

SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

SANCIONADOR CVM Nº RJ2005-033

- Acusados: Jorge Alberto Pallastrelli
Keneth Robert Carter
Norivaldo Corrêa Filho
Permali do Brasil Indústria e Comércio Ltda.
William F. MacLean
Steven C. Martens
- Ementa: Infração ao art. 3º da Instrução CVM nº 165/91, que dispõe sobre inclusão de informação obrigatória (percentual mínimo de participação no capital votante necessário à requisição da adoção do voto múltiplo) no edital de convocação de assembléia geral. Pena de advertência.
- Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e nos termos do art. 11 da Lei nº 6.385/76 decidiu:
1. por unanimidade, aplicar ao acusado Norivaldo Corrêa Filho, presidente do Conselho de Administração da Plaspar Participações Industriais S.A., a pena de advertência, por infração ao art. 3º da Instrução CVM nº 165/91; e
 2. absolver, por maioria de votos, a Permali do Brasil Indústria e Comércio Ltda., vencida a diretora Norma Parente, que votou pela aplicação de pena de advertência e, por unanimidade, absolver os demais acusados de todas as imputações formuladas,

O acusado punido terá um prazo de 30 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 CMN nº 454/77, prazo esse, ao qual, de acordo com a orientação fixada pelo C.R.S.F.N, 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 no tocante às absolvições proferidas.

Proferiu defesa oral a doutora Daniella Maria Neves Reali Fragoso, representante legal dos acusados Jorge Alberto Pallastrelli, Norivaldo Corrêa Filho, William F. Maclean e Permali do Brasil Indústria e Comércio Ltda.

Presente à sessão de julgamento o procurador-federal Arnaldo de Almeida Amorim, representante, na CVM, da Procuradoria Federal Especializada.

Participaram do julgamento os diretores Sergio Weguelin, Wladimir Castelo Branco Castro, Norma Jonssen Parente e o presidente da CVM, Marcelo Fernandez Trindade, relator e presidente da sessão.

Ausente o diretor Pedro Oliva Marcilio de Sousa.

Rio de Janeiro, 05 de outubro de 2005.

Marcelo Fernandez Trindade

Relator e Presidente da Sessão de Julgamento

RELATÓRIO

1. Trata-se de Termo de Acusação formulado pela Superintendência de Relações com Empresas – SEP em face de Permali do Brasil Indústria e Comércio Ltda. ("Permali"), acionista controladora de Plaspar Participações

Industriais S.A. ("Plascar" ou "Companhia"), e em face de Jorge Alberto Pallastrelli, Norivaldo Corrêa Filho, Keneth Robert Carter, William F. MacLean, Steven C. Martens, todos membros do Conselho de Administração da Plascar, visando a responsabilizar: (i) a Permali, pela não observância do direito de voto que teria sido adquirido pelas titulares de ações preferenciais de emissão da Companhia, desatendendo, dessa forma, entendimento manifestado pela CVM em processo prévio; e (ii) os membros do Conselho de Administração, pela omissão, em edital de convocação de assembléia geral, do percentual mínimo de ações necessário para o requerimento de adoção de voto múltiplo.

Primeira Imputação: Abuso de poder de controle

2. Com efeito, o Colegiado, analisando pedido de reconhecimento de direito de voto na assembléia a ser realizada em 29.04.2002, formulado por acionistas preferencialistas da Plascar, incidentalmente, nos autos do Inquérito Administrativo 39/00, decidiu, em 26.04.02, "em exame preliminar, acatar o pedido dos acionistas preferencialistas, entendendo que esses devem votar na mencionada AGO podendo a assembléia ser suspensa, caso a Plascar opte por recorrer" (fls. 26). A suspensão de fato terminou por ocorrer (fls. 28), e a Plascar recorreu daquele entendimento preliminar do Colegiado.
3. Em 21.10.02, o Colegiado negou provimento àquele recurso (fls. 105 a 117). O voto da Diretora Relatora, acompanhado pelos demais, determinou a retirada das fls. 133 dos autos, rejeitou as preliminares argüidas pela Companhia e, no mérito, entendeu cabível a concessão do direito de voto, pelas seguintes razões:
 - i. Todas as ações preferenciais, independentemente dos dividendos que lhes são conferidos, trocam seus direitos políticos por uma compensação financeira, e, portanto, devem voltar a exercê-los caso tal compensação reste inadimplida;
 - ii. No caso específico, a Companhia, em ato explícito de autonomia da vontade, assegurou em seu estatuto social o direito de voto às preferenciais, de forma genérica, ou seja, não restrita a determinada classe específica de ações preferenciais;
 - iii. Não ficou comprovada uma alegada alteração no estatuto social de Plascar, destacando-se que as informações anuais encaminhadas à CVM continham cópias do estatuto social (assinadas pelo Diretor de Relações com o Mercado) de que consta disposição expressa quanto à aquisição do direito de voto, sendo que tampouco a ata da AGOE revelou a eliminação de tal dispositivo; e
 - iv. Se se veda a distribuição de reserva de avaliação, enquanto não realizada, para aumento de capital ou amortização de prejuízo (conforme Deliberação CVM nº 183/95), com mais razão proíbe-se sua distribuição como dividendos, que importaria em fraude ao capital social.
4. Na ocasião, o Presidente Luiz Leonardo Cantidiano apresentou declaração de voto frisando que, no seu entendimento, apenas as ações preferenciais com dividendos fixos ou mínimos adquiririam direito de voto caso não recebam dividendos, mas que, no caso concreto, "o Estatuto da companhia recorrente outorgara às ações preferenciais o direito de voto se as mesmas não recebessem, ao final de 3 (três) anos, o dividendo superior a 10% (dez por cento) ao dividendo pago às ações ordinárias", motivo pelo qual "o direito de voto está assegurado" (fls. 117).
5. A Companhia apresentou novo recurso em 06.11.02 (fls. 119 a 135) insistindo nos argumentos anteriores e acrescentando outros, tendo tal recurso sido desprovido pelo Colegiado em 12.11.02 (fls. 136 a 139), com base nos seguintes fundamentos constantes do voto da Diretora Relatora:
 - i. O encaminhamento da petição dos Requerentes à Diretora Relatora deu-se por força de lhe ter sido distribuído o IA nº 39/00, processo que também cuida do abuso de poder de controle da Plascar, razão pela qual inexistiria violação ao princípio da impessoalidade;
 - ii. As decisões do poder judiciário limitaram-se à apreciação dos requisitos para concessão ou não de liminar em sede cautelar e de antecipação de tutela, não havendo nenhuma decisão final sobre a questão de mérito que,

mesmo que houvesse, não impediria a CVM de se manifestar, tendo em vista a independência das instâncias administrativa e judicial (cf. art. 1525 do Código Civil, art. 66 do Código Penal e Súmula 18 do Supremo Tribunal Federal);

- iii. O Colegiado não está adstrito ao objeto do recurso, "o pleito acerca da distribuição da reserva de reavaliação fazia parte do pedido inicial e não tinha sido apreciada em sede liminar", sendo ainda "apenas de cunho didático" a manifestação da CVM sobre tal questão;
 - iv. A CVM não excedeu sua competência legal, mas só emitiu sua opinião sobre a questão e, "Em sendo de natureza meramente consultiva, lastreada no artigo 13 da Lei 6.385/76 e, inclusive, no artigo 124, parágrafo 5º, inciso II da Lei 6.404/76, a decisão não produz efeitos imediatos na esfera jurídica da recorrente. É cediço em doutrina e jurisprudência que os atos administrativos opinativos não são passíveis de impugnação, seja judicial ou administrativamente. Desta forma, a companhia apenas ficou sabendo o que a CVM entende sobre a questão, cabendo ao seu prudente juízo decidir os seus rumos".
6. Em 19.11.02 a Companhia publicou novo edital para a AGO de suspensão desde 29.04.02, convocando-a para ser realizada em 04.12.02 (fls. 141). A ata da referida AGO (fls. 142 a 145) — que contou com a presença de 99,99% do capital ordinário — informa terem sido aprovadas por maioria dos votos dos presentes as matérias constantes da ordem do dia, dentre as quais se incluía "deliberar não conceder direito de voto às ações preferenciais, tendo sido apresentados voto e protesto escritos, que foram numerados e arquivados na sede da Companhia".
7. Os protestos apresentados a esse respeito pelos acionistas preferencialistas presentes invocavam em seu favor as já citadas decisões da CVM (fls. 152), ao que se opunha a manifestação de voto apresentada na ocasião pela controladora Permali, que afirmava votar "em respeito à decisão judicial proferida em 2 de dezembro de 2002, nos autos da Ação Ordinária nº 1647/01, em trâmite perante a 6ª Vara da Comarca de Jundiaí", ressaltando, ainda, "que o hipotético direito de voto das ações preferenciais já foi analisado inúmeras vezes pelo Poder Judiciário, tanto pelo MM. Juízo da 6ª Vara da Comarca de Jundiaí, como pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e, finalmente, pelo Superior Tribunal de Justiça" (fls. 155).
8. Os eventos ocorridos na mencionada AGO foram informados à CVM em 12.12.02 (fls. 168 e 169). Em 19.11.03, a Procuradoria Federal Especializada – PFE da CVM manifestou-se "acerca da conveniência de se complementar a manifestação realizada ao Juízo da 6ª Vara de Jundiaí, no sentido de que os preferencialistas da Plaspar têm direito de voto assegurado nos termos de seu estatuto social, até que sejam distribuídos os dividendos", bem como sobre a necessidade de "aguardo, ou não, de decisão judicial para o prosseguimento da apuração de eventual ilícito administrativo" (MEMO/PFE-CVM/GJU-3 Nº 674/2003, fls. 170 a 173), e isto porque:
- i. O posicionamento da CVM já estaria expresso nos autos do processo judicial, inclusive com a juntada aos autos das decisões do Colegiado, mas nada impediria que esse entendimento fosse ratificado;
 - ii. "A CVM, portanto, deixou claro que, no caso em litígio, o estatuto da Plaspar não se restringiu ao texto legal, garantindo a todos os preferencialistas o direito de voto após três exercícios consecutivos sem distribuição de dividendos. O art. 111, §1º, da Lei 6.404/76 apenas apresentou um mínimo de garantias, deixando para as sociedades a atribuição de estatuírem os demais direitos que entendessem suficientes para o desenvolvimento de sua empresa. Além disso, a Plaspar apenas emitiu uma classe de preferencial, não sendo lógico aplicar um limitador do voto, que necessariamente supõe diversidade de classes.";
 - iii. "Sabe-se que a responsabilidade se origina de uma conduta ilícita e se caracteriza pela natureza do campo jurídico em que se consuma. Assim, a responsabilidade pode ser penal, administrativa ou civil, sendo cada uma, em princípio, independente da outra. Ocorre que, em algumas ocasiões, o

