

SESSÃO DE JULGAMENTO
DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CVM Nº 07/05

Acusados: Eugênio José Bocchese Mendes

Jésus Murillo Valle Mendes

Mendesprev Sociedade Previdenciária

Mendes Júnior Participações S.A.

Sergio Cunha Mendes

Ementa: **Não convocação de AGO no prazo legal. Infração ao disposto no art. 132 da Lei 6.404/76. Multas.**

Violação do direito dos minoritários de eleger conselheiro fiscal. Infração ao art. 161, § 4º, alínea (a), da Lei 6.404/76. Advertência e absolvição.

Supostas infrações aos arts. 115 e 117, § 1º, c, ambos da Lei nº 6.404/76. Absoluções.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e no art. 11 da Lei nº 6.385/76, por unanimidade de votos decidiu:

1. aplicar a Jésus Murillo Valle Mendes, Eugênio José Bocchese Mendes e Sérgio Cunha Mendes, por violação do art. 132 da Lei 6.404/76, a pena de **multa** individual de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), tendo em vista que a assembléia geral somente foi convocada, em segunda convocação, no mês de outubro, e que as defesas não apresentaram justificativa para o atraso;
2. à Mendesprev Sociedade Previdenciária, por infração ao art. 161, § 4º, alínea (a), da Lei 6.404/76, a pena de **advertência**, tendo em vista a complexidade jurídica do tema de interpretação da norma violada;
3. **absolver** a Mendesprev Sociedade Previdenciária da imputação de violação do art. 115 da Lei das S.A; e
4. **absolver** a Mendes Júnior Participações S.A. das acusações que lhes foram formuladas.

Os acusados punidos terão 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.

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

Presente à sessão de julgamento a procuradora-federal Clóvis Silva de Souza, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Ausentes os acusados, bem como seus advogados.

Presentes o diretor Pedro Oliva Marcilio de Sousa, a diretora Maria Helena de Santana e o presidente da CVM Marcelo Fernandez Trindade, relator e presidente da sessão.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2007.

RELATÓRIO

Imputações

1. Trata-se de Inquérito Administrativo instaurado pela Portaria CVM/SGE/nº085, de 06 de junho de 2005, e que redundou no Relatório da Comissão de Inquérito de fls. 1.413/1.444, no qual são feitas as seguintes imputações às seguintes pessoas:

"a) Mendesprev Sociedade Previdenciária, por participar, nas assembléias da Mendes Júnior Engenharia S.A., ocorridas em 07.12.02, 29.04.03 e 02.05.06, da votação em separado para a escolha do conselheiro fiscal representante dos minoritários preferencialistas da companhia, com cujo grupo de controle possuía fortes vínculos administrativos e financeiros, da forma como detalhado nos itens 24 a 84, e 112 e 119 retro, infringindo, assim, o *caput* do art. 115 da Lei nº 6.404/76 e a aliena (a) do parágrafo 4º do artigo 161 da mesma lei;

b) Jésus Murillo Valle Mendes, Eugênio José Bocchese Mendes e Sergio Cunha Mendes, membros do Conselho de Administração da Mendes Júnior Engenharia S.A., por não convocarem a Assembléia Geral Ordinária de 2004 da companhia no prazo estabelecido pela lei, da forma como detalhado nos itens 96 a 105 e 118 retro, infringindo, assim, o seu Estatuto e o artigo 132 da Lei nº 6.404/76; e,

c) Mendes Júnior Participações S.A., controladora indireta da Mendes Júnior Engenharia S.A., por contribuir, de forma deliberada, da forma como detalhado nos itens 85 a 117 retro, para que os minoritários independentes não conseguissem fazer valer seu direito de nomear um representante para o Conselho Fiscal da companhia aberta nas assembléias ocorridas em 07.12.02, 29.04.03 e 02.05.06, o que configurou infração à alínea *a* do parágrafo 4º do artigo 161 da Lei nº 6.404/76, bem como o exercício abusivo do poder de controle, na forma como definida na alínea *c*, do art. 117 da mesma lei." (fls. 1.443).

Imputações relativas à eleição de conselheiros fiscais

2. As imputações, portanto, são de duas naturezas. Aquelas referidas nos itens 1.(a) e 1.(c) acima decorrem da participação supostamente indevida da Mendesprev Sociedade Previdenciária ("Mendesprev") em eleições de conselheiros fiscais indicados pelos acionistas titulares de ações preferenciais de emissão da Mendes Júnior Engenharia S.A. ("Mendes Júnior Engenharia").
3. Segundo a acusação, a Mendesprev, entidade fechada de previdência complementar dos empregados das empresas do Grupo Mendes Júnior, estaria impedida de votar naquelas deliberações de eleição em separado dos conselheiros indicados por acionistas preferencialistas minoritários. Tal impedimento decorreria da norma do § 4º do art. 161 da Lei 6.404/76 ("Lei das S.A."), pois a Mendesprev seria dependente, organizacional e economicamente, da sociedade controladora da Mendes Júnior Engenharia. Em tal caso, a Mendesprev deveria ser equiparada ao acionista controlador — a Mendes Júnior Participações S.A. ("Mendes Júnior Participações"), também acusada pelos mesmos fatos —, o qual, por sua vez, não poderia votar, segundo a interpretação da norma legal explicitada pela CVM no Parecer de Orientação 19/90.
4. A Comissão de Inquérito destaca que a administração da Mendesprev é realizada por um Conselho Administrativo e uma Diretoria, sendo dois terços dos membros do Conselho Administrativo (atualmente denominado Conselho Deliberativo) indicados pela patrocinadora principal da Mendesprev, a Mendes Júnior Participações.¹
5. A Comissão sustenta que *"não obstante as funções executivas que competem à Diretoria, ela age dentro dos limites e autorizações impostos pelo Conselho Administrativo, órgão pelo qual passam as aprovações de todos os assuntos relevantes da Mendesprev"* (item 61, fls. 1.423), o que *"retirava da entidade de previdência a independência necessária para indicar o conselheiro fiscal representante dos minoritários preferencialistas"* (item 63, fls. 1.424).
6. A Comissão de Inquérito dá destaque, também, àquilo que denominou de *"vínculos financeiros"* da Mendesprev com as patrocinadoras, que resultariam do fato de que, na forma do Regulamento do Plano de Benefícios, *"as contribuições mensais das patrocinadoras serão iguais a 100% das contribuições efetuadas pelos participantes"* (item 76, fls. 1.426).

7. Além disso, a Mendes Júnior Engenharia seria grande devedora da Mendesprev (exatamente pelo não pagamento das contribuições devidas), em montante superior a R\$ 100 milhões em valores de 2005. Segundo a Comissão, a *"existência desse endividamento torna, sem dúvida, a Mendesprev e seu corpo diretivo vulneráveis em eventuais negociações com a Mendes Júnior e seus controladores, podendo-se supor, em se tratando da atuação no Conselho Fiscal da companhia, a possível ocorrência de um alinhamento de interesses, em detrimento dos outros acionistas minoritários"* (item 79, fls. 1.426).

