstração de que a operação foi benéfica à companhia. E eu não tenho elementos para afastar aquela conclusão. O fato de a Atento cobrar pelo o serviço é natural, evidentemente, pois se ela presta o serviço tem que cobrar por isso. Mas este fato é igualmente desimportante vez que a Diretora-relatora absolveu por não encontrar falta de equitatividade ou violação ao art. 245.

Um ponto importante, ainda nesse aspecto, é a afirmação da defesa de que essa atividade *de call center*, como atividade comercial, prestada a terceiros, não era permitida, ou pelo menos era essa a interpretação prevalecente à época às companhias telefônicas, de modo que a Telesp teria um *call center* que só poderia prestar serviço a ela própria e não para terceiros; naturalmente, se houvesse a possibilidade de se prestar serviços de *call center* a terceiros o negócio talvez pudesse ter outra dimensão e representar outra oportunidade comercial.

Com relação ao Artigo 9.º do Estatuto Social, parece-me que a interpretação dos defendentes não é de fato a melhor. Eu entendo que o contrato é um contrato de longo prazo e eu não vi provas que me convencessem de que ele atendia a cláusulas uniformes como exige o Artigo 9.º do Estatuto Social para eximir de submissão à assembleia.

Gostaria, apenas, de, nesse aspecto, também salientar um ponto, em benefício da dúvida, que o fato da Telefônica ter no primeiro momento contabilizado o contrato no exigível a longo prazo e depois ter deixado de contabilizar dessa forma, passando a tratá-lo como curto prazo não me permite extrair qualquer má-intenção ou má-fé ou mesmo uma "manobra" contábil.

Parece-me que a razão é de ordem rigorosamente contábil, porque os contratos de longo prazo, conforme o tempo vai passando, um belo dia se tornam contratos de curto prazo, porque deixam de se vencer após o término do exercício seguinte e, evidentemente, a contabilidade exige essa movimentação dos registros, transferindo do longo prazo para o exigível de curto prazo, apenas pelo efeito do tempo, que é inexorável. E vejo que essa é a razão, porque esse contrato era de 24 meses, uma vez terminado o exercício social, dali em diante, cairia na regra normal de curto prazo, pois não mais encerrar-se-ia após o término do exercício social seguinte e assim deveria passar a ser contabilizado.

Por isso houve essa alteração contábil, acho que a meu ver atendendo as prescrições legais. Não infiro daí que tenha havido qualquer intenção de também fugir ou esconder a realização desse contrato.

Mas afirmo que, de fato, o contrato deveria ter sido submetido à assembleia, por conta de exceder o prazo contábil previsto na Lei nº 6.404/76 para se contabilizar fora do longo prazo. E aí, nesse aspecto específico, eu entendo que a responsabilidade de fato teria sido dos diretores, porque eles, que celebraram o contrato, que representam a companhia, deveriam ter notado que para celebrar este contrato nas condições previstas, previamente precisariam da autorização assemblear, que é o que diz o Artigo 9.º e deveriam ter se acutelado sobre a incidência de cláusula estatutária.

A meu ver, os diretores deveriam previamente à celebração ter submetido à assembleia e, dado isso, ter solicitado ao conselho de administração que convocasse assembleia, isso não foi feito e, portanto, a responsabilidade é deles.

Com relação ao conselho de administração, eu tenho entendimento que já expus em outras oportunidades, que de fato o conselho de administração não é obrigado nem responsável pela verificação diária das atividades da companhia e da diretoria e nem seria razoável que se esperasse isso de um órgão de funcionamento parcial, que se reúne de tempos em tempos e composto de uma formação larga e multidisciplinar.

Parece-me importante recordar aqui que a Lei das S.A. adotou claramente uma estrutura dualista da administração, a exemplo do já clássico modelo alemão do *Hafschritat* 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 disjuntivos, pois que 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. E muitas vezes se exija a assinatura de mais de um diretor para obrigar a companhia.

Já o conselho de administração, que não cuida evidentemente do dia-a-dia 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 - diferentemente do Conselho Fiscal, onde se verifica que os conselheiros têm poderes individuais por expressa disposição legal em diversas hipóteses. 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 reconhecido como uma atividade de dedicação parcial e não integral de seus integrantes, que normalmente possuem outras atividades fora ou na própria companhia.

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. Mas por isso a lei adotou uma forma aberta e larga, que abstratamente serve a todos, mas que deve ser aplicada com controle e adequação e sem ignorar a realidade.