fato que gera certo tipo de responsabilidade é simultaneamente gerador de outro tipo. Desta forma é possível que a mesma situação fática dê origem, concomitantemente, às responsabilidades civil, administrativa e penal, havendo, portanto, acumulação de sanções, uma vez que para cada tipo de responsabilidade é atribuída uma espécie diferente de sanção";

iv. "se, ao revés, houvesse vinculação entre as esferas judicial e administrativa, seria praticamente inviável a manifestação desta Autarquia na figura de Amicus Curiae, uma vez que o posicionamento da Administração acerca de determinada matéria seria exteriorizada antes mesmo do pronunciamento judicial sobre o assunto." "Conclui-se, pois, que as instâncias administrativa e judicial são independentes entre si, sendo certo que a realização do procedimento administrativo não se sujeita ao pressuposto de haver prévia definição sobre o fato firmada na esfera judicial".

9. A Companhia realizou nova AGOE em 30.04.03 (fls. 177 a 180), onde foram aprovadas pela unanimidade dos acionistas presentes (representando 99,99% do capital social ordinário), respeitadas as abstenções legais, as matérias constantes da ordem do dia, entre as quais se incluía "deliberar não conceder direito de voto às ações preferenciais, inclusive tendo em vista a sentença proferida pela Dra. Ediliz Claro de Vicente Reginato, da 6ª Vara Cível da Comarca de Jundiá, nos autos da ação ordinária nº 1.647/01, publicada nesta data, que determinou que as ações preferenciais da Companhia não fazem jus a dividendos fixos ou mínimos, portanto não adquirindo direito de voto".
10. Novamente, foram apresentados protestos a esse respeito pelos preferencialistas presentes, invocando as decisões da CVM a seu favor (fls. 182). As mesmas ocorrências repetiram-se em 30.04.04, quando se realizou a AGO da Companhia (fls. 191 a 193, ata da AGO e fls. 196, protesto apresentado).
11. Em razão desses fatos é que o Termo de Acusação imputa à Permalí, controladora da Plascar, a prática de exercício abusivo de poder de controle (art. 117 da Lei 6.404/76), "por ter votado, nas Assembléias Gerais da Plascar realizadas em 04.12.02, de 30.04.03 e 30.04.04 favoravelmente ao não reconhecimento da aquisição do direito de voto pelas ações preferenciais, conforme previsto no parágrafo único do art. 8º do Estatuto Social da Companhia" (fls. 247).

Segunda imputação: omissão em edital de convocação

12. Quanto à segunda imputação, de omissão, em edital de convocação de assembléia geral, do percentual mínimo de ações necessário para o requerimento de adoção de voto múltiplo, teve origem em reclamação apresentada em 26.11.02, que denunciava suposta irregularidade na convocação da AGO de Plascar a ser realizada em 04.12.02, uma vez que, "em direta afronta ao art. 3º, da Instrução nº 165, de dezembro de 1991, não foi indicado, no edital de convocação, o percentual mínimo de participação, no capital votante, necessário à requisição da adoção do sistema de voto múltiplo para eleição do conselho de administração" (fls. 213).
13. Tendo sido determinada pela SEP (OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 325/02, fls. 214, de 28.11.02) a manifestação da Companhia, esta afirmou que se tratava da convocação para assembléia que se encontrava suspensa desde 29.04.02, sendo que, não tendo sido indicadas irregularidades na primeira convocação, não haveria como se falar em irregularidades em edital de convocação para sua continuação. Além disso, não caberia falar em percentual mínimo de capital votante para adoção de voto múltiplo, dado que "as ações preferenciais dos ora Reclamantes não são parte integrante do capital votante" (fls. 215 e 216).
14. A SEP manifestou seu entendimento sobre a reclamação (MEMO/CVM/SEP/GEA-3/038/03, de 25.02.03, fls. 217 a 219) confirmando que o edital de convocação da AGO que seria realizada em 29.04.02, publicado originalmente em 12.04.02, informava o percentual mínimo para adoção do voto múltiplo, mas, no entanto, "considerando que (i) os acionistas da Companhia em 19.11.02 não eram necessariamente os mesmos de 12.04.02; (ii) uma eventual alteração do capital social da Companhia entre essas duas datas poderia resultar em uma alteração do percentual necessário à requisição da adoção do processo de voto múltiplo; e (iii) principalmente, que essa informação deve constar do Edital de Convocação não prevendo exceções, entendemos que ficou caracterizada a infração ao referido dispositivo".
15. Esse posicionamento da SEP foi endossado pela PFE (MEMO/CVM/GJU-2/Nº 70/2003, de 12.03.03, fls. 220 e 221), para quem, ainda que não tivesse havido modificação na estrutura do capital da Companhia entre a AGO suspensa e sua nova convocação, "o fato de ter sido determinada pela CVM a concessão do direito de voto aos acionistas preferencialistas não pagos em seus dividendos, ainda que não os transforme em ordinaristas,

por si só já implica modificação de fato no quorum, a exigir novas informações para a adoção do voto múltiplo", sendo que a negativa da Companhia denotaria "sua postura recalcitrante em relação à CVM da CVM, não deixando dúvidas acerca da violação do dispositivo em questão". O despacho do Senhor Procurador Chefe, Henrique de Rezende Vergara, àquele MEMO ressaltou "que ausência da indicação de quorum para requerimento do voto múltiplo, na nova assembleia, não pode ser associada à postura da companhia no sentido de continuar negando aos titulares de ações preferenciais o referido direito", dado que a violação ao art. 3º da Instrução nº 165, "tem por base o descumprimento de obrigação de cunho informacional" (fls. 223).

16. Em razão desses eventos, a SEP imputou, no Termo de Acusação, a Norivaldo Corrêa Filho, Presidente do Conselho de Administração, Kenneth Robert Carter, Vice-Presidente do Conselho de Administração, Jorge Alberto Pallastrelli, Steven C. Martens e William F MacLean, integrantes do Conselho de Administração, "em virtude da não inclusão, no edital de convocação da AGO da Plascar realizada em 04.12.02, do percentual mínimo de participação no capital votante necessário à requisição da adoção do sistema de voto múltiplo para eleição do conselho de administração" violação do "art. 3º da Instrução CVM nº 165/91, infração essa considerada como grave, para o fim do disposto no §3º do art. 11 da Lei 6.385/76, nos termos do art. 4º da citada Instrução" (fls. 247 e 248).

Defesas

17. Permalí, Norivaldo Correa Filho e Jorge Alberto Pallastrelli apresentaram defesa conjunta (fls. 290 a 314) alegando que:
- i. Não se pode afirmar praticado em abuso de poder de controle o ato de negar direito de voto a ações preferenciais que não fazem jus a dividendos fixos ou mínimos, o que seria legítimo, como já decidiu a CVM em outros casos e o Poder Judiciário, apreciando o caso concreto, não havendo, pois como, se sancionar prejuízo decorrente de ato legal, decorrente do cumprimento de sentença judicial;
 - ii. Houve diversas decisões judiciais proferidas no decorrer dos contenciosos judiciais envolvendo as partes as quais, sucessivamente, negaram direito de voto aos preferencialistas, culminando com a sentença de mérito proferida em primeira instância;
 - iii. A própria CVM já reconheceu, em outros casos, a legalidade do ato praticado pela Companhia, estabelecendo que apenas as ações preferenciais com dividendos fixos e mínimos podem adquirir direito de voto no caso de não pagamento de dividendos, que é também a opinião da doutrina societária atual;
 - iv. Tendo em vista que sobreveio decisão judicial de mérito para o caso, favorável aos indiciados, não caberia aplicação de penalidade a quem recebeu a prestação do poder judiciário, considerando-se, ainda, a natureza meramente consultiva da manifestação de entendimento emitida pela CVM;
 - v. O estatuto social da Plascar foi alterado pela AGOE realizada em 30.04.91, que suprimiu o parágrafo único do art. 8º, que estabelecia direito de voto às ações preferenciais, pois "ao mencionar que dava nova redação ao art. 8º (e não ao caput do art. 8º) e ao transcrevê-lo sem mencionar qualquer parágrafo e sem tampouco ressaltar a manutenção do seu parágrafo único (houve apenas referência genérica aos demais artigos e parágrafos), é evidente que a Assembleia Geral suprimiu, expressamente, o controverso parágrafo único que motivou a decisão da CVM";
 - vi. Tal fato estaria demonstrado pelas atas de assembleias ordinárias e extraordinárias juntadas aos autos, registradas na Jucesp, que estabeleceriam a seguinte redação: (a) "Art. 8º. Cada ação ordinária terá direito a 1 (um) voto nas deliberações da Assembleia Geral. As ações preferenciais não terão direito a voto e terão os privilégios constantes do artigo 10" (AGOE de 23.03.89 e 30.04.91); e (b) "Art. 10. As ações preferenciais escriturais são de participação integral e terão as seguintes características e ou vantagens: I – direito a dividendos no mínimo dez por

cento maiores do que os atribuídos às ações ordinárias; II – percepção de dividendo obrigatório de 25% a que se refere a alínea !b! do art. 32 deste Estatuto; III – participação nos dividendos superiores ao mínimo de 25%, em igualdade de condições com as ações ordinárias; IV – prioridade no reembolso do capital no caso de liquidação da Companhia" (AGE de 30.04.91 e 30.04.98).