Imputações relativas à não realização de assembléia no prazo legal

8. A infração descrita no item 1.(b) acima, por sua vez, é de natureza diversa, relacionando-se com a suposta omissão de membros do Conselho de Administração da Mendes Júnior Engenharia. na convocação da Assembléia Geral Ordinária de 2004 daquela companhia, que veio a realizar-se somente no final daquele ano.
9. A Comissão de Inquérito sustenta que a motivação para tal omissão foi justamente a de evitar que, na assembléia geral, fosse aplicado o entendimento da CVM quanto ao dever de abstenção da Mendesprev quando da eleição do conselheiro fiscal indicado pelos acionistas titulares de ações preferenciais.²
10. A assembléia em questão foi convocada somente em 19 de abril de 2004, e a ela não compareceu o acionista controlador, evitando que se instalasse a assembléia, por falta de *quorum*. Somente em 21 de outubro de 2004 foi a assembléia novamente convocada, ela somente se realizou em 10 de novembro de 2004.

Processo não sancionador e decisão judicial

11. Alguns dos fatos objeto do inquérito foram antes debatidos em processo administrativo não sancionador que teve curso nesta CVM, e no qual a Superintendência de Empresas – SEP manifestou o entendimento, então acompanhado pelo Colegiado, de que a Mendesprev não poderia votar nas eleições dos acionistas titulares de ações preferenciais destinadas ao preenchimento do cargo de conselheiro fiscal.³
12. Tal processo administrativo foi, contudo, anulado por decisão judicial proferida, em grau de recurso, em processo judicial movido pela MendesPrev, sob o fundamento de que não teria sido observado o seu direito a ampla defesa.⁴ A decisão ainda não transitou em julgado.⁵

Defesas

13. Os indiciados defenderam-se da seguinte forma:

a) Mendesprev:

(i) a Mendesprev sustenta, em primeiro lugar, a *"prevalência"* da Lei Complementar 109/01 (que disciplina as entidades fechadas de previdência) sobre a Lei 6.404/76, e a necessidade, daí decorrente, de que se reconheça a prevalência das orientações emanadas do Conselho Monetário Nacional e do Conselho de Gestão da Previdência Complementar. Como a Resolução 3.121/03, do CMN, *"permitiu que as EFPC possam deter ações de patrocinadoras, no limite de 10% das reservas garantidoras"*, e *"não fez qualquer restrição dos direitos inerentes a essas participações acionárias"* (fls. 1.476), seria indevida qualquer limitação ao direito de eleição de membros do Conselho Fiscal decorrente da titularidade de tais ações. Do mesmo modo, como a Resolução 01/01, do CGPC, determinou caber às entidades fechadas de previdência *"exercer ativamente os direitos de acionistas, principalmente nas companhias em que detenham participação relevante no capital social"* e *"buscar agregar valor a seus investimentos, inclusive por meio do exercício do direito de voto em assembléia"*, haveria *"divergência de orientação (e de entendimentos) entre três entes do mesmo Governo Federal"* (fls. 1.478), na medida em que enquanto o CMN e o CGPC determinariam uma conduta ativa da Mendesprev no exercício dos direitos inerentes a suas participações societárias — e agindo por delegação de lei complementar —, a CVM estaria pretendendo determinar uma abstenção da entidade de previdência — interpretando lei ordinária. E conclui a defesa, quanto ao ponto: **"A hierarquia normativa a que se submete a Mendesprev, como demonstrada, está acima da Lei 6.404/76, uma vez que esta é genérica, trata das sociedades por ações, enquanto a Lei Complementar 109/91 disciplina especificamente as EFPC."** (fls. 1.480 – grifos do original).

(ii) em segundo lugar, em atenção ao princípio da eventualidade, sustenta a Mendesprev que a imputação feita pela Comissão de Inquérito está *"embasada em subjetividade, ao afirmar que a Mendesprev e a companhia aberta Mendes Júnior Engenharia possuem 'fortes vínculos administrativos e financeiros', imputação que, entretanto, não encontra sustentação nos autos"* (fls. 1.481). A defesa sustenta que os órgãos de sua administração são *"juridicamente autônomos em relação a qualquer de suas patrocinadoras"*, sendo a

Mendesprev supervisionada pela Secretaria de Previdência Complementar e auditada por auditor independente, que nunca detectou, ao longo dos anos, os "supostos 'fortes vínculos administrativos e financeiros' que ponham em suspeição sua independência" (fls. 1.481/1.482). Os executivos da Mendesprev, ainda segundo a defesa, são profissionais especializados, "todos egressos de outras EFPC, sem quaisquer vínculos anteriores com patrocinadoras", e a entidade "está instalada em sede própria e paga todos os seus custos administrativos" (fls. 1.482).

(iii) em terceiro lugar, a defesa enfatiza que a interpretação dada pela Comissão de Inquérito à norma do § 4º do art. 161 da Lei das S.A. terminaria por restringir os direitos de um dos acionistas minoritários, em benefício de outros. Diz a defesa que "não é razoável esperar-se que a Mendesprev tenha um direito e não o exerça" (fls. 1.485), não tendo a CVM poderes para "caçar os direitos intrínsecos das ações de uma companhia aberta ... só porque estas ações, eventualmente, são de propriedade da Mendesprev", e não podendo "os direitos políticos de uma ação preferencial, intrínsecos daquele valor mobiliários" "variar em função – circunstancial – de seu detentor, se a lei não proíbe aquele detentor de possuí-las" (fls. 1.486). E indaga a defesa: "**Qual a mácula carrega a Mendesprev que – repetindo – pertence a pessoas físicas, empregados e ex-empregados do grupo Mendes Júnior, e não aos controladores desse mesmo grupo, que a faz minoritária de ações preferenciais que a CVM quer classificar, ao arrepio do inciso III do artigo 109, como de segunda categoria, se não há essa diferenciação no Estatuto da companhia aberta?**" (fls. 1.487 – grifos do original).

(iv) por fim, do ponto de vista jurídico, sustenta a Mendesprev, quanto à imputação baseada no art. 115 da Lei das S.A., que nenhuma das hipóteses de voto impedido ou conflitado descritas em tal norma se verifica no caso concreto, constituindo o exercício de seu direito de voto um dever, por se tratar de entidade fechada de previdência complementar.

b) Mendes Júnior Participações:

(i) a Mendes Júnior Participações sustenta, em primeiro lugar, a impossibilidade de desconsideração de sua personalidade jurídica, sendo indevido confundi-la com pessoas jurídicas diferentes como são a Mendesprev e a Mendes Júnior Engenharia, até porque se trata de pessoas jurídicas constituídas de há muito, sem qualquer intenção de burla ou fraude à lei.