Assim, é de capital importância que os dispositivos referentes a deveres e responsabilidades dos administradores não sejam aplicados mecanicamente, sem prévia interpretação, 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 da anteprojeto da Lei 6.404/76.

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 orientada para a estratégia da companhia, no desenvolvimento do negócio, do que na administração diária. Daí 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 normas de direito positivo, a que mais detalhadamente trata dos direitos e responsabilidades dos administradores e é sabido, conforme a exposição de motivos deixou dito, que os colocou de uma forma quase que pedagógica para tentar trazer, em razão do 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 direitos norte-americano e inglês, 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 exige Lei.

Os conceitos adotados pela Lei nº 6.404/76, a par de representarem comportamentos positivos e negativos, em sua maioria, acertadamente, revestem-se de formas amplas, abertas, padrões de conduta ou *standards*, que autorizam o intérprete e aplicador da lei largueza de interpretação, e essa largueza deve ser usada de forma a manter o sistema íntegro, para não desencorajar e afastar pessoas honestas e competentes dos cargos de administração, especialmente o conselho de administração, ou criar um sistema que entorpeça-as na ação, criando uma burocracia prejudicial à vida da companhia, na qual os administradores ficarão preocupados essencialmente em prevenir responsabilidades ao invés de voltar seus esforços para o desenvolvimento da companhia, afastando-se do risco inerente ao negócio.

No inquérito administrativo CVM 725/2001 fiz uma pequena observação que me permito transcrever aqui, por me parecer inteiramente aplicável, na qual disse: "abra-se aqui um parêntese para esclarecer que os conceitos abertos, os assim chamados *standard* de conduta como o propalado 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 Uria:

"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 la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo I)

É isso quando se verifica a questão dos conselheiros não executivos, os conselheiros de fora, independentes, que todos os manuais de boas práticas de governança corporativa recomendam a presença, a meu ver tem que ser tratado com maior razão com flexibilidade, sob pena mesmo 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 vou citar aqui um pequeno trecho, em que se dizia:

"se o teste da negligência que é aplicável no campo da responsabilidade civil ou no campo do Estado fosse similarmente aplicado no campo dos negócios ou no campo bancário iria realisticamente ser muito 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 tidas como responsáveis por cada má contabilização 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 para confirmar que esta distinção de funções e de deveres de fiscalização vai além da aparência e é ontologicamente diferente, basta que se examine a redação dos arts. 142, relativo ao conselho de administração e 163, relativo ao conselho fiscal, ambos da Lei das S.A.

Nessa linha, fica patente que o conselho de administração é um órgão muito mais voltado para a orientação geral dos negócios da companhia e do acompanhamento da gestão, notadamente em função da orientação dada e da estratégia traçada, do que um órgão de fiscalização, que é função primordial do conselho fiscal, que deve, este sim, se deter nos atos da administração mais especificamente.

Note-se, inclusive, com relação às atas de reunião da diretoria, que enquanto o conselho de administração tem o poder de examinar os livros que as contêm, conforme o inciso III, do art. 142, o conselho fiscal deve ser avisado da existência de reunião de diretoria, colocando-se a respectiva ata à disposição, no prazo de 10 dias da respectiva realização, nos termos do parágrafo 1º do art. 163, o que só comprova que o acompanhamento e a fiscalização das atas é um ato muito mais do conselho fiscal do que do conselho de administração, embora este último possa fazê-lo.

E, no caso específico, me parece, e, aliás, está reconhecido no voto da Diretora-relatora, que o conselho de administração não tomou conhecimento da questão; em nenhum momento a diretoria levou o assunto ao conhecimento do conselho de administração. Assim, vejo que os conselheiros que dela não tinham tomado conhecimento não tinham obrigação de sabê-la equivocada, principalmente considerando ser a formação deles as mais diversas e nenhum deles especialistas em contabilidade, que para efeito do presente caso define o que seria contrato de longo prazo e, mais ainda, havendo um parecer do auditor independente, que é um *expert*, sobre as demonstrações financeiras..

O direito internacionalmente reconhece a possibilidade de praticarem-se atos com base na confiança na opinião dos *experts* ou mesmo dos funcionários ou diretores da companhia.

E, à vista disso, com relação à falta do dever 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 diz o voto da Diretora-Relatora, neste particular, é que o conselho de administração deveria examinar os livros da companhia; deveria examinar as atas e as decisões de diretoria; deveria, então, realizar verdadeira devassa nos atos perpetrados pelos Diretores, para se desincumbir de seu dever geral de vigilância.