- vii. "se não foi anotada especificamente a 'eliminação' do parágrafo único do ar. 8º", não quer isto dizer que o mesmo tenha sido mantido. Tal anotação pode não ter sido feita porque era evidente a eliminação do referido parágrafo – lembre-se, quando a intenção foi manter o parágrafo, foi dito expressamente que alterava-se apenas o caput estava sendo alterado e que o parágrafo daquele artigo era mantido – ou mesmo por um lapso na elaboração da ata" (grifos no original)
- viii. "A revogação foi devidamente deliberada, e as atas arquivadas na Junta Comercial, como determina a Lei, já estando varias vezes superado o prazo prescricional para a impugnação da mesma ata. A revogação está referida também no estatuto social constante do IAN, no qual foi informada a sua alteração parcial por diversas AGEs, inclusive pela de 30 de abril de 1991, que efetivamente revogou o parágrafo único do art. 8º. Logo, o estatuto social constante do IAN efetivamente informava a revogação do parágrafo único".
- ix. "O estatuto social só é alterado pelas deliberações sociais da assembléia geral, devidamente registradas na JUCESP e publicadas. Dessa forma, ainda que o estatuto social enviado com as Informações Anuais (IAN) da Plascar não apresentasse consolidação perfeita, transcrevendo ainda o parágrafo único revogado, não há dúvida que o mesmo só poderia ser alterado pela assembléia geral, prevalecendo para todos os fins os atos registrados na JUCESP, como já decidiu a jurisprudência";
- x. Mesmo que assim não fosse, as disposições estatutárias em questão devem ser interpretadas de acordo com a Lei 6.404/76, que é clara ao apenas estabelecer direito a voto para as ações preferenciais que tenham direito a dividendos fixos ou mínimos. Ações que não tenham tal direito, como as de Plascar, não adquirem direito de voto porque "(a) não receberam promessa estatutária de pagamento de valor determinado a título de dividendos, independente do montante de lucro apurado; (b) não fazem jus a dividendos quando não há lucro; (c) só recebem dividendos quando também o recebem as ações ordinárias; e (d) não contam com as garantias especiais previstas na LSA (arts. 202 e 203)";
- xi. Embora possa ter expressado sua opinião acerca da matéria, e que, como sustenta, não esteja vinculada a nenhuma decisão judicial, a CVM não poderia punir uma conduta considerada legítima pelo poder judiciário, em decisão de mérito proferida depois das manifestações da CVM, pois tal punição seria uma indesejável contradição em relação às decisões judiciais e afrontaria o princípio da segurança jurídica, que reconhece aos particulares o direito de seguir as orientações proferidas pelos magistrados em seu interesse;
- xii. Se houvesse evidente ilicitude na conduta da Permalí, o Termo de Acusação não teria sido apresentado em 2005, mas no mínimo no final de 2002, após a realização da AGO de 04.12.02, dado que, desde então já estariam presentes as supostas autoria e materialidade, permitindo-se invocar a figura da supressio. Ainda que ilícita a conduta dos indiciados, não poderia haver punição, em razão da boa-fé com que agiram, crendo legítima sua conduta e incidindo, ainda, o erro de proibição, que impediria a punição, nos termos do art. 21 do Código Penal;

- xiii. Quanto à ausência de indicação dos percentuais para adoção de voto múltiplo, teria havido um erro da acusação, pois a convocação em questão foi feita para continuação da AGO iniciada em 29.04.05, que se encontrava suspensa, sendo certo que tal percentual constava da convocação original, o que dispensava sua repetição, uma vez que se tratava do prosseguimento da mesma assembléia;
- xiv. Não haveria destinatário útil para essa informação, pois nenhum acionista, além do controlador, detentor de 99,99% das ações ordinárias, poderia requerer a adoção do voto múltiplo, sendo de apenas 1 (uma) ação ordinária a diferença de propriedade desse tipo de ações entre o início da AGO de 29.04.02 e seu encerramento, em 04.12.02. Dessa forma, "punir os administradores por não terem divulgado essa informação equivaleria, data vênia, a não divulgação de edital de convocação de assembléia geral de uma subsidiária integral".

- 18. A defesa do senhor William F. Maclean, apresentada em 06.07.05 (fls. 383 a 391) alegou, preliminarmente, ter renunciado ao cargo de conselheiro de administração de Plascar em 20 de dezembro de 2001 (fls. 402), tanto que a AGO concluída em 04.12.02 elegeu os senhores Norivaldo Correa Filho e Keneth Robert Carter para substituí-lo, e, dessa forma, não pertencendo mais aos quadros administrativos da Companhia à época do suposto ilícito, não pode vir a ser responsabilizado. No mérito, sua defesa é idêntica à apresentada conjuntamente pelos Senhores Norivaldo Correa Filho e Jorge Alberto Pallastrelli.
- 19. Os Senhores Keneth Robert Carter e Steven C. Martens, intimados, respectivamente, pelo correio com aviso de recebimento, e por edital, não apresentaram defesa.

É o relatório.

VOTO

- 1. Como visto do Relatório, trata-se de Termo de Acusação formulado pela Superintendência de Relações com Empresas - SEP em face de Permali do Brasil Indústria e Comércio Ltda. ("Permali"), acionista controladora de Plascar Participações Industriais S.A. ("Plascar" ou "Companhia"), e em face dos membros do Conselho de Administração da Plascar.
- 2. Passo a examinar, em primeiro lugar, a imputação feita à controladora Permali, de suposta não observância do direito de voto que teria sido adquirido pelos titulares de ações preferenciais de emissão da Companhia, ao votar, em sucessivas assembléias da Plascar, pelo não reconhecimento de tal direito de voto.

Primeira Imputação: Decisões Judiciais e Ilícitude de Condutas

- 3. A CVM manifestou-se reiteradamente, por meio de sua área técnica (em ofícios à companhia), da Procuradoria Federal Especializada (em manifestações como amicus curiae), e ainda do Colegiado (ao analisar recursos da Plascar), quanto a terem os acionistas preferencialistas da Plascar adquirido direito de voto.
- 4. Mas o fato é que, apesar de uma primeira decisão judicial adversa — proferida em ação cautelar, liminarmente, pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Jundiáí, em 25.05.01 (fls. 316) — a Plascar obteve em juízo, logo em seguida, sua cassação, de início através da concessão de efeito suspensivo em agravo de instrumento, conforme decisão monocrática de 06.06.01 do Exmo. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP, Dr. Carlos Roberto Gonçalves (fls. 318 e 319) e, posteriormente, por acórdão unânime de 23.04.02 da 3ª Câmara de Direito Privado daquele Tribunal (fls. 321 a 325).
- 5. É de se notar também que, mesmo após o efeito suspensivo obtido no agravo de instrumento, e antes da decisão de mérito, a Plascar conseguiu manter, sucessivamente, no curso de outros processos e instâncias judiciais, as decisões que lhe eram favoráveis. Assim, em 28.06.01, o Juízo da 6ª Vara Cível de Jundiáí, indeferiu pedido liminar, dessa vez requerido em antecipação de tutela de ação ordinária (fls. 327); indeferimento esse confirmado pelo TJSP, em duas oportunidades — em julgamento monocrático de 27.07.01, que denegou efeito suspensivo pleiteado em agravo de instrumento (fls. 329) e, posteriormente em acórdão de 08.10.01 proferido pela 8ª Câmara de Direito Privado, novamente por unanimidade (fls. 331 a 335) — e, finalmente, pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, em decisão de 22.10.02, que apreciou agravo de decisão

denegatória de seguimento de recurso especial (fls. 337 a 338).