(ii) em seguida, a defesa salienta que a Mendes Júnior Participações não é acionista da Mendes Júnior Engenharia, não podendo, portanto, ser considerada sua controladora, a teor da exigência de titularidade de "direitos de sócio" estabelecida pelo art. 116, (a), da Lei das S.A.. Nada obstante, a defesa analisa cinco fatos que, segundo a acusação, comprovariam ter ela agido, como controladora indireta da Mendes Júnior Engenharia, em abuso do poder de controle, e em violação do § 4º do art. 161 da Lei das S.A. Tais fatos, e o resumo da defesa quanto a eles, são os seguintes:

(1) "aceitação da participação da Mendesprev na votação em separado na AGO de 29.04.03, quando do posicionamento da CVM sobre o assunto já era de conhecimento da companhia e de seus controladores" (fls. 1.431, item 114): a defesa sustenta que a prática desse ato de "aceitação" pela Mendes Júnior Participações seria impossível, porque ela "não é acionista da Mendes Júnior Engenharia", e, portanto, não estava autorizada sequer a comparecer à assembleia, segundo o art. 128 da Lei das S.A. (fls. 1.502);

(2) "postergação e novo atraso na convocação da AGO de 2004" (fls. 1.431, item 114): a defesa sustenta que competia ao Conselho de Administração convocar a assembleia, ou à diretoria, e em casos específicos ao Conselho Fiscal ou a certos acionistas. A convocação, contudo, jamais competiria à Mendes Júnior Participações;

(3) "não comparecimento do controlador direto da companhia na data marcada para a AGO de 2004" (fls. 1.431, item 114): a defesa sustenta que não sendo controladora da Mendes Júnior Engenharia, a Mendes Júnior Participações não pode ser responsabilizada pela omissão da controladora. Salienta, ademais, que a lei admite a instalação com a presença de 1/4 do capital social com direito a voto, em primeira convocação, e com qualquer número, em segunda. Além disto, não há lei que obrigue o comparecimento de acionista em assembleia, devendo ser respeitado o princípio constitucional da reserva legal. O Conselho Fiscal, por sua vez, pode ser instalado a pedido de acionistas preferencialistas que representem 5% do capital sem voto, sendo irrelevante, para esse fim, a presença do controlador na assembleia;

(4) "negativa ao direito de acionistas de pedirem a instalação do Conselho Fiscal, quando finalmente a AGO foi realizada em 10.11.04" (fls. 1.431, item 114): além de reiterar que não pode ser responsabilizada por fatos ocorridos em assembleia de que sequer participa, a Mendes Júnior Participações salienta que a recusa se deu

pelo entendimento de que, tendo adquirido direito de voto, por conta da incidência do art. 111, § 1º, da Lei das S.A. (não pagamento de dividendos), os acionistas titulares de ações preferenciais deveriam submeter-se aos requisitos aplicáveis aos titulares de ações com voto, para o fim de requerer a instalação do Conselho Fiscal. Por fim, quanto a este tema, a defesa salienta que a interpretação adotada pela Mendes Júnior Engenharia era no mínimo razoável, e controvertida dentro da própria CVM, citando opiniões da Procuradoria Federal Especializada e da SEP, em análise de reclamação apresentada para o caso mesmo da Mendes Júnior, no sentido de que as ações preferenciais que adquirissem direito de voto temporário deveriam ser tratadas como ações com voto, para o fim de requerimento de instalação de conselho fiscal.⁶ Tal entendimento foi comunicado à Mendes Júnior Engenharia por ofício de 06 de maio de 2005, revelando, para a defesa, *"que a questão em análise, objeto deste processo administrativo, é ao menos controvertida, e não pode ensejar nenhuma penalidade"* (fls. 1.515); e,

(5) *"aceitação do pedido de instalação do Conselho Fiscal na AGO de 02.05.06, após a anulação judicial do Processo CVM RJ-2002/7152, e eleição do representante da Mendesprev"* (fls. 1.431, item 114): a defesa limita-se, neste ponto, a reiterar o fato de que a Mendes Júnior Participações não é acionista da Mendes Júnior Engenharia, e portanto não poderia aceitar qualquer conduta em assembléia, pois a ela não compareceu.

c) Jésus Murillo Valle Mendes, Eugênio José Bocchese Mendes e Sérgio Cunha Mendes ("Conselheiros de Administração"):

(i) os Conselheiros de Administração, em defesa conjunta, sustentam, em primeiro lugar, a inépcia do Relatório da Comissão de Inquérito, por considerá-lo *"confuso"* e *"complexo"*, além de ter interpretado, *"a seu bel prazer, os depoimentos colhidos, incorrendo, destarte, como não poderia ser de outra forma, em erro"* (fls. 1.520/1.521). Sustenta a defesa que a intimação *"nem de longe"* relaciona *"a ação ou omissão praticada pelo agente, o nexos de causalidade com o resultado danoso ou qualquer outro elemento indiciário de sua culpabilidade"* (fls. 1.521). Também menciona, mais adiante, que não existe responsabilidade solidária, no caso, razão pela qual a individualização das condutas era fundamental (fls. 1.532).

(ii) em segundo lugar os Conselheiros de Administração sustentam que o Relatório da Comissão de Inquérito é tendencioso ao descrever os fatos nele narrados, alegando que *"seria, no mínimo, ingenuidade dos Conselheiros a não convocação da AGO com o intuito de evitar a instalação do Conselho Fiscal"* (fls. 1.525), dado que o art. 123 da Lei das S.A. assegura aos acionistas titulares de mais de 5% do capital sem direito a voto o direito de convocar a assembléia para tal fim, no caso de omissão da administração.

(iii) por fim, a defesa dos Conselheiros de Administração destaca que eles não tinham como obrigar os acionistas a comparecer à assembléia que afinal não se realizou por falta de *quorum*, e que tal assembléia poderia instalar-se com qualquer *quorum* em segunda convocação, o que provaria a inutilidade de qualquer procedimento de adiamento. Pedem sua absolvição, inclusive, porque do atraso na convocação da assembléia não teria decorrido qualquer prejuízo aos minoritários.

14. O processo me foi distribuído em 19 de dezembro de 2006. É o Relatório.

VOTO

Observações preliminares

1. Como se viu do Relatório, as imputações da Comissão de Inquérito são de duas naturezas: um primeiro grupo relaciona-se com a eleição, em separado, pelos acionistas titulares de ações preferenciais, de conselheiros fiscais da Mendes Júnior Engenharia nas assembléias gerais de 07.12.02, 29.04.03 e 02.05.06. Nessas três assembléias, a Mendesprev votou e elegeu aquele conselheiro fiscal. A Comissão entende que a Mendesprev estaria impedida de votar em tal eleição em separado porque suas patrocinadoras serem controladoras diretas e indiretas da companhia.
2. A segunda acusação é a de atraso na realização da assembléia geral ordinária do ano de 2004, que (i) foi convocada, com atraso, para o dia 19 de abril de 2004, data em que não se realizou por falta de *quorum*; e (ii) somente foi novamente convocada em 21 de outubro de 2004, realizando-se finalmente em 10 de novembro de 2004.
3. Quanto ao tema das acusações do primeiro grupo — em que foram acusados exclusivamente a acionista que estaria impedida de votar (Mendesprev) e a acionista controladora indireta da companhia aberta (Mendes Júnior Participações) — é preciso, antes de mais nada, fazer algumas observações preliminares.