Temo que uma tal conduta pudesse levar à instalação de um clima contraproducente na companhia, o clima da devassa, da desconfiança, da espionagem, etc., na qual cada administrador, ao invés de se preocupar com o seu trabalho diretamente, dovesse ficar investigando o que os outros administradores fazem, de forma a preservar a sua responsabilidade e delatando aquilo que encontrasse. Seria uma situação insustentável, "Orweliana", que não levaria a companhia a lugar nenhum e certamente entoperceria a ação.

O Conselheiro de Administração não é obrigado, parece-me, a desconfiar dos seus diretores, e muito menos a entender ou achar que eles estão praticando atos irregulares. Evidentemente se isso chega ao conhecimento do conselho de administração ou a algum de seus membros há o dever de investigar e de investigar, imagino, à exaustão, até que se convença do contrário, mas, no caso específico, isso não chegou ao conhecimento do conselho de administração e, em função disso, eu entendo que aos conselheiros não competiria convocar assembléia.

Veja-se algumas manifestações do Direito Norte-Americano neste particular:

"American Law Institute, Principles of Corporate Governance, Sec. 4.02: "Reliance on directors, officers, employees, experts and other persons. In performing his duty and functions, a director or officer who acts in good faith, and reasonably believes that his reliance is warranted, is entitled to rely on information, opinions, reports, statements (including financial statements and other financial data), and decisions, judgements, or performance (including decisions, judgements or performances within the scope of § 4.01 (b)), in each case prepared, presented, made or performed by: (a) one or more directors, officers, or employees of the corporation, or of a business organization under joint control or common control, whom the director or officer reasonably believes merit confidence."

Denis Keenan: Smith and Keenan's Company Law for Students, 9ª Ed.,pág.323 "A director need not exhibit in the performance of his duties a greater degree of skill than may reasonably be expected from a person of his knowledge and experience. [.....] In respect of all duties that, having regard to the exigencies of business, and the articles of association, may properly be left to some other official, a director is, in the absence of grounds of suspicion, justified in trusting that official to perform such duties honestly."

Norman D. Lattin. The Law of Corporations. New York. Foundations Press, 1971, págs. 240-241 (citado por Arnold Wald: "A director needs not to be an expert in the business in which, as one member of the board, he directs. However, he must inform himself sufficiently about the business so that he way act with intelligence in supervising the activities of the officers who carry on the actual day-to-day transactions. He is entitled to rely upon their expert advice where he has no notice of irregularities or knowledge of facts which raise suspicions of irregular or negligent conduct."

Tratando do direito pátrio, veja-se o que diz Modesto Carvalhosa, em comentários ao inciso III do artigo 142 da Lei 6.404/76:

".....

Pode-se argumentar que o controle de legitimidade que cabe ao Conselho sobre a gestão da diretoria, durante todo exercício, vincularia, desde logo, o órgão aos atos praticados pelos diretores, quando contrário à lei ou estatuto. Não há essa extensão ou generalização. O Conselho será, durante o exercício, responsável apenas pelos atos de negócios jurídicos que, fiscalizados e examinados por seus membros e levados à sua deliberação, tenham sido devidamente aprovados. Tratar-se-á, portanto de responsabilidade por cada ato ou negócio específico mas não pelo conjunto dos atos de gestão que se refletem nas contas da diretoria, correspondentes ao exercício.

.....

Esse princípio é muito importante: o Conselho somente é responsável pelos documentos que chegam ao seu conhecimento Aplica-se à hipótese o princípio processual dispositivo, ou seja, que a decisão do juiz tem por base os fatos e provas constantes dos autos (quod non est in actis non est in mundo)" (Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, vol. 3, pág. 122, Saraiva)

É evidente que o conselho deve estabelecer procedimentos rotineiros de reportagem, pela Diretoria, dos atos que pratica e dos resultados que alcança, bem como das operações específicas, se forem relevantes no contexto da companhia. Mas a formalização dos atos, e a verificação quanto ao cumprimento das prescrições legais para sua prática, não competem ao conselho, que autoriza a prática dos atos — quando o faz — no pressuposto de que serão praticados com observância das formalidades cabíveis.

Aliás, mesmo que os membros do conselho de administração realizassem verdadeira devassa nos atos da diretoria, que não lhe foram informados, ainda assim não teriam podido impedir a prática da irregularidade, pois se a celebração ocorreu sem que houvesse assembléia, e essa é a única irregularidade, o que é um fato, a convocação posterior já seria tardia.