6. A questão foi de novo reexaminada em primeira instância nos autos de ação ordinária, a pedido dos acionistas que apresentaram reclamações à CVM, os quais, tendo desistido da ação cautelar intentada, reiteraram, em ação ordinária de anulação de deliberação assemblear, em duas oportunidades, seu pleito de tutela antecipada, sendo que, em ambas as oportunidades, as decisões lhes foram desfavoráveis (conforme decisões de 24.04.01, fls. 340 a 341, e de 02.12.02, fls. 343). Adicionalmente, sobreveio, em 25.04.03, decisão de mérito da ação ordinária, de primeira instância (fls. 345 a 357), favorável ao não reconhecimento do direito de voto, da qual pende recurso de apelação ainda não julgado.
7. Existem, assim, duas manifestações, de natureza e extensão bem diversas, sobre a questão jurídica que envolve a referida aquisição de direito de voto pelos titulares de ações preferenciais: de um lado esta autarquia manifestou seu entendimento, nos limites da extensão de seus poderes, quanto à existência de tal direito de voto; de outro lado o Poder Judiciário, em relação às partes nas demandas que envolvem a companhia, declarou a inexistência de tal direito.
8. A natureza de tais manifestações difere, basicamente, pelo fato de que as manifestações de entendimento da CVM não têm caráter vinculativo da conduta das partes, sejam tais manifestações das áreas técnicas, sejam como *amicus curiae*, sejam do Colegiado em processos consultivos, nos quais não se esteja concedendo ou denegando um registro, nem tampouco impondo uma penalidade. Caso o entendimento da CVM venha a ser inobservado, o que se poderá fazer — como se fez neste caso — será iniciar um processo administrativo sancionador.
9. Já as decisões do Poder Judiciário têm natureza vinculativa, embora em tese somente em relação às partes do processo — havendo efeitos que muitas vezes se produzem para além de tais sujeitos, como se dá com a decisão que anula deliberação assemblear, e obriga a realização de nova assembléia, em que não só as partes, mas todos os acionistas da companhia, serão chamados a votar.
10. No caso concreto, alega a SEP, secundada pela Procuradoria Federal Especializada, que sendo autônomas as instâncias judicial e administrativa, as decisões judiciais não implicariam em qualquer conseqüência para o curso da atividade administrativa sancionadora da CVM. Não é o que me parece, contudo.
11. Em primeiro lugar, a alegada independência das esferas judiciais cível e criminal, e da esfera administrativa, deve ser considerada *cum granis salis*. São inúmeros, por exemplo, os casos em que a decisão criminal interfere na decisão cível, para o bem e para o mal.
12. Veja-se, por exemplo, o art. 935 do Código Civil, que estabelece que a "responsabilidade civil é independente da criminal", mas determina que não se pode "questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal". Isto é, se a sentença penal declarar que o fato considerado ilícito não ocorreu, ou, tendo ocorrido, seu autor não foi o réu da ação cível, nem alguém por cujos atos tal réu responda civilmente, a ação cível não pode prosseguir.
13. Do mesmo modo, declara o art. 65 do Código de Processo Penal que "Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito".
14. Pela existência dessas repercussões potenciais entre os processos criminais e cíveis é que tanto o Código de Processo Civil (art. 265, IV, c), quanto o Código de Processo Penal (art. 64, parágrafo único) reconhecem a possibilidade de suspensão do processo civil, enquanto se aguarda a definição do processo penal.
15. A própria Lei das S.A. (Lei 6.404/76), em seu art. 288, ao tratar dos prazos prescricionais, é explícita quanto ao fato de que, quando a ação (cível) "se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva, ou da prescrição da ação penal."
16. A lei também não é totalmente omissa quanto à repercussão, no processo administrativo, do processo penal, e vice-versa. Basta ver que o § 2º do art. 1º da Lei 9.873/99, que trata da prescrição da pretensão punitiva pela Administração Pública, estabelece que, "quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal".
17. Também a Lei Complementar 105, em seu art. 9º, determina ao Banco Central e à CVM que informem ao Ministério Público quando, no exercício de suas atribuições, verificarem a ocorrência de indícios da prática de crime definido em lei como de ação pública — independentemente do dever de comunicação de quaisquer

outras irregularidades, ou indícios de sua prática, aos demais órgãos públicos competentes.

18. No caso deste processo administrativo, entretanto, a conduta imputada aos indiciados não constituiria ilícito penal (por não haver tipo que a preveja), mas apenas ilícito civil e administrativo. E a instância civil decidiu, em ação anulatória de deliberação assemblear, que a controladora da Plascar agiu no exercício regular de um direito, isto é, que os acionistas titulares de ações preferenciais daquela companhia não adquiriram direito de voto.
19. A pergunta que deve ser respondida, portanto, é a seguinte: estando autorizada judicialmente a não reconhecer o direito de voto dos titulares de ações preferenciais, pode a controladora da Plascar ter cometido um ilícito administrativo ao exercer essa faculdade judicialmente reconhecida?
20. A resposta, a meu sentir, é negativa, mesmo que a CVM já tenha manifestado seu entendimento no sentido contrário ao que tem sido acolhido, até agora, pela decisão judicial. O controlador da Plascar age com autorização judicial, ao votar no sentido de recusar o voto dos acionistas titulares de ações preferenciais, e parece-me que seria indevido que a CVM pretendesse, ainda assim, considerar tal voto abusivo.
21. Como visto, a sentença criminal que reconhece que o autor agiu "no exercício regular de um direito" faz coisa julgada no cível (art. 65 do Código Penal). Com mais razão a sentença judicial que reconhecer esse mesmo fato, deve ser acatada pelo ente administrativo.
22. Faça-se um paralelo com situação muito mais freqüente, qual seja, a de acionistas minoritários que, vencidos em pretensões manifestadas perante a CVM, vão a juízo e obtêm decisões judiciais em sentido contrário à das decisões da CVM. Nunca se pensou em instaurar inquérito administrativo por violação do art. 115 da Lei 6.404/76 contra tais acionistas, que exerceram seus direitos judicialmente, e os viram reconhecidos, ainda que contrariamente ao entendimento desta autarquia. Porque fazê-lo em relação aos acionistas controladores?
23. A Constituição Federal assegura a prevalência das decisões judiciais sobre as administrativas, proibindo que qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito individual seja afastada do conhecimento do Poder Judiciário (CF, art. 5º, inciso XXXV). A CVM manifestou-se como *amicus curiae* no processo judicial, e as manifestações de seu Colegiado foram juntadas aos autos. Apesar disto, o Poder Judiciário declarou a inexistência do direito de voto dos acionistas preferencialistas da Plascar.
24. Este fato, a meu juízo, afasta qualquer ilicitude da conduta do acionista controlador da Plascar, de votar em assembléia pela não concessão de voto aos acionistas preferencialistas, contrariamente ao entendimento da CVM, e portanto afasta qualquer imputação de abusividade de tal voto. A decisão liminar autorizava a conduta, a decisão de mérito confirmou tal autorização, e a CVM está submetida a tais decisões.
25. Um tal entendimento não nega, é bom que se diga, a independência das esferas de atuação da CVM e do Poder Judiciário. Será difícil, mas não impossível, que a CVM entenda ocorrida uma infração administrativa, quando improcedente a ação penal respectiva. Como exemplo, imagine-se a hipótese em que a autoria e a materialidade tenham sido reconhecidas pela decisão judicial, mas algum elemento do tipo penal não tenha sido preenchido; se o tipo administrativo o for, caberá a punição nesta seara.
26. Será muito mais freqüente, por outro lado, a hipótese em que a CVM entenda ter existido uma infração administrativa, mas o juiz cível entenda incabível anular uma deliberação assemblear (por força de prescrição, por exemplo), ou mesmo impor uma indenização (por inexistência de prejuízo).
27. O que, a meu juízo, não se pode admitir, é que a CVM considere ilícita a conduta que alguém adota com apoio em decisão judicial que lhe beneficia, e que trate da mesma questão jurídica controvertida. Em outras palavras: a CVM não pode desrespeitar decisões judiciais, considerando abusivo o exercício de um direito por elas reconhecido.
28. Também me parece indiferente que a decisão judicial venha a ser, a posteriori, revogada ou reformada (o que por ora não ocorreu quanto às atuais decisões que beneficiam a Plascar). Em tais hipóteses, apenas as condutas adotadas após a revogação ou reforma é que poderão ser objeto de sanção administrativa, pois somente estas condutas terão sido adotadas sem amparo em decisão judicial que as autorize ou torne lícitas.
29. Por isto é que a lei não contém norma similar à do art. 288 da Lei das S.A., postergando a prescrição administrativa enquanto não transitar em julgado a ação civil. A lei sabe que, tendo o ato sido praticado ao abrigo de decisão judicial autorizativa, não pode ser considerado ilícito — salvo, evidentemente, em hipóteses de colusão das partes ou corrupção do Juiz.

30. Parece-me importante também salientar, em complementação a esses fundamentos, o fato de que o Termo de Acusação foi formulado depois da decisão de mérito. Quer dizer, talvez se pudesse discutir uma eventual suspensão deste processo se ele tivesse sido iniciado antes da decisão de mérito. Mas ele já foi iniciado depois da decisão de primeira instância, o que, tendo em conta que a prescrição só iria se verificar em 2007, não me parece ter sido o mais adequado."

31. Por esses fundamentos, voto, em primeiro lugar, pela absolvição da indiciada Permalí, controladora da Plascar, das imputações que lhe foram formuladas.

Segunda Imputação: Assembléia suspensa e publicação de novo edital

32. A segunda questão controvertida nestes autos refere-se, como visto, ao fato de que, do edital de convocação para a assembléia de 04.12.02 (que retomaria os trabalhos da assembléia suspensa em 29.04.02), não constou o percentual mínimo para a solicitação de eleição pelo voto múltiplo.

33. De fato, o edital de convocação para a primeira assembléia, foi publicado em 12.04.02, dele constando o percentual para pedido de adoção de voto múltiplo (fls. 25), enquanto o edital da segunda convocação foi publicado em 19.11.02, dele não constando o percentual para voto múltiplo (fls 141).

34. Alegam os defendentes que o fato do edital originalmente publicado incluir a informação afastaria a existência de qualquer irregularidade.

35. Assim não me parece, contudo, pois os editais são independentes e as assembléias diversas (embora uma realizada em "continuação" de trabalhos suspensos em outra) — o que se comprova pelo fato de ter sido feita uma nova convocação, com repetição da íntegra da ordem do dia (fls. 141). Além disto, a possibilidade teórica de ter havido alteração do percentual necessário ao pedido de adoção de voto múltiplo durante o tempo que medeou as duas convocações impunha a observância da Instrução 165, ao menos pela referência ao fato de que não houvera tal alteração entre os dois momentos.

36. Sobre este ponto, cabe comentar as transcrições feitas pela defesa de passagens dos livros do Professor José Alexandre Tavares Guerreiro e Cunha Peixoto. Parece-me que ambas as citações referem-se à hipótese, prevista no §2º do art. 132 da Lei 6.404/76, de suspensão da assembléia quando há necessidade de esclarecimentos para que a deliberação possa ser tomada. Em tais casos, ambos os comentaristas afirmam que a assembléia continua sendo a mesma.