4. Em primeiro lugar, é preciso estabelecer a repercussão que deve ter, neste processo sancionador, a decisão judicial que anulou o processo administrativo não sancionador em que o Colegiado discutiu exatamente a matéria do impedimento de voto da Mendesprev nas eleições da espécie de que trata a acusação. A meu juízo, embora tal decisão não tenha ainda transitado em julgado, o Colegiado deve desconsiderar qualquer ato praticado ou decisão proferida no citado processo não sancionador. Portanto, neste voto não considerarei como qualificadora da conduta dos indiciados sua postura em relação à manifestação de entendimento da CVM naquele processo, tratando dos fatos como se o referido processo nunca tivesse existido.
5. Em segundo lugar, creio ser importante discutir alguns pontos que foram levantados em dois precedentes do Colegiado que diziam respeito a matéria similar à deste processo — isto é, o impedimento de voto de entidades de previdência complementar para a eleição, em separado, de conselheiros fiscais de suas patrocinadoras.
6. Em 12 de agosto de 2004 o Colegiado absolveu por unanimidade os indiciados no PAS TA-RJ 2001/9686 ("Caso Sudameris"). Os indiciados eram (i) o acionista controlador da patrocinadora, (ii) a entidade de previdência complementar patrocinada ("Fundação Sudameris") e (iii) um terceiro acionista que supostamente seria ligado ao controlador. O Colegiado entendeu que a Fundação Sudameris era independente da patrocinadora, seja do ponto de vista organizacional (pois seu Conselho Administrativo era composto por 7 membros, sendo 5 eleitos pelos participantes e somente 2 pela patrocinadora), seja do ponto de vista econômico (pois apenas cerca de 10% das receitas da Fundação Sudameris nos 5 anos anteriores eram oriundas da patrocinadora).
7. Assim, no Caso Sudameris o Colegiado entendeu cabível em tese a acusação formulada, mas na análise do caso concreto entendeu que não havia o impedimento alegado, porque a Fundação Sudameris não era dependente, organizacional ou economicamente, da sua patrocinadora.
8. Em outro precedente, o Colegiado decidiu, em 8 de novembro de 2005, o PAS RJ 2002/4985 ("Caso Beg"), que versava sobre o impedimento de voto da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Estado de Goiás ("Prebeg") na eleição de conselheiro fiscal de seu patrocinador Banco do Estado de Goiás ("Beg"). Os indiciados eram (i) o Estado de Goiás e a União Federal, na qualidade (cada um a seu tempo) de acionista controlador da patrocinadora e (ii) a Prebeg. O Colegiado, por unanimidade, entendeu que a Prebeg, ao tempo da maior parte das assembléias em que votou para eleger conselheiros, era independente da patrocinadora do ponto de vista organizacional, pois toda a administração era eleita pelos participantes, cabendo à patrocinadora a eleição do Conselho Fiscal. Não foi examinada a eventual independência econômica da Prebeg.⁷
9. Assim, também no Caso Beg o Colegiado entendeu cabível em tese a acusação formulada, mas na análise do caso concreto entendeu que não havia o impedimento alegado, porque a Fundação Sudameris não era dependente, do ponto de vista organizacional, da sua patrocinadora.
10. Apesar disto, em ambos os casos os votos dos Relatores já anunciavam algumas das dificuldades teóricas para as acusações ali formuladas, e aqui repetidas.
11. No Caso Sudameris, o voto do Diretor Relator, Luis Antonio de Sampaio Campos, discutiu, em primeiro lugar, a questão da equiparação da entidade de previdência complementar ao controlador, para efeito de aplicação da interpretação contida no Parecer de Orientação 19/90. Disse o Relator:

"8. A questão, todavia, torna-se mais complicada quando se está diante de situação, como a do presente caso, em que não se busca identificar o acionista controlador da companhia, mas sim analisar se outros acionistas são ou não pessoas a ele ligadas, ou melhor, se atuaram, principalmente por meio do exercício do direito de voto, representando o interesse daquele acionista.

9. Dito isto e constatada a ausência de participações societárias ou contratos capazes de configurar qualquer ligação entre o acionista controlador, o Banque Sudameris S.A., e os acionistas minoritários Fundação Sudameris e Espólio do Sr. Remo Rinaldi Naddeo, importa analisar, individualmente, a relação de fato de cada um desses acionistas minoritários com o acionista controlador do Banco Sudameris Brasil S.A., para ver se haveria algo que pudesse configurar que estes acionistas estariam ali para representar, de fato, os interesses do acionista controlador."
12. Dessa passagem do voto se extrai, claramente, que o Diretor Relator conclui pela possibilidade teórica de equiparar terceiros ao acionista controlador, para efeito de afastar tais terceiros da eleição em separado de que trata o § 4º, (a), da Lei das S.A., desde que se possa concluir, na análise do caso concreto, que tais pessoas *"atuaram, principalmente por meio do exercício do direito de voto, representando o interesse daquele acionista"*.

13. No Caso Beg, quanto a esse mesmo tema da equiparação da entidade de previdência complementar ao controlador, para efeito de aplicação da interpretação contida no Parecer de Orientação 19/90, o Diretor Relator, Pedro Oliva Marcílio de Souza, em primeiro lugar, realizou uma análise específica. Isto porque o Estatuto da Prebeg, que vigorava no momento de uma das assembléias do Beg, estabelecia que a administração da Prebeg seria indicada de forma paritária pelos participantes e pela patrocinadora, cabendo o voto de Minerva ao conselheiro indicado pela patrocinadora. Disse o Relator:

"43. Na única assembléia, em que o estatuto social da PREBEG estava com outra redação, que é relevante para a solução deste processo (10.04.01), metade da administração era indicada pela Patrocinadora e a outra metade pelo corpo social (mas com voto de qualidade por membro indicado pela Patrocinadora) (art. 30).

44. Apenas nessa assembléia poderia se alegar que a administração de PREBEG estava sujeita à influência da administração do BEG, o que poderia justificar a impossibilidade de voto da PREBEG no caso concreto.

45. Em um processo administrativo sancionador contra a PREBEG baseado nesses fatos, como já se disse nos itens 38 e 39 acima, seria necessário comprovar a ligação entre o acionista controlador do BEG e a administração do BEG e entre esta última e a PREBEG. Não houve, no entanto, qualquer apuração ou acusação a esse respeito com relação à administração do BEG.

46. Sem prejuízo do dito anteriormente, é de se notar, ainda, que nessa assembléia a PREBEG não logrou êxito em eleger seus indicados, tendo prevalecido o voto dos acionistas minoritários."