Com efeito, quando o conselho de administração notasse que houve a celebração do contrato, a rigor, já teria sido violada a regra estatutária que exige a convocação e aprovação prévia da assembléia. Seria uma daquelas situações em que a atuação do conselho de administração apenas poderia ser *a posteriori*, reparadora, mas não impeditiva.

Além disso, recorro que a própria definição de longo prazo, que, como visto, é essencialmente contábil, também, a meu ver, autorizaria o conselho de administração a confiar no juízo técnico da diretoria, que, repita-se, é quem cuida do dia-a-dia da companhia e é responsável pela realização do negócio, devendo tomar as cautelas necessárias. E, a meu juízo, fiar-se na opinião da diretoria e dos auditores neste particular não caracteriza qualquer negligência por parte do conselho de administração.

E digo isto porque, é bom que se recorde, tanto a eleição da diretoria, quanto a indicação do auditor independente, nos expressos termos da lei, competem ao conselho de administração. Assim, ambos diretores e auditor independente só estão em suas funções porque o conselho de administração assim desejou. Evidentemente, o conselho de administração assim desejou porque confia em seus diretores e no auditor independente. Seria absurdamente ilógico imaginar que o conselho de administração deveria desconfiar ou não ter confiança na diretoria, pois se desconfiasse não os teria eleito ou se houvesse perdido a confiança teria promovido a destituição e substituição.

À vista dessas razões, eu absolvo os membros do conselho de administração, porque a matéria realmente não foi discutida em nenhuma reunião do conselho de administração e não há nenhuma prova de que tenha chegado ao conhecimento deles, como também não há nenhuma prova de que o conselho de administração tenha sido negligente no seu dever de vigilância geral.

No tocante à acusação de abuso de poder de controle, também divirjo da Diretora-relatora, porque, a meu ver, pela acusação que foi feita, essencialmente os Artigos 117, parágrafo 1.º, alíneas "a" e "f", necessário seria que a CVM provasse, segundo a alínea "a", que o acionista controlador teria orientado a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional ou teria levado 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. Vejo que não há essa prova e a prova mais eloqüente de que tal prova não há foi o fato de ter ocorrido, conforme a própria Diretora-relatora propôs, a absolvição com base no Artigo 245 da Lei das S.A. Ou seja, não ficou provado que a operação não era equitativa ou que não era praticada em condições de mercado. Ora, se isso ficou não ficou provado, a acusação pela alínea "a" é inaplicável, porque a contratação certamente não é estranha ao objeto social, não é lesiva ao interesse nacional e não há prova de que favoreceu uma outra entidade.

Com relação à alínea "f", também me parece que é a mesma situação, porque ambas alíneas, a meu ver, são desdobramentos, no plano do acionista controlador, da obrigação que o Artigo 245 coloca no plano dos administradores das companhias, na contratação com partes relacionadas. E, se não foi comprovado que a operação era lesiva, a meu ver, ambas as alíneas não podem ser aplicadas.

Então, este é meu voto.

Finalmente, faço aqui uma observação que, embora seja irrelevante para efeito deste julgamento, é de extrema importância prática para a vida da companhia. É que não tendo havido a submissão e decorrente aprovação da contratação em assembleia geral, na qual os titulares de ações preferenciais votam, conforme deixa claro o art. 9º do estatuto social, a contratação está irregular, faltando uma condição de sua validade.

Há, por certo, forma de sanar tal vício na contratação, e isso se dá mediante a respectiva submissão à assembleia geral, na qual votarão os acionistas titulares de ações preferenciais e ordinárias. Com efeito, é princípio aceito de longa data no direito societário o da sanção, de forma que qualquer ato pode ser sanado ou ratificado pela assembleia geral, conforme se verifica, por todos, do parecer de José Luiz Bulhões Pedreira, publicado na Lei das S.A., vol II, editora Renovar, pág. 693 e segs.

Com relação ao Sr. Juan Villalonga Navarro, eu acompanho o voto da Diretora-Relatora.

Luiz Antonio de Sampaio Campos

Diretor

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº RJ2002/1173

Voto do Diretor Wladimir Castelo Branco Castro:

Sr. Presidente, eu acompanho, em parte, o voto da Diretora-Relatora.

Estou de acordo quanto à absolvição por violação ao Artigo 245 da Lei das sociedades por ações, em relação à absolvição do Sr. Juan Villalonga Navarro e da apenação dos diretores por infração ao Artigo 9º, do Estatuto Social, por entender que a defesa não conseguiu comprovar que esses contratos não eram de longo prazo e que as cláusulas eram uniformes.