37. É diverso, no entanto, o caso destes autos. Aqui a suspensão dos trabalhos da assembléia não se deu para obtenção de esclarecimentos adicionais, e sim como forma de proteção, buscando-se evitar futuras imputações de atraso na realização da assembléia, que não teria se realizado dentro do prazo legal. Mas, na verdade, apesar de formalmente suspensa, a assembléia foi simplesmente adiada. Ela não se realizou. Caberia, portanto, proceder-se à sua reconvocação — como, aliás, feito neste caso — e de forma integral, exceto pela menção ao percentual para adoção do voto múltiplo. Dessa forma, as passagens doutrinárias mencionadas pela defesa não parecem se aplicar ao caso destes autos. Aqui houve duas assembléias: a primeira, que não se realizou por decisão dos acionistas votantes que a ela compareceram; e a segunda, convocada posteriormente.

38. Por fim, dir-se-á que a omissão do edital pode ser atribuída a um mero lapso, e que a CVM está sendo rigorosa demais ao pretender punição por tal lapso. Ocorre que a aparente irrelevância da infração cometida é, a meu juízo, enganosa, embora isto não afaste o dever deste Colegiado não só de discutir genericamente a pertinência da atuação da CVM quanto ao tema, como de debater em detalhe o cabimento ou a dosimetria da pena no caso concreto. É o que passo a fazer.

Natureza e Gravidade da regra do art. 3º da Instrução 165/91

39. A exigência do art. 3º da Instrução CVM nº 165/91, no sentido de que o "percentual mínimo de participação no capital votante necessário à requisição da adoção do voto múltiplo constará, obrigatoriamente, do edital de convocação", não passou, segundo me parece, a constituir uma das formalidades de convocação de assembléias gerais em que se proceda à eleição dos membros do conselho de administração de companhias abertas, pois tais formalidades são as previstas na Lei, e não há norma legal permitindo que a CVM amplie tal rol. Estivéssemos diante de uma falha nas formalidades de convocação, e então só a presença de todos os acionistas poderia supri-la (art. 124, § 4º, da Lei 6.404/76). Mas não estamos.

40. Na verdade, ao exercitar a faculdade de redução do percentual necessário ao requerimento de eleição dos conselheiros por voto múltiplo, que lhe foi conferida pelo art. 291 da Lei 6.404/76, a CVM determinou, adicionalmente,

que o percentual reduzido fosse informado no edital de convocação da assembléia.

41. Ao fazê-lo, a CVM impôs a divulgação de uma determinada informação pelas companhias abertas, na forma da específica autorização legislativa do art. 22, § 1º, da Lei 6.385/76¹ E com isto, a meu ver, tratou de dar plena eficácia à regra que reduziu o percentual para o pedido de adoção do voto múltiplo. É importante frisar tal ponto: não estamos tratando aqui de uma mera formalidade de convocação, hipótese em que, a meu ver, seria outra a maneira de apreciar este processo.

42. Com efeito, ao disporem de tal informação com antecedência, os acionistas podem preparar-se, e eventualmente reunir-se, para atingir o piso necessário à solicitação de voto múltiplo.

43. A norma da Instrução 165/91, ademais, contribui significativamente para a segurança jurídica e a previsibilidade tão caras aos mercados de capitais em todo o mundo, pois elimina (ou ao menos antecipa) qualquer discussão sobre o percentual aplicável ao pedido de adoção do voto múltiplo.

44. Parece-me, portanto, que andou bem o art. 4º da Instrução 165/91, ao considerar como grave, para o fim do disposto no §3º do art. 11 da Lei 6.385/76, o descumprimento do art. 3º da mesma Instrução.

45. Pela mesma razão, da relevância do tema, e da gravidade da infração — apesar de sua aparente singeleza —, é que me parece que andou bem a área técnica desta Autarquia que, tendo tomado conhecimento da omissão informacional, deu início ao processo sancionador.

46. Finalmente, quanto a este ponto, deve ser comentado o argumento da defesa, de que a única alteração havida quanto à titularidade das ações da Companhia entre as duas assembléias referiu-se a uma ação transferida à advogada dos indiciados. Parece-me, no entanto, que só sabiam disso o proprietário da ação vendida e a adquirente. Certamente, os acionistas minoritários não tinham tal informação.

47. A divulgação do percentual necessário à adoção do voto múltiplo também tem a finalidade de permitir que os acionistas tentem se organizar para comparecerem à assembléia. No momento da publicação do edital, não se sabe quem são os demais acionistas. É preciso procurá-los. Pode até ser pedida a lista de acionistas à companhia (art. 126 da Lei 6.404/76). Daí porque a norma do art. 3º da Instrução 165/91 só aparentemente é sem importância, mas, na verdade, trata-se de uma disposição muito relevante para o exercício do direito de voto e para organização das minorias acionárias.

A conduta específica e a dosimetria da pena

48. Mas é evidente que aqui, como em qualquer processo sancionador, o papel do Colegiado vai além do exame da pertinência da acusação e da ocorrência dos fatos. É preciso verificar a significância da infração no caso concreto, de modo a dosar adequadamente a pena, ou mesmo não aplicá-la, quando irrelevante in concreto a falta.

49. Neste ponto é que me parece oportuno examinar a outra alegação da defesa, no sentido de que não haveria destinatário possível para a informação omitida, porque já então vigoravam diversas decisões judiciais que afastavam o voto dos preferencialistas, e inexistia free float em ações ordinárias.

50. De fato, como visto, a primeira decisão judicial sobre o tema foi uma medida liminar em ação cautelar movida por certos acionistas titulares de ações preferenciais, concedida em 25.05.01 (fls. 316), e que reconheceu o direito de voto às ações preferenciais. Logo em seguida, no entanto, em 06.06.01 (fls. 318-319), tal decisão foi suspensa pelo TJSP, em liminar concedida em agravo de instrumento.

51. Quando da segunda convocação, em 19.11.02, já vigoravam todas as decisões judiciais favoráveis à Plascar, e o assunto já tinha sido apreciado inclusive pelo STJ (cuja decisão é de 22.10.02).

52. Esses fatos, aliados à inexistência de ações ordinárias em circulação, evidentemente retiram da omissão verificada no caso concreto grande parte de sua potencialidade de dano aos acionistas e ao mercado, o que deve ser considerado na dosimetria da pena.

53. Anote-se, contudo, que a existência da infração não é afetada por aqueles fatos, o que se comprova, inclusive, pelo fato de que a informação quanto ao percentual para o pedido de adoção do voto múltiplo constou do primeiro edital de convocação. Até então, não só não havia nenhuma decisão judicial sobre o voto dos preferencialistas, como era o mesmo (diga-se, irrelevante) o capital ordinário em circulação. Nem por isto a companhia autorizou-se a deixar de cumprir, então, a Instrução 165/91.

54. Por outro lado, embora o art. 4º da Instrução 165/91 considere grave a inobservância do art. 3º daquela Instrução,

convém lembrar que segundo a disciplina do § 3º do art. 11 da Lei 6.385/76, a qualificação da infração como grave por norma da CVM é requisito para a imposição das sanções mais severas (dos incisos III a VIII do citado art. 11), mas não obriga a imposição de tais sanções.

55. Ou seja: a lei condiciona à qualificação como grave de uma infração a possibilidade de imposição de penas mais graves, sem a necessidade de reincidência, como seria a regra, por força do § 2º do mesmo art. 11 da Lei 6.385/76. Mas a lei, sabiamente, preservou a possibilidade de a CVM, no exame do caso concreto, aplicar sanções mais brandas (advertência e multa) a condutas que, embora qualificadas em tese como graves, não o sejam no caso concreto.

56. Este parece ser, pelas razões antes expostas, exatamente o caso dos autos, em que a omissão, que pode ser imputada à mera negligência dos agentes, não era capaz de causar dano efetivo a quem quer que seja.

Aspectos subjetivos da segunda imputação

57. Por fim, cumpre analisar os aspectos relativos aos sujeitos a quem foi imputada responsabilidade pela omissão no edital de convocação da assembléia. Tal imputação foi feita, pelo Termo de Acusação, a todos os membros do Conselho de Administração da Plascar, porque a tal órgão colegiado, legal e estatutariamente, competia a convocação das assembléias de acionistas.

58. Parece-me, contudo, como tenho destacado em diversos votos, que a análise das condutas individuais dos agentes se impõe à CVM, para que a imputação possa alcançá-los. No caso concreto, a não ser que os termos do edital omissos houvessem sido aprovados na reunião do Conselho de Administração, a imputação deveria circunscrever-se, a meu ver, ao Presidente do Conselho de Administração, a quem compete dar representatividade ao órgão quanto à prática dos atos que a ele incumbem (como o de convocar a assembléia).

59. Ocorre que tal reunião do Conselho sequer aconteceu, como dá conta a correspondência de 23.12.2004, enviada pela Plascar em resposta ao Ofício/CVM/SEP/GEA-3/611-04, em que se informa que a convocação foi determinada sem nova reunião do Conselho de Administração, por se tratar de retomada dos trabalhos da assembléia ordinária suspensa em 29.04.2002.

60. Portanto, somente quanto ao Presidente do Conselho, que assinou o edital omissos (segundo consta da publicação de fls. 141), se tem prova da participação na omissão imputada.

Conclusões

61. Por todas as razões expostas, voto pela aplicação da pena de advertência ao Presidente do Conselho de Administração da Plascar Participações Industriais S.A., Norivaldo Corrêa Filho, pela infração ao art. 3º da Instrução CVM 165/91, quanto ao edital de convocação de assembléia publicado em 19.11.2002, e pela absolvição dos demais indiciados de todas as imputações feitas.

Rio de Janeiro, 5 de outubro de 2005.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente e Relator

1Embora o preâmbulo da Instrução 165/91 somente invoque, como fundamento legal, os arts. 8º, I, da Lei 6.385/76 (que confere poderes à CVM para regulamentar as matérias **expressamente** previstas em lei), e o art. 291 da Lei das S.A. (que permite a redução do percentual para o pedido de voto múltiplo), tal omissão não afasta, evidentemente, a possibilidade de que as normas da Instrução encontrem fundamento legal em outros dispositivos.

Voto proferido pela Diretora Norma Jonssen Parente, na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2005/033, realizada no dia 05 de outubro de 2005.