14. Assim, embora no ponto houvesse uma razão adicional para a absolvição, o Relator já alertava para o fato de que uma acusação como a ali (e aqui) formulada somente seria admissível, em tese, se fosse comprovada a "ligação" entre o acionista controlador da patrocinadora e a administração da patrocinadora, e entre a administração da patrocinadora e a entidade de previdência complementar.
15. O voto do Relator indicava, ainda que brevemente, que "ligação" seria essa a que se referia. Deveria provar-se *"que a administração da Patrocinadora era vinculada e atuava sob o comando do direto do acionista controlador e não em defesa do interesse social ou da coletividade de acionistas"*.
16. Trazendo-se para este caso concreto uma tal espécie de prova, ela deveria ser a de que a administração da Mendesprev *"era vinculada e atuava sob o comando do direto"* da patrocinadora, *"e não em defesa do interesse social ou da coletividade de"* participantes. Algo, portanto, muito semelhante àquilo que se disse no Caso Sudameris: que os *"acionistas estariam ali para representar, de fato, os interesses do acionista controlador"*.
17. Assim, ambos os precedentes consideraram que o impedimento de voto poderia, em tese, ocorrer, desde que fossem preenchidos certos requisitos, atinentes à prova de que a entidade de previdência complementar estava atuando no interesse do acionista controlador da companhia patrocinadora.
18. Há também outro ponto relevante que não escapou ao Diretor Luis Antonio de Sampaio Campos, em seu voto no Caso Sudameris. Trata-se do suposto conflito — muito acentuado na defesa da Mendesprev — entre o dever da fundação de atuar em defesa dos interesses dos patrocinados, inclusive votando nas assembléias, e o suposto dever de abster-se na votação em separado para a eleição de conselheiro fiscal. Disse, então, o Diretor Relator do Caso Sudameris:

"25. Mas a fundação tem direito. As ações dela têm valor. E ela tem todo o interesse em proteger os seus beneficiários e não o acionista controlador ou a administração.

26. Importa, ainda, notar que o fato da Fundação não ter aparentemente participado das assembléias, e em dado momento, ter começado a participar, advém de uma postura — diga-se de passagem — que era bastante comum nas fundações de uma forma geral, e não só com relação a seu instituidor, mas com relação a todos os investimentos das fundações.

27. E houve, de fato, e há ainda, um movimento, tanto por parte da CVM quanto por parte da Secretaria de Previdência Complementar, para incentivar que as fundações exerçam os seus poderes e direitos nas assembléias das companhias de que participam e que, dessa forma, elejam os seus administradores e conselheiros fiscais. Isso é uma política que tem sido incentivada — e a meu ver incentivada fortemente e com razão — tanto pela CVM quanto a SPC.

28. Nesse sentido dispõe a Instrução Normativa SPC n.º 39/02, a qual determina que as entidades fechadas de previdência complementar especifiquem os critérios utilizados para definição das companhias de cujas

assembléias de acionistas participarão. E diz mais a mencionada Instrução Normativa: deveriam enviar relatório aos seus beneficiários dizendo em quais compareceu e em quais não compareceu, por que deixou de comparecer, por que votou nesse sentido e por que deixou de votar. Principalmente na linha desse movimento de um bom governo societário, daquilo que numa tradução pobre, vem sendo chamado "ativismo acionário". Então há um incentivo e uma movimentação grande por parte dos órgãos reguladores para incentivar a participação das fundações e não posturas que refletem esta linha de atuação não podem ou devem ser censuradas ou tidas por indicadoras de uma irregularidade. A passividade anterior é que talvez indicasse uma falta de diligência; jamais a participação.

29. A meu ver, em absoluto não se pode presumir que o interesse da Fundação — qualquer ela que seja — se confunde com o interesse do acionista controlador de sua instituidora. Isso porque, naturalmente, por trás da Fundação há uma enorme massa de beneficiários: os contribuintes dessa Fundação e seus beneficiários. Os contribuintes dessa Fundação muitas vezes — ou no mais das vezes — são empregados ou ex-empregados do instituidor. E presumir que a Fundação vai assistir passivamente o beneficiamento do acionista controlador em detrimento da companhia que é onde os seus empregados trabalham; que é onde estão os ativos que garantem o pagamento dos seus salários; que é onde o parcela relevante do investimento da Fundação está alocado, parece-me um contra-senso.

30. E, aliás, um contra-senso absoluto. Se tivesse na linha dos incentivos naturais, as probabilidades seriam de que um indicado pela Fundação zelaria para que a companhia se mantivesse da forma mais saudável possível (a companhia que a instituiu e que constitui parcela relevante do investimento da Fundação), porque quanto mais saudável fosse a companhia, em melhor situação estariam os beneficiários da Fundação. Isso me parece um ponto importante, quanto mais quando se procura incentivar o investimento de Fundações em valores mobiliários.

31. Note-se, ainda, que não há qualquer impedimento para que a Fundação invista em valores mobiliários do seu instituidor, havendo diversos exemplos, tais como a Fundação da Sadia e a Fundação do Banco do Brasil, a Previ - que é a maior delas e que tem participação relevante do Banco do Brasil e participa da eleição de membros do conselho de fiscal do Banco do Brasil.

32. Dessa forma, penso que seria algo equivocado se impedir que a Fundação, que tem o legítimo interesse, inclusive para aqueles que adotam a linha da teoria institucionalista da companhia, de proteger não apenas os seus acionistas, mas proteger ali aquela comunidade onde a companhia atua, aquele local, os fornecedores, os seus empregos."

19. Ambas as questões levantadas nos precedentes — dos requisitos para a equiparação das entidades de previdência complementar aos controladores das patrocinadoras, e da solução para o conflito entre o dever de votar na defesa dos interesses dos participantes, e o dever de abster-se por impedimento de voto — estão a merecer, a meu sentir, uma definição orientadora por parte do Colegiado, não apenas para permitir que todas as entidades de previdência complementar possam adotar um procedimento semelhante em tais situações, mas para orientar os trabalhos de fiscalização da própria CVM.

Imputações relativas à não realização de assembléia no prazo legal

20. Indo ao mérito das imputações, permito-me começar pela infração relacionada com a não realização no prazo legal da assembléia geral ordinária de 2004 da Mendes Júnior Engenharia. Quanto a essa imputação estão acusados os três conselheiros de administração da companhia.
21. Trata-se de infração objetiva. A assembléia geral ordinária deve ser realizada, ano a ano, "*nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social*" (art. 132 da Lei das S.A.). No caso concreto, está provado — e não é mesmo contestado — que a assembléia foi inicialmente convocada para o dia 19 de abril de 2004, já após a data limite da lei, e, não havendo se realizado por falta de *quorum*, ante a ausência da controladora direta, somente veio a ser convocada em segunda convocação em 21 de outubro de 2004, realizando-se, finalmente, em 10 de novembro de 2004.
22. Segundo o art. 142, IV, da Lei das S.A., compete ao Conselho de Administração "*convocar a assembléia geral quando julgar conveniente, ou no caso do art. 132*". De idêntica redação era o art. 13, (f), do Estatuto da Mendes Júnior Engenharia. Assim, está configurada a infração ao art. 132 da Lei das S.A., como apontado na acusação, sendo correta a imputação aos três membros do Conselho, na ausência de norma estatutária específica que incumbisse a algum deles o dever de tomar a iniciativa da convocação.
23. A defesa dos Conselheiros de Administração não apresentou justificativa para o atraso, limitando-se a rebater

aquela vislumbrada pelo Relatório da Comissão de Inquérito, para quem, como visto, a omissão teve por fim evitar que, na assembléia geral, fosse aplicado o entendimento da CVM quanto ao dever de abstenção da Mendesprev. Realmente o Relatório da Comissão de Inquérito dedicou muito esforço na tentativa de desvendar a motivação do atraso, permitindo que a defesa navegasse confortavelmente nessas águas turvas.