Com relação aos membros do Conselho de Administração, eu entendo que não é cabível a punição até porque, pelo Artigo 9.º do Estatuto Social da companhia, a celebração de contratos dessa natureza deveria ter uma prévia aprovação da Assembleia Geral.

Também não encontrei nos autos elementos que me permitissem formar uma convicção plena com relação à violação às alíneas "a" e "f" do Artigo 117 da Lei Societária.

É esse o meu voto, Sr. Presidente.

Wladimir Castelo Branco Castro

Diretor

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº TA-RJ 2002/1173

Voto do Presidente Luiz Leonardo Cantidiano:

Antes de votar eu gostaria de fazer algumas considerações para justificar a posição que decidi adotar. Ficou muito claro para mim do que consta do processo e das provas apresentadas, do material examinado, que com a realização da privatização a Telesp, que já terceirizava, como foi mencionado, parte de seu serviço de tele-atendimento (55% dele já era terceirizado), precisaria incrementar aquele serviço, não apenas porque a quantidade de ligações seria bastante aumentada, mas também porque deveria aprimorar a qualidade de tele-atendimento em virtude das metas de qualidade impostas pela legislação, metas essas que eram mais rigorosas. Acho que a Telesp teria duas alternativas: a primeira alternativa era ela própria desenvolver esse serviço, criando mecanismos que lhe permitissem prestar o tele-atendimento, ou ter um *call center*, que atendesse a uma demanda maior, com a qualidade maior que era exigida. Isso exigiria evidentemente investimentos, necessitaria recursos para capacitá-la a atender essa demanda maior com uma qualidade melhor. Como os recursos da companhia são únicos, se utilizados para desenvolver um *call center* próprio, seriam desviados de outros destinos que ela pudesse dar a tais recursos, como, por exemplo, destiná-los a implantar o crescimento das linhas telefônicas nas mãos dos usuários com a antecipação de metas, o que lhe permitiria prestar serviços adicionais. Ela optou e acho que optou de maneira consciente pela terceirização de todo o serviço de tele-atendimento, deixando que os recursos disponíveis em seu poder pudessem ser utilizados para financiar a capacidade de expansão daqueles serviços que representavam o negócio básico dela que era a prestação de serviço de telefonia fixa comutada.

Ela não podia, era outra questão que podia ser posta, ela não podia criar uma subsidiária ou ela própria explorar esse serviço, buscando outros clientes, porque isso violaria as regras da legislação de telecomunicações que impedem ou impediam que enquanto não atingidas as metas de universalização, as concessionárias de serviços públicos tivessem oportunidade de prestar outro serviço, elas só poderiam fazer isso quando as metas fossem cumpridas.

De outro lado, acho que também é um argumento importante, que ajudou a convencer-me com relação à posição que adoto, ela, porque não poderia prestar serviço para terceiros, não teria escala suficiente para tornar rentável o negócio de tele-atendimento. A Telesp teria o tele-atendimento para si própria, para dentro de casa e não conseguiria ter uma receita adicional que lhe permitisse inclusive capacitar esse tele-atendimento para atender o pico previsível de demanda que poderia surgir sem que nos momentos em que não houvesse pico, a ociosidade onerasse indevidamente a companhia. Então, não me parece que tenha ela aberto mão de fonte de receita, eu acho que o tele-atendimento dentro dela era um centro de custo mesmo, acho que ela não tinha como alterar essa situação, ela poderia ter desenvolvido um tele-atendimento próprio em detrimento de um crescimento maior naqueles outros serviços que gerariam uma receita adicional com a prestação de serviços de longa distância nacional e internacional, pela antecipação das metas; terceirizando a prestação do aludido serviço ela teria alguém com escala suficiente para que, nos momentos de ociosidade de um cliente, ter o serviço aproveitado para um outro sem que ela, Telesp, tivesse que correr esse risco. Não me parece que tenha havido transferência de serviços lucrativos, não me parece que tenha havido beneficiamento indevido de qualquer pessoa. A alternativa outra que ela teria seria terceirizar para um concorrente, o que sem dúvida poderia colocar em risco maior o interesse dela própria na medida em que esse concorrente, sendo também ele um prestador de serviço de telefonia fixa, poderia ter acesso à base de clientes da Telesp e tentar de algum modo se apropriar dessa base de clientes.