EMENTA: Inadimplemento de dividendos prioritários por quatro exercícios sociais consecutivos não gera o exercício do direito de voto expresso no art. 111, § 1º, da LSA a esta classe de acionistas preferenciais. Estatuto Social da sociedade que outorgue este direito a todas as classes de preferenciais se sobrepõe à norma legal. Sentenças Judiciais de primeira instância não afetam o julgamento da CVM devido ao princípio da separação de poderes.

1. Voto com o Presidente, salvo quanto à absolvição da Permalí do Brasil Indústria e Comércio Ltda. da imputação de prática de exercício abusivo do poder de controle.

DOS FATOS

2. A Plascar Participações Industriais S/A deixou de distribuir dividendos aos seus acionistas por quatro exercícios sociais consecutivos, fato gerador da reivindicação, em Assembléia Ordinária, pelos preferencialistas da aquisição do direito de voto consoante o art. 111, § 1º, da LSA e o art. 8º, parágrafo único, do Estatuto Social da companhia.

3. Durante as Assembléias, a Permali – controladora da Plascar - votou contrariamente à concessão do direito de voto, pois entendia que a classe de ações preferenciais daqueles acionistas não faziam jus a dividendos mínimos ou fixos, como requer o referido dispositivo da Lei das Sociedades Anônimas.

4. Ao se verem impedidos de usufruir do direito de voto, os proprietários das ações preferenciais da companhia impetraram reclamação nesta CVM e, concomitantemente, propuseram ação na esfera judicial com o mesmo pedido: reconhecimento da outorga do direito de voto, enquanto os dividendos atrasados não fossem pagos.

5. As decisões judiciais foram proferidas no sentido de negar provimento ao pleito dos detentores das ações preferenciais. Enumera-se a seguir referidas decisões:

- 25.05.2001: Deferimento de medida liminar concedendo direito de voto aos acionistas preferenciais pela Comarca de Jundiaí com base no art. 8º, parágrafo único, do Estatuto Social da empresa. Tal dispositivo confere aos preferencialistas a aquisição do direito de voto na hipótese de a companhia não pagar dividendos por três exercícios sociais consecutivos;

06.06.2001: Suspensão da medida liminar pelo Tribunal de Justiça de São Paulo porque os requisitos necessários à concessão de liminar, quais sejam, existência do periculum in mora e do fumus boni juris não foram satisfeitos;

- 28.06.2001: Indeferimento do pedido de antecipação de tutela pela 6ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí, uma vez que as alegações feitas na antecipação de tutela possuíam o mesmo teor do pedido feito na medida cautelar cassada;
- 27.07.2001: Indeferimento do pedido de efeito suspensivo da decisão que negou a antecipação de tutela;
- 08.10.2001: Improvimento ao Recurso interposto contra a decisão que indeferiu antecipação de tutela pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, já que medida liminar com o mesmo objeto foi cassada e havia ausência dos requisitos para que a tutela antecipada pudesse ser dada;
- 23.04.2002: Cassação da medida liminar através de Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo por não estarem configurados os elementos essenciais para sua concessão;
- 24.04.2002: Indeferimento de novo pedido de antecipação de tutela pela 6ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí pelos mesmos motivos já outrora apresentados;
- 22.10.2002: Negativa de provimento de Agravo de Instrumento concernente à decisão do dia 08.10.2001 pelo Superior Tribunal de Justiça;
- 02.12.2002: Indeferimento de pedido de antecipação de tutela pela 6ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí;
- 25.04.2003: Sentença da 6ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí com eficácia suspensa em razão de recurso do TJSP. Esta sentença negou o direito de voto aos acionistas preferenciais. Sustentou que o art. 111, § 1º, da LSA restringe-se às ações preferenciais que usufruem dividendos mínimos ou fixos e que não era o caso das ações da Plascar, segundo o disposto pelo art. 10 do Estatuto Social da Plascar combinado com o art. 17 da LSA. Todavia, a mesma não analisou o parágrafo único do Estatuto Social que concedia tal direito aos preferencialistas.

6. Em paralelo, no ano de 2002, foi instaurado processo administrativo sancionador nesta autarquia, para apurar a responsabilidade da Permali, controladora da Plascar, que assim se defendeu:

(i) a doutrina majoritária e a jurisprudência, inclusive esta CVM, interpretam o art. 111, § 1º, da LSA no sentido de delimitar a aquisição do direito de voto pelos preferencialistas àqueles que possuem o direito de receber dividendos mínimos ou fixos. Os preferencialistas litigantes são titulares de dividendos prioritários; logo não se enquadrariam na hipótese avençada pela norma;

(ii) o parágrafo único do art. 8º do Estatuto Social da Plascar foi revogado em Assembléia Geral Extraordinária realizada no dia 30.04.1991 e a ata desta AGE foi registrada na JUCESP. A revogação foi feita ao transcrever-se na ata o artigo com a nova redação, sem o parágrafo único. Ao não haver menção ao parágrafo único, subentende-se pela sua revogação. Ademais, pela análise das atas de assembléias anteriores - onde também foram feitas alterações no estatuto - percebe-se que, sempre que a intenção foi a de manter os parágrafos na redação dos artigos, esta vontade foi manifestada expressamente;

(iii) O estatuto deve ser lido de forma sistemática: o caput do art. 8º remete para o art. 10 a especificação da classe de ação preferencial, dispondo que estas ações terão direito a receber dividendos prioritários. É preciso que se faça uma interpretação secundum legem: ainda que se entendesse pela não revogação do referido parágrafo único, as preferenciais com direito a dividendo prioritário não se submetem ao art. 111, § 1º, LSA; o parágrafo único necessariamente referir-se-ia a classe de preferenciais com direito ao dividendo mínimo ou fixo. A interpretação para além do disposto pela lei societária é ilícita;

(iv) A Permali não praticou ato ilegal, posto que agiu de boa-fé respaldada em decisões judiciais, as quais negaram a existência do direito de voto aos preferencialistas. Na hipótese de ser considerado que a controladora praticou ato ilícito, não deve ser imputada pena, pois teria incorrido em erro de proibição;

(v) esta autarquia deveria se restringir a seguir o pronunciamento do Judiciário a respeito do assunto, em razão dos princípios da segurança

jurídica, da unidade de jurisdição e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

DA AQUISIÇÃO DO DIREITO DE VOTO PELAS AÇÕES PREFERENCIAIS

7. As ações são frações do capital social que atribuem aos seus titulares a condição de sócio, resultando para estes a posição de participante da sociedade imbuído de direitos e deveres.

8. Quanto aos direitos, a ação pode ser de duas espécies: ordinária ou preferencial. As ações ordinárias são aquelas que conferem aos seus titulares os direitos comuns de acionista, ao passo que as ações preferenciais se notabilizam por impor restrições aos direitos usuais dos acionistas em troca de alguma vantagem efetiva em relação às ordinárias.

9. As vantagens que podem ser dadas às preferenciais estão estipuladas no art. 17 da LSA¹. Apesar deste rol ser meramente exemplificativo, a companhia deve oferecer ao menos uma das preferências arroladas no art. 17, § 1º - quais sejam, dividendos mínimos prioritários correspondentes a 3% do valor patrimonial da ação conjugado com a exigência de distribuição de dividendos obrigatórios de no mínimo 25% do lucro líquido ajustado ou direito de receber dividendo preferencial de pelo menos 10% acima dos pagos às ordinárias ou direito à venda conjunta com os controladores (tag along), nos termos do art. 254-A, e dividendo ao menos igual ao das ordinárias - para que suas ações preferenciais sejam admitidas à negociação no mercado.

10. A concepção da ação preferencial está ligada à noção de que a cada restrição feita há uma vantagem correspondente. No instante em que essas vantagens são suprimidas, os fundamentos para a imposição de restrições aos preferencialistas perdem seu arcabouço jurídico. Em consequência, estas ações passam a vigorar como se ordinárias fossem até que os privilégios que lhes são inerentes voltem a vigor, justificando tais limitações.

11. Dentre as restrições a que podem estar sujeitas as ações preferenciais, a mais comum é a do impedimento ao exercício do direito de voto. O art. 111, § 1º, da LSA², estabelece que, no caso de não serem pagos os dividendos mínimos ou fixos, pelo prazo máximo de três exercícios consecutivos, as ações preferenciais sem voto adquirirão este direito até que os dividendos atrasados sejam pagos. Discute-se, em sede doutrinária e jurisprudencial, acerca da possibilidade de qualquer classe de ação preferencial adquirir o direito de voto nas condições estipuladas pelo art. 111, pois o artigo não faz alusão aos outros tipos de preferenciais que não possuem o direito a dividendos mínimos ou fixos. Seria possível fazer uma interpretação extensiva da norma, aplicando-a indistintamente a todas as classes de preferenciais ou a regra estaria cingida aos preferencialistas que fazem jus a dividendo mínimo ou fixo?

12. A doutrina se divide em duas correntes: uma defensora da interpretação extensiva da norma e outra que sustenta a limitação de tal prerrogativa aos acionistas que têm direito ao dividendo mínimo ou fixo. Em síntese, aquela defende a tese de que se o conceito de ação preferencial está alicerçado na atribuição de vantagens compensadoras de restrições, no momento em que estas vantagens são solapadas, as razões para se impor tais limitações deixam de existir. De outro lado, a outra corrente se atém ao texto da lei, interpretando-o de forma literal. Já que a própria lei confere este direito exclusivamente aos acionistas com direito a receber dividendos mínimos ou fixos, não caberia ao intérprete ir além.

13. Vê-se trecho de parecer de Alfredo Lamy Filho:

"A Lei de S.A – é bem repetir – constitui um sistema, e todos seus dispositivos só podem entender-se quando analisados em relação aos demais pertinentes à matéria. O que violenta a racionalidade é admitir-se que possa haver acionista "privilegiado" no gozo dos direitos essenciais dos acionistas entre os quais o de participar dos lucros, condenado a assistir impotente à má gestão e ao desperdício do investimento que fez, sem direito de votar nas assembléias gerais, enquanto outro acionista com preferência a um dividendo fixo mínimo faria jus ao exercício do voto.