24. O esforço e as conclusões da Comissão, no particular, não são relevantes, na minha opinião, para a acusação aos Conselheiros de Administração — que mesmo quando integram o grupo de controle, como parece ser o caso, têm os mesmos deveres dos demais administradores (art. 154, § 1º, da Lei das S.A.).
25. Mas, além disso, a suposta motivação encontrada pela Comissão de Inquérito não poderia mesmo ser considerada neste voto, pois se relaciona com a decisão da CVM sobre o dever de abstenção da Mendesprev, proferida em anterior processo administrativo não sancionador. Tal processo, como já disse, foi anulado por decisão judicial (ainda não transitada em julgado), e seus efeitos não devem ser de qualquer forma considerados nestes autos. Assim, quando da proposta de apenação dos Conselheiros de Administração, considerarei apenas o aspecto objetivo do descumprimento do preceito legal, embora reiterado, e com grande atraso.

imputações à controladora indireta

26. As acusações formuladas à Mendes Júnior Participações o foram na sua qualidade de acionista controladora indireta da Mendes Junior Engenharia. Imputa-se à sociedade, em razão de a Mendesprev ter votado na eleição em separado para o Conselho Fiscal da Mendes Júnior Engenharia, infração aos arts. 161, § 4º, (a), e 117, § 1º, (c), da Lei das S.A.
27. A defesa sustenta, em primeiro lugar, que não existe na lei o conceito de controle indireto, e que a apenação da Mendes Júnior Participações implicaria em desconsiderar a personalidade jurídica da Edificadora S.A., sociedade por ela controlada, e que é a controladora direta da Mendes Júnior Engenharia.
28. Por alguma razão não explicitada, a Comissão de Inquérito optou por não acusar a Edificadora S.A. Acertou, porque tal acusação não prosperaria. Como dito no relatório, em reunião de 30.08.2005 o Colegiado, examinando o processo não sancionador RJ 2002/7152 (não se trata do processo anulado judicialmente) deliberou dar provimento ao recurso apresentado por acionista da Mendes Júnior Engenharia contra o entendimento da área técnica da CVM de equiparação das ações preferenciais que adquirissem direito de voto às ações ordinárias, para o efeito do pedido de instalação do Conselho Fiscal.
29. Posteriormente, em reunião de 10.01.2006, analisando pedido de reconsideração da Mendes Júnior Engenharia, o Colegiado manteve o entendimento anterior, mas, nos termos do voto do Diretor Relator, Pedro Oliva Marcílio de Souza, retificou parcialmente a decisão para o fim de "*reformular o entendimento constante do item 34 do voto da Diretora Relatora ... que afirmara que o acionista controlador agira em abuso de poder de controle.*" Como se vê da ata daquela reunião do Colegiado, "*Esclareceu o Relator que essa afirmação não era cabível, pois a discussão não se dava no âmbito de um processo administrativo sancionador e, além do mais, o controle do procedimento de votação e dos requerimentos em assembléia de acionistas é atribuído ao presidente da assembléia e não ao acionista controlador*" (grifou-se).
30. Eu reitero minha concordância com tal entendimento. Se existir impedimento de voto e, ainda assim, o acionista votar, devem responder o próprio acionista impedido e o presidente da assembléia. O acionista controlador que não vote para eleger, ele próprio, o conselheiro, não pode ser acusado de violação do art. 161 da Lei 6.404/76, por faltar-lhe a prática de um ato que se coadune com o tipo previsto na lei. E, evidentemente, tampouco o controlador indireto pode responder, se o direto não responde.
31. Além disto, deixo consignado meu entendimento de que, em geral, quando o acionista controlador direto vote quando esteja impedido, o acionista controlador indireto somente poderá ser acusado se o acionista controlador direto votar por força de deliberação vinculante tomada em reunião prévia de signatários de acordo de acionistas, ou em deliberação societária do controlador indireta.
32. Assim, a acusação de infração da alínea (a) do § 4º do art. 161 da Lei das S.A. não pode prosperar em relação à sociedade controladora indireta na Mendes Júnior Engenharia.
33. Quanto à acusação de infração do art. 117, alínea (c), da Lei das S.A., extrai-se do Relatório da Comissão de Inquérito que ela está fundada na suposta "*adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários*".

34. Em primeiro lugar, convém discordar da defesa quanto à inexistência do conceito de controle indireto na Lei das S.A. O § 2º do art. 243 é explícito ao afirmar: "*Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores*".⁸
35. Assim, em tese me parece possível que se possa acusar o controlador indireto por abuso do poder de controle na forma do art. 117 da Lei das S.A.. Contudo, creio que somente se deve fazê-lo quando a imputação ao controlador direto for insuficiente para alcançar os agentes que deram causa à violação. Em outras palavras: é preciso estar provado que as decisões ou políticas indevidas emanaram do controlador indireto. E mesmo sendo esse o caso, me parece que não se deve deixar de imputar responsabilidade também ao controlador direto que tiver implementado tais políticas através dos atos societários formais.
36. Mas apesar disso, no caso concreto não me convenci de que esteja preenchido o tipo do art. 117, § 1º, (c), da Lei das S.A., no que se refere à atuação da Mendes Júnior Participações.
37. A Comissão de Inquérito parece basear boa parte de sua convicção de culpa no fato de que, mesmo diante da manifestação de entendimento da CVM quanto ao impedimento de voto da Mendesprev, ter sido admitido o voto de tal sociedade nas assembléias da Mendes Júnior Participações. Este tema, no entanto, como adiantei, não pode ser considerado, por conta da anulação do processo administrativo em que manifestado aquele entendimento.
38. De todo modo, não me parece que esse fosse o caso de imputar responsabilidade ao controlador indireto. Quem recebeu o ofício da CVM dando notícia do entendimento foi a Mendes Júnior Engenharia. Portanto, se aquele entendimento administrativo pudesse ser considerado nestes autos, a responsabilidade por desrespeitá-lo seria do presidente da assembléia daquela sociedade que assim agisse.
39. Além disso, a Comissão considerou o atraso na realização da assembléia de 2004 como uma prova da adoção de uma política, pela sociedade controladora indireta, de prejudicar o direito de participação dos demais minoritários — que não a Mendesprev —, na eleição dos conselheiros fiscais.
40. A conclusão me parece excessiva, diante da prova dos autos. Não nenhum indício sequer de que a sociedade Mendes Júnior Participações tenha deliberado ou ordenado a não realização da assembléia da Mendes Júnior Engenharia. Os Conselheiros de Administração da Mendes Júnior Engenharia — alguns dos quais integram o controle da Mendes Júnior Participações — foram acusados e estão sendo responsabilizados pela omissão. Não há qualquer razão para estender tal responsabilidade à sociedade de que são controladores (também indiretos), sem que exista prova de um ato de tal sociedade no sentido de impor a adoção de um procedimento indevido.
41. Assim, não me parece que qualquer das imputações contra a Mendes Júnior Participações possa prosperar.

imputação à Mendesprev

42. Resta então examinar a imputação à Mendesprev, de infração ao *caput* do art. 115 da Lei das S.A. e a alínea (a) do parágrafo 4º do artigo 161 da mesma lei. Em resumo, a Comissão de Inquérito entendeu que a Mendesprev, sendo vinculada à controladora da Mendes Júnior Engenharia (que é uma de suas patrocinadoras, junto com a própria controlada e outras empresas do grupo), estaria impedida de votar na eleição do conselheiro fiscal pelos acionistas titulares de ações preferenciais. Ao fazê-lo, a Mendesprev teria violado não só a regra da alínea (a) do parágrafo 4º do artigo 161, que assegura o direito de eleição de conselheiro aos minoritários, como a regra do art. 115 da Lei das S.A., que considera abusivo o voto exercido com o fim de causar dano a outros acionistas, ou de obter vantagem a que não faz jus.