Por essas razões, me parece que andou certa a Diretora-Relatora quando absolveu os diretores de infração ao Artigo 245 da Lei que trata de comportamento do diretor e a sociedade controladora vedando a realização de operações que não sejam contratadas em condições estritamente comutativas ou com pagamento compensatório adequado. Penso que, se os diretores não foram acusados de descumprimento do Artigo 245, a contra-face disso é que houve um tratamento equitativo, houve um tratamento comutativo, houve um pagamento compensatório adequado e, portanto, não se pode acusar o acionista controlador de ter tido um comportamento abusivo, até mesmo porque não há nos autos, não há no processo e não foi levantada pela CVM, prova que demonstre que o acionista controlador tenha decidido determinar a não realização de assembleia, que seria o motivo que levou a Dr.ª Norma Parente a atender que haveria comportamento abusivo do acionista controlador.

Acho que as letras A e F do parágrafo 1.º, do Artigo 117, tratam daquilo e concordo plenamente com os diretores que divergiram da Dr.ª Norma, essas duas alíneas do parágrafo 1.º, do 117, tratam da contra-face do 245 e não de um eventual descumprimento por alguém da obrigação de convocar e realizar uma assembleia geral. Não fosse assim todo descumprimento da Lei poderia ser considerado como se fosse um abuso de poder de controle, o que não me parece que seja o caso. Não havendo prova de que o controlador determinou que não se convocasse a assembleia, eu não poderia condená-lo por abuso de poder de controle.

Com relação à questão de convocação de assembleia, também divirjo parcialmente da Dr.ª Norma, porque condeno os diretores na medida em que não tivemos prova eloquente de que as condições contratuais compactuadas pela Telesp e pela Atento eram uniformes com relação a outras cláusulas de outros contratos que a Atento tivesse pactuado com terceiros, mas também absolve os membros do Conselho de Administração, porque não me parece que eles tenham violado o dever de fiscalização, nem me parece que eles tenham violado o disposto no Artigo 142, Inciso IV, da Lei. Lembro que tal dispositivo prevê que compete ao conselho convocar assembleia quando julgar conveniente no caso do Artigo 132, que é a AGO. Lembro que, no caso sob exame, não se tratava de convocação de AGO; de outro lado, não era obrigação do conselho convocar a referida assembleia, até mesmo porque ele não poderia julgar se era conveniente ou não, porque ele não sabia que o contrato estaria sendo celebrado e que necessitaria haver a convocação da assembleia.

Finalmente, também aí acompanho a Diretora-Relatora absolvendo o Sr. Juan Villalonga Navarro.

Acompanho parcialmente com relação aos diretores e absolve com relação aos conselheiros.

Feito isso, o resultado do julgamento dos Srs. Manoel Ramón Garcia Garcia, Juan Vicente Revilla Vergara, Stael Prata Silva Filho e Ivan Campagnolli Jr, como Diretores da Telesp são condenados, por unanimidade, à multa de R\$ 75.000,00 cada um por infração ao disposto no artigo 9º, do Estatuto Social da Telesp

Os Srs. Miguel Antônio Igrejas Horta e Costa, Antônio Joaquim Simões Gomes de Azevedo, Carlos Jorge Lemos Antunes, Eduardo Lopes Aranguren, Felix Pablo Ivorra Cano, Fernando Fournón Gonzáles Barcia, Fernando Xavier Ferreira, Javier Nadal Arino, Juan Carlos Bruguera, Juan Perea Saenz de Buruga, Manuel Ramón Garcia Garcia, Moshe Boruch Sendacz, Segundo Garcia Quevedo e Victor Fuentes por maioria são absolvidos da acusação de infração aos Incisos III e IV, do Artigo 142, da Lei nº 6.404/76, votando a Diretora-Relatora pela aplicação de pena de multa de 150 mil reais a cada um deles.

A Telefônica S.A. é absolvida, por maioria, da acusação de infração às alíneas "a" e "f" do parágrafo 1.º, do Artigo 117, da Lei nº 6.404, votando a Diretora-Relatora pela aplicação de uma multa de valor correspondente a 5% do valor do contrato celebrado entre a Telesp e a Tonto.

Por unanimidade, o Sr. Juan Villalonga Navarro é absolvido da acusação de infração ao Artigo 245, da Lei nº 6.404/76.

Esclareço que com relação às absolvições, a CVM recorrerá de ofício ao Conselho de Recurso do Sistema Financeiro Nacional e os apenas têm o direito de recorrer também voluntariamente ao Conselho de Recursos com relação às penas que lhes foram aplicadas.

Luiz Leonardo Cantidiano

Presidente