(...)

A ressalva do § 1º do art. 17 ("ainda que fixos ou cumulativos") introduzida para defesa do conceito de capital social como garantia de credores deve ser entendida como implícita no § 1º do art. 111, vale dizer

"as ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a três exercícios sociais consecutivos deixar de pagar os dividendos "AINDA QUE" FIXOS OU MÍNIMOS a que fizeram jus" ... etc.

Essa inteligência do texto nos parece procedente tendo em vista, especialmente que a Lei 6.404/76, introduziu o dividendo mínimo obrigatório (art. 202) que favorece a todos os acionista, sejam ou não privilegiados com ou sem reembolso."

(...)

O acionista preferencial no reembolso não fica pois, imobilizado se a sociedade não distribui dividendos: se o negócio vai mal, e caminha para a falência ou concordata (como no caso) ele adquire o direito de voto PORQUE NÃO HOUVE DIVIDENDOS, SEJAM ELES FIXOS, MÍNIMOS, OBRIGATÓRIOS OU IGUAIS AOS DAS AÇÕES ORDINÁRIAS – A QUE FAZEM JUS – como todos os acionistas em geral.

Em conclusão do quanto foi dito :

(...)

b) toda ação preferencial – excluída do direito de voto em troca de uma vantagem patrimonial – readquire o exercício desse direito se a sociedade, gerida pelos acionistas ordinários, não realiza a finalidade para a qual foi

constituída, de gerar lucros e distribuir dividendos;"

14. A despeito de toda a discussão em torno do assunto, a CVM teve a oportunidade de se manifestar no caso da companhia Café Solúvel Brasília S/A³ tendo proferido decisão no sentido de que somente as ações preferenciais com direito ao dividendo mínimo ou fixo estão enquadradas no art. 111, § 1º, da LSA, fazendo uma interpretação gramatical da norma.

15. É mister observar que os acionistas preferenciais da Plascar não gozam do dividendo mínimo ou fixo, como requer o art. 111, § 1º, da LSA. Estes acionistas são detentores de dividendos prioritários, como bem fixa o Estatuto Social da empresa em seu art. 10⁴. Destarte, a uma primeira vista, tais acionistas não poderiam invocar a aquisição do direito de voto pelo não pagamento de dividendos pelos quatro exercícios sociais consecutivos.

16. Contudo, da leitura de referido Estatuto depreende-se justamente o contrário, já que o art. 8º, parágrafo único, concede este direito ao estabelecer que:

"Art. 8º. Cada ação ordinária terá direito a 1 (um) voto nas deliberações da Assembléia Geral. As ações preferenciais não terão direito a voto e terão os privilégios constantes do art. 10.

Parágrafo Único – O não pagamento de dividendos por 3 (três) exercícios consecutivos conferirá as ações preferenciais direito a voto, que persistirá até a Assembléia Geral que determinar a distribuição de dividendos. A aquisição do direito de voto não implicará na perda para essas ações, de sua forma de preferenciais."

17. De acordo com o próprio estatuto, as ações preferenciais da Plascar obtêm o direito a voto com o inadimplemento dos dividendos por três exercícios sociais consecutivos. Ademais, o estatuto não divide as preferenciais em classes; ao revés, fixa um único tipo de preferencial: aquela que desfruta dos privilégios do art. 10. Diante da inexistência de preferenciais com direito ao dividendo mínimo ou fixo, o argumento de que o parágrafo único era dirigido a este tipo de preferenciais torna-se insustentável.

18. Não obstante a lei societária circunscrever expressamente a concessão ao direito de voto aos preferencialistas que fruem dividendos mínimos ou fixos, não existem impedimentos de natureza legal que obstem a extensão desta outorga aos demais titulares de ações preferenciais. É plenamente factível que o estatuto das empresas atribuam este direito a todos seus acionistas preferenciais, interpretando a norma de maneira extensiva.

DO ESTATUTO SOCIAL DA PLASCAR – INEXISTÊNCIA DE REVOGAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 8º

19. A defesa argumenta que o supracitado parágrafo único foi revogado pela AGE de 30.04.1991. Todavia, deve-se atentar para a ata desta AGE, que é clara ao determinar que "ficam mantidos inalterados os demais artigos e parágrafos do Estatuto Social". Sempre que a intenção foi a de revogar algum parágrafo, deixou-se consignado este ato, como, por exemplo, no caso da eliminação do parágrafo único dos artigos 10 e 11, onde a companhia utilizou-se das frases "eliminação do parágrafo único do art. 10" e "eliminação do parágrafo único do art. 11" quando quis revogar tais parágrafos.

20. Ao não declarar a eliminação do parágrafo único do art. 8º, a companhia deu margem ao entendimento de que não existiu revogação. Em consonância com esta interpretação, tal parágrafo único foi mantido na redação do Estatuto Social.

21. Isto é corroborado pelo Estatuto Social constante do IAN que continha em seu bojo o controverso parágrafo único, consolidando o entendimento de que tal parágrafo continuou válido e pela ata da AGE de 30.04.1991 registrada na JUCESP, a qual não revogou tal parágrafo, como ficou demonstrado acima.

22. Assim, os acionistas preferencialistas adquirem o direito de voto ao não receberem o pagamento de seus dividendos por sucessivos exercícios sociais, segundo dispõe o art. 8º, parágrafo único, do Estatuto Social da Plascar. Por conseguinte, a Permalí deve ser penalizada pela prática de exercício abusivo de poder de controle, por ter votado favoravelmente ao não reconhecimento do direito de voto pelas ações preferenciais nas Assembléias Gerais da Plascar realizadas em 04.12.2002, 30.04.2003 e 30.04.2004.

DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS CÍVEL, PENAL E ADMINISTRATIVA

- O Código Civil

23. O Código Civil⁵ estabelece como regra a incomunicabilidade entre as responsabilidades civil e penal. Excepcionalmente, a sentença no juízo criminal produzirá efeitos no cível impedindo o prosseguimento da ação civil. É pacífico na doutrina que essas exceções estão limitadas a situações nas quais sentença criminal absolutória reconheça a inexistência do fato⁶ ou negue que o réu foi o autor do delito em comento. Quando a absolvição é baseada em excludentes de ilicitude, não é permitida a discussão da ocorrência destas dirimentes no cível. Todavia, nos casos de estado de necessidade⁷ e de legítima defesa⁸, a responsabilidade civil pela reparação do dano persiste, ainda que este dano seja oriundo de um ato lícito: a responsabilidade aqui é objetiva, afinal, o direito civil – diferentemente do direito penal que se lastreia na proteção ao réu - coloca em relevo a vítima e estatui a regra de que todo dano causador de prejuízo deve ser reparado.

24. José de Aguiar Dias, ao tecer comentários acerca da Responsabilidade Civil no Código Civil de 1916, assim dispunha:

"De sorte que se podem formular como normas resultantes do art. 1525 do Código Civil: a) a sentença criminal de condenação não permite discussão no juízo da reparação do dano; b) a sentença penal de absolvição, se fundada na negativa do fato ou na negativa de que o indigitado responsável foi seu autor, tem eficácia absolutória no cível, trancando aí qualquer discussão a respeito; c) a sentença penal fundada em falta de prova, na circunstância de não constituir crime o fato de que resultou o dano, na de estar prescrita a condenação, enfim, em qualquer motivo peculiar à instância criminal, quanto às condições de imposição de suas sanções, não exerce nenhuma influência no cível; d) a sentença penal fundada em dirimente ou justificativa, não influi no juízo civil senão quando estabeleça

a culpa do ofendido, que, nesse caso, sofre as conseqüências do seu procedimento. Não é, portanto, o ato do autor do dano em si, que coberto por dirimente ou justificativa, desautoriza a obrigação de reparar: é a culpa do ofendido que, conjugada àquele, determina a irresponsabilidade."⁹

- O Código de Processo Penal

25. A seu turno, o Código de Processo Penal¹⁰ prescreve que a sentença condenatória faz coisa julgada no cível e que as excludentes de ilicitude não impedem a reparação do dano no juízo cível. Tourinho Filho, ao discorrer sobre o art. 65 do CPP¹¹, diz que:

"o dispositivo em exame não significa que a sentença penal que reconheça uma dessas excludentes de ilicitude impeça a propositura da ação civil. Houve excesso de linguagem. O legislador disse mais do que queria. (...) Basileu Garcia, com acerto, afirmava que o contido no art. 65 do CPP não tinha nem tem outro efeito que o de denunciar a impossibilidade de reabrir-se, no cível, a discussão sobre a intercorrência dessas justificativas no caso concreto. Mas o legislador processual não dispôs – nem era sua missão fazê-lo – acerca de caber ou não ressarcimento em havendo alguma daquelas justificativas."¹²

26. Na hipótese "do conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência do fato delituoso"¹³, a legislação processual faculta ao juiz civil sobrestar a ação cível até que seja proferida sentença penal definitiva. Frise-se que apesar de não ser uma obrigação do juiz, esta é uma prática recomendável frente ao princípio da economia processual.

27. Importa ressaltar que quando se discorre sobre a eficácia de sentença penal na jurisdição civil toma-se como referência a sentença transitada em julgado. Enquanto a sentença estiver sujeita a recurso, não produz seus efeitos regulares, já que a finalidade do processo – composição da lide - ainda não foi atingida e o processo, então, continua em curso. A partir do momento em que as possibilidades de impugnação da sentença por recurso cessam, diz-se que a sentença transitou em julgado, adquirindo a qualidade de imutabilidade de seus efeitos e, conseqüentemente, formando a chamada coisa julgada. Insta salientar que somente as sentenças definitivas ou de mérito são aptas a produzir a coisa julgada. As demais sentenças, como as interlocutórias e as proferidas em processos cautelares, não produzem coisa julgada; porém, ficam sujeitas ao instituto da preclusão.