Questão preliminar

43. Como disse antes, me parece necessário encontrar um consenso, e definir uma orientação sobre tal tema, até por sua relevância também no que se refere às eleições para membros dos conselhos de administração das companhias abertas por entidades de previdência complementar patrocinadas por elas ou por seus controladores.
44. Assim, em primeiro lugar, parece ser necessário refletir sobre os critérios e a extensão de aplicação do Parecer de Orientação 19/90 a tais situações. O Parecer de Orientação 19 interpretou a norma da alínea (a) do parágrafo 4º do artigo 161 da Lei das S.A. para concluir que "*para não se tornar meramente nominal o direito atribuído por lei aos preferencialistas, deve-se entender que da votação em separado desses acionistas para a*

eleição de seu representante no Conselho Fiscal não poderão participar os acionistas controladores, ainda que portadores também de ações preferenciais. Tal participação, se admitida, redundaria em cerceamento efetivo do direito essencial de fiscalizar e em representação inequívoca dos interesses, não raramente contrários, que a lei buscou proteger."

45. O Parecer de Orientação 19 não trata de acionistas ligados ao controlador, ou agindo no interesse do controlador. Trata, exclusivamente, do acionista controlador. Contudo, segundo os precedentes do Colegiado antes citados, com os quais concordo, a CVM vem considerando que o impedimento de voto do controlador, decorrente da interpretação adotada no Parecer de Orientação 19, pode em tese ser estendido às entidades de previdência complementar, quando detenham ações da sociedade patrocinadora, ou controlada pela patrocinadora.
46. Para tanto, contudo, tem-se entendido necessário que a formação da vontade política da entidade de previdência complementar esteja sob o controle da patrocinadora ou de sua controladora. Este critério me parece também razoável, em tese.
47. Ocorre que, por outro lado, como também não escapou aos precedentes citados, as entidades de previdência complementar estão autorizadas a investir em suas patrocinadoras, e têm o dever de atuar no interesse de seus participantes, inclusive através do exercício do direito de voto.
48. Não se trata, ressalto, de questão jurídica. Não me parece que se possa falar, aqui, tecnicamente, em conflito de normas. As regras de impedimento de voto da Lei das S.A. são específicas, e se aplicam a quaisquer titulares de ações. Dizer que tais regras deveriam ceder diante de normas gerais que determinam o exercício do direito de voto e a defesa do direito dos participantes seria o mesmo que dizer que devem ceder diante da norma constitucional que garante o direito de propriedade.
49. Mas a impropriedade da discussão em termos jurídicos não afasta a relevância da discussão em termos de política de regulação, governança corporativa e segurança para os agentes de mercado. Especialmente quando se está a estender, por interpretação, uma restrição de voto que foi, ela própria, extraída da norma legal pela interpretação consignada no Parecer de Orientação 19.
50. Assim, me parece, que seria perfeitamente razoável admitir, mesmo nos casos em que o comando político da entidade de previdência cabe a agentes nomeados pela patrocinadora, a inexistência de impedimento de voto se for adotado algum mecanismo que assegure que a indicação do conselheiro fiscal (ou de administração) não se dará por deliberação de tais agentes.
51. Esse seria o caso, por exemplo, de uma fundação que incluísse em seus estatutos disposição no sentido de que, nas deliberações finais de indicação de pessoas a serem indicadas como conselheiros fiscais ou de administração de sociedade patrocinadora, ou controlada por patrocinadora, em vagas destinadas aos acionistas minoritários da sociedade, somente votarão os administradores da entidade que tenham sido eleitos ou indicados pelos participantes.
52. Essa, ou qualquer outra solução desse gênero, afastaria, a meu ver, o impedimento de voto decorrente da ligação ou atuação no interesse do controlador.
53. Um entendimento como o aqui proposto levaria à desconsideração de vinculações econômicas entre a patrocinadora ou sua controladora e a entidade de previdência complementar. Veja-se que, embora esse fator tenha sido considerado no Caso Sudameris, não o foi no Caso Beg. Na verdade, considerar aspectos de dependência econômica seria mesmo ir longe demais, quase para admitir uma modalidade de "controle externo" que gerasse impedimento de voto. Como se sabe, ao menos a maioria esmagadora da doutrina considera que a lei brasileira não admitiu o figura do controlador externo, isto é, não acionista direto ou indireto.
54. Tanto no Caso Sudameris quanto na maior parte das hipóteses tratadas no Caso Beg, a maioria dos administradores da fundação era indicada pelos participantes, o que afastou o impedimento de voto. Mas no Caso Beg havia uma única assembléia realizada enquanto vigorava o estatuto da Prebeg que conferia representação paritária a patrocinadora e participantes, com voto de Minerva para membro indicado pela patrocinadora.
55. O Relator naquele caso considerou que esse fato não seria suficiente, por si só, para causar o impedimento de voto. Mas naquela eleição de conselheiro a Prebeg fora derrotada, o que tornava a acusação de todo modo improcedente.

56. A meu ver, refletindo sobre o tema, uma acusação baseada que levasse em conta apenas essa estrutura paritária com desempate para considerar a entidade impedida de votar seria mesmo improcedente. Para que procedesse, no mínimo deveria ser provado que a indicação do conselheiro se dera com desempate pelo voto de Minerva.
57. Mas a orientação que proponho seja adotada para definir a atuação do mercado e da própria CVM seria mais objetiva, e assim enunciada:

"O impedimento de voto do controlador de que trata o Parecer de Orientação 19/90 (e também o impedimento para o voto em preenchimento de outras vagas que devam ser preenchidas, segundo a lei, por votação dos acionistas minoritários) estende-se às entidades de previdência complementar patrocinadas pela companhia aberta ou por suas controladoras, desde que, **cumulativamente**: (i) a vontade política da entidade de previdência complementar, assim entendida a indicação da maioria de seus administradores máximos, caiba à patrocinadora ou seu controlador, equiparando-se a essa hipótese a de indicação paritária de tais administradores, quando o voto de desempate couber a administrador indicado pela patrocinadora ou seu controlador; (ii) não tenha sido adotado mecanismo que assegure que a deliberação de indicação de conselheiros fiscais ou de administração a serem eleitos seja adotada com a participação majoritária de administradores da entidade indicados pelos participantes. Em qualquer caso, será irrelevante a influência econômica da patrocinadora sobre a entidade de previdência complementar."