28. Assim, as sentenças proferidas por órgãos de primeira instância não são capazes de produzir efeitos no julgar das outras esferas, porque podem ser reformadas. Somente as sentenças transitadas em julgado nos parâmetros acima estabelecidos devem ser observadas pelos demais órgãos jurisdicionais em nome da segurança jurídica e em respeito à coisa julgada.

29. Ademais, essa propugnada comunicabilidade entre as esferas deve ser vista com cautela em respeito ao princípio constitucional da separação dos poderes.¹⁴ Como corolário deste princípio, a responsabilidade administrativa, civil e penal são, a priori, independentes, ainda que um mesmo fato seja julgado concomitantemente por essas três instâncias. O réu pode vir a ser absolvido em um juízo e condenado em outro; também é possível que acumule sanções em mais de uma jurisdição sem que o princípio do non bis in idem seja violado. A responsabilidade aplicada em cada uma dessas esferas não sofre, em regra, nexos de interdependência.

30. Logo, ainda que aplicável por analogia a regra criminal à regra civil e esta, por sua vez, à esfera administrativa, sem a existência de uma sentença que tenha transitado em julgado não haveria hipótese de ser concebida a comunicabilidade entre as instâncias.

31. Ora, a sentença que ampararia o direito da Plaspar não transitou em julgado e, portanto, dita sentença não tem o condão de se comunicar com a instância civil ou criminal e, muito menos, com a administrativa.

A ATUAÇÃO DA CVM – INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES EXECUTIVO E JUDICIÁRIO

32. A Comissão de Valores Mobiliários é uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Fazenda – órgão integrante do Poder Executivo Federal – e constituída sob a forma autárquica pela Lei 6385/76. Como toda agência reguladora, foi criada com o fito de disciplinar e controlar certa atividade, no caso, o mercado de valores mobiliários, bem como é dotada de autonomia e do poder de polícia.

33. Da função de fiscalizar o mercado, decorre a competência da CVM para julgar os processos instaurados em sua sede. Na atividade de julgar tais processos, a CVM, bem como todo órgão julgador, possui autonomia e discricionariedade na avaliação dos autos com o objetivo de chegar à verdade material, podendo proferir suas decisões de acordo com a sua livre convicção, desde que estas decisões tenham amparo legal e sejam fundamentadas.

34. Lembre-se que em virtude da separação dos poderes as decisões emanadas pelo Poder Executivo não interferem na atuação do Poder Judiciário e nem as sentenças proferidas pelo Judiciário afetam o julgamento dos órgãos administrativos. Quando um fato é julgado concomitantemente na instância administrativa e no âmbito judicial, a decisão deste último só terá capacidade para se sobrepor ao juízo administrativo na hipótese do órgão administrativo ser parte da relação jurídica processual em trâmite no Judiciário, já que a legislação processual estabelece que a sentença transitada em julgado faz coisa julgada entre as partes¹⁵. Portanto, na condição de parte estará submetido a esta sentença. Note-se que ao não ser parte do processo judicial o órgão administrativo permanece independente face ao Judiciário, isto é, as sentenças deste último não têm o condão de vincular a decisão da instância administrativa. O órgão administrativo poderá se valer da decisão judicial como subsídio ao realizar a dosimetria da pena sem, entretanto, ficar atrelado a esta decisão.

35. Por analogia ao art. 63 do Código de Processo Penal que determina a eficácia da sentença penal transitada em julgado na jurisdição cível e pela sistemática processualística, pode-se dizer que outra situação na qual a decisão da esfera administrativa estará vinculada à sentença judicial é aquela em que há sentença transitada em julgado na esfera judicial contendo as mesmas partes, o mesmo objeto e a mesma causa de pedir constantes do processo administrativo.

36. Entretanto, sentenças de primeira instância não afetam o juízo dos demais órgãos jurisdicionais, sejam eles administrativos, cíveis ou

penais, uma vez que podem ser modificadas por meio de interposição de recursos. Acatar decisões proferidas em tribunais de primeira instância e dá-las como definitivas implica na subversão da lógica do sistema jurídico e viola princípios básicos de todo ordenamento.

37. Ao subordinar suas decisões às sentenças judiciais não transitadas em julgado, a CVM oferece espaço para que seus administrados ingressem no Judiciário, consigam uma decisão favorável em primeira instância e, de posse deste julgado, apresente-no a esta autarquia que, então, se limitaria a decidir em consonância com aquela sentença. Com isso, a CVM estaria abdicando do seu poder de polícia.

DA INEXISTÊNCIA DE ERRO DE PROIBIÇÃO

38. Por fim, a defesa da Permalí sustentou a impossibilidade desta empresa ter praticado ato ilegal, pois teria agido de boa-fé apoiada em decisões judiciais que lhe foram favoráveis por negar a existência do direito de voto aos preferencialistas. E argumentou que, caso seu ato fosse considerado ilícito, teria incorrido em erro de proibição por ter atuado com amparo de sentença judicial.

39. No entanto, a Permalí não tinha como incorrer em erro de proibição, já que conhecia o posicionamento da CVM sobre o assunto desde 2002, quando esta autarquia se pronunciou em sessão de Colegiado favoravelmente a assegurar o exercício do direito de voto aos preferencialistas. Além disso, a sentença na qual se funda data de 25.04.2003 e está suspensa devido à interposição de recurso.

40. Repita-se: a independência entre as instâncias administrativa e civil permite que esta CVM julgue de acordo com a sua livre convicção os processos instaurados em sua sede, sem que haja vinculação com as decisões judiciais, a não ser que exista sentença transitada em julgado contendo as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido ou que a CVM tenha sido parte no processo judicial. Como a sentença judicial na qual a companhia se escora é de primeira instância e sua eficácia está suspensa, o julgamento desta CVM em nada é afetado. Quando muito, poder-se-ia dizer que tal decisão seria passível de influenciar a CVM, porém, não seria eficaz para obrigá-la.

CONCLUSÃO

41. Ante o acima exposto, VOTO pela aplicação da pena de advertência, prevista no art. 11, I, da Lei 6385/76, à Permalí do Brasil Indústria e Comércio Ltda., pela prática de abuso de poder de controle nas Assembléias Gerais da Plaspar Participações Industriais S/A datadas de 04.12.2002, 30.04.2003 e 30.04.2004 por ter votado contrariamente à concessão do direito de voto aos acionistas preferenciais que não recebiam dividendos por quatro exercícios sociais consecutivos, infringindo o art. 117, § 1º, "c", da Lei 6404/76.

Rio de Janeiro, 05 de outubro de 2005.

Norma Jonssen Parente

Diretora

1Art. 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir:

- I – em prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo;
- II – em prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele; ou
- III – na acumulação das preferências e vantagens de que tratam os incisos I e II.

§ 1º Independentemente do direito de receber ou não o valor de reembolso do capital com prêmio ou sem ele, as ações preferenciais sem direito de voto ou com restrição ao exercício deste direito somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se a elas for atribuída pelo menos uma das seguintes preferências ou vantagens:

I – direito de participar do dividendo a ser distribuído, correspondente a, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido do exercício, calculado na forma do art. 202, de acordo com o seguinte critério:

- a) prioridade no recebimento dos dividendos mencionados neste inciso correspondente a, no mínimo, 3% (três por cento) do valor do patrimônio líquido da ação; e
- b) direito de participar dos lucros distribuídos em igualdade de condições com as ordinárias, depois de a estas assegurado dividendo igual ao mínimo prioritário estabelecido em conformidade com a alínea a; ou

II – direito ao recebimento de dividendo, por ação preferencial, pelo menos 10% (dez por cento) maior do que o atribuído a cada ação ordinária; ou

III – direito de serem incluídas na oferta pública de alienação de controle, nas condições previstas no art. 254-A, assegurado o dividendo pelo menos igual ao das ações ordinárias.

2Art. 111. O estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, observado o disposto no art. 109.

§12 - As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a três exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.

3PR2002/4819 onde se discutiu a aquisição de voto pelos acionistas preferenciais da referida companhia.

4Art. 10. As ações preferenciais escriturais são de participação integral e terão as seguintes características ou vantagens:

- I) direito a dividendos no mínimo dez por cento maiores do que os atribuídos às ações ordinárias;
- II) percepção de dividendo mínimo obrigatório de 25% a que se refere a alínea "b", do art. 32 deste estatuto;
- III) participação nos dividendos superiores ao mínimo de 25%, em igualdade de condições com as ações ordinárias;
- IV) prioridade no reembolso do capital no caso de liquidação da companhia.

5Art. 95. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

6CPP – Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

7AC 303. Se a pessoa lesada, ou o dano da coisa, no caso do inciso II do art. 192, não tiver sido objeto do perigo, assiste-lhe o direito à indenização do prejuízo que sofreram.

8AC 303. No caso do inciso I do art. 192, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido o lesado.

9Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa do qual se causou o dano (art. 193, § 1º).

10CPC, art. 10, da Resolução do Conselho Superior do Poder Judiciário, de 1993.

11Art. 10. As ações preferenciais escriturais são de participação integral e terão as seguintes características ou vantagens:

- I) direito a dividendos no mínimo dez por cento maiores do que os atribuídos às ações ordinárias;
- II) percepção de dividendo mínimo obrigatório de 25% a que se refere a alínea "b", do art. 32 deste estatuto;
- III) participação nos dividendos superiores ao mínimo de 25%, em igualdade de condições com as ações ordinárias;
- IV) prioridade no reembolso do capital no caso de liquidação da companhia.

12Art. 111. O estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, observado o disposto no art. 109.

13§12 - As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a três exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.