Análise do caso concreto

58. No caso concreto, mesmo se aplicada a proposta acima, mais favorável às entidades de previdência complementar, deve reconhecer-se que a Mendesprev tem sua vontade política determinada por administradores máximos que, em sua maioria (dois terços), são indicados pela patrocinadora, inexistindo qualquer mecanismos que afaste o poder de decisão de tal maioria na deliberação sobre o escolhido com conselheiro fiscal.
59. Assim, me parece configurado, no caso, o descumprimento da alínea (a) do § 4º do art. 161 da Lei das S.A., pois a Mendesprev, por sua ligação com a companhia aberta e a sua controladora, não poderia votar na eleição dos conselheiros fiscais a serem escolhidos pelos acionistas minoritários, em separado.
60. Por outro lado, não me parece que se possa falar, no caso, em violação do art. 115 da Lei das S.A., para considerar-se o voto da Mendesprev abusivo, especialmente por não se poder considerar a manifestação de entendimento anterior da CVM sobre o tema, emitida em processo administrativo afinal anulado judicialmente.
61. Ressalto, contudo, que a controvérsia jurídica quanto ao tema de que se trata justifica, a meu ver, o significativo abrandamento da pena, com a seguir proporei.

Conclusão

62. Por todo o exposto, voto pela imposição das seguintes penas aos seguintes indiciados:
- a) a Jésus Murillo Valle Mendes, Eugênio José Bocchese Mendes e Sérgio Cunha Mendes, por violação do art. 132 da Lei 6.404/76, a pena de multa individual de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), tendo em vista que a assembléia geral somente foi convocada, em segunda convocação, no mês de outubro, e que as defesas não apresentaram justificativa para o atraso; e,
- b) à Mendesprev Sociedade Previdenciária, por infração ao art. 161, § 4º, alínea (a), da Lei 6.404/76, a pena de advertência, tendo em vista a complexidade jurídica do tema de interpretação da norma violada.
63. Voto, ainda, pela absolvição desse e da outra indiciada das demais imputações que lhes foram feitas.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2007

Marcelo Fernandez Trindade

Relator

1 A redação do art. 25 do Estatuto da Mendesprev vigente até 22.12.05 (fls. 1.335) era a seguinte, quanto ao tema: "O Conselho Administrativo será composto por no mínimo 3 (três) integrantes escolhidos entre os participantes da sociedade, sendo 2/3 (dois terços) indicados pela Patrocinadora Principal e o restante pelas demais Patrocinadoras, em conjunto, com mandato de 2 (dois) anos, podendo ser reconduzido". O Estatuto vigente a partir de 22.12.05 dispõe, em seu art. 14: "Caberá à Patrocinadora principal indicar dois terços dos conselheiros, bem como os respectivos suplentes, considerando o número de Participantes de cada Patrocinadora e o montante dos respectivos patrimônios. Caberá aos participantes e assistidos o preenchimento de um terço das vagas do Conselho Deliberativo, por meio de eleição direta. Os três candidatos mais votados comporão uma lista tríplice

que será levada às Patrocinadoras para escolha e nomeação de um entre eles".

2 Para a Comissão de Inquérito, "da seqüência de fatos relatados, conclui-se que houve, por parte do grupo controlador da Mendes Júnior, o emprego de uma estratégia oportunista e deliberada de utilização do andamento do processo judicial havido entre a CVM e a Mendesprev, com o intuito de evitar que os acionistas minoritários independentes da companhia elessem seu representante para o Conselho Fiscal da sociedade" (item 113, fls. 1.431).

3 Tratou-se do Processo RJ2003/1956, de que foi Relator o Diretor Wladimir Castelo Branco, examinado pelo Colegiado em 13.05.2003. A conclusão do voto do Relator foi "no sentido de que se mantenha o entendimento da SEP, devendo a Mendesprev considerar-se impedida de participar eleição do representante dos preferencialistas no Conselho Fiscal da Mendes Júnior Engenharia S.A.. Ao ensejo, vale enfatizar que, caso a companhia não siga o entendimento da CVM ora manifesto, caberá à área técnica da Autarquia adotar as providências que julgar cabíveis no sentido de apurar-se os eventuais ilícitos cometidos, por força do disposto na Deliberação CVM nº 457/2002".

4 Proferida a decisão pelo Colegiado, mantendo o entendimento manifestado pela SEP, e rejeitado pedido de reconsideração apresentado pela Mendes Júnior Engenharia, aquela Superintendência emitiu o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/nº292/03, no qual solicitava "a manifestação da Companhia a respeito de eventuais providências a serem adotadas, tendo em vista os termos do voto do Diretor Relator, acompanhado pelo Colegiado, em 13.05.03, já encaminhado à Companhia", sob pena de multa diária.

5 Trata-se do Acórdão proferido pela 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 200351010204981), no qual se entendeu, entre outras coisas, que "a cominação de multa, nos termos do art. 11, § 11, da Lei nº 6.385/76, reforça o caráter coercitivo da decisão proferida, haja vista que em um processo de cunho consultivo, que, em tese, se presta ao fornecimento de orientação, não poderia haver a imposição de nenhuma penalidade". E ainda: "A Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder de polícia, não pode impor aos administrados sanções que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa, sob pena de ofensa ao texto constitucional". Determinei a juntada de cópia desse v. acórdão aos autos (fls.1540/1.553), a fim de facilitar o exame por meus pares e em instância recursal, se for o caso.

6 Em reunião de 30.08.2005 o Colegiado deliberou dar provimento ao recurso apresentado por acionista da Mendes Júnior Engenharia contra o entendimento da área técnica da CVM de equiparação das ações preferenciais que adquiriram direito de voto às ações ordinárias, para o efeito do pedido de instalação do Conselho Fiscal (Processo RJ 2002/7152). Posteriormente, em reunião de 10.01.2006, analisando pedido de reconsideração da Mendes Júnior Engenharia, o Colegiado manteve o entendimento anterior, mas, nos termos do voto do Diretor Relator, Pedro Oliva Marcílio de Sousa, reafirmou parcialmente a decisão para o fim de "reformar o entendimento constante do item 34 do voto da Diretora Relatora ... que afirmou que o acionista controlador agira em abuso de poder de controle." Como se vê da ata daquela reunião do Colegiado, Esclareceu o Relator que essa afirmação não era cabível, pois a discussão não se dava no âmbito de um processo administrativo sancionador e, além do mais, o controle do procedimento de votação e dos requerimentos em assembleia de acionistas é atribuído ao presidente da assembleia e não ao acionista controlador.

7 Por maioria, nomeada o Relator, Diretor Pedro Marcílio, e seu membro, o Colegiado técnico da União Federal, na qualidade de acionista controladora do Bep, a pena de advertência, por ter sido, via própria (e não a Preleg), o representante dos acionistas titulares de ações preferenciais no Conselho Fiscal. Tal condenação, entretanto, não é relevante para o caso destes autos.

8 Diversas são as normas da lei, além, que mencionam o controle indireto. Assim, por exemplo, o art. 4º, para efeito de autorizar que o controlador indireto realize a oferta pública de fechamento de capital (§ 4º), e de submeter o controlador indireto à obrigação de realizar oferta pública em caso de aumento de participação (§ 6º); o art. 254-A, para determinar a obrigação de realização de oferta pública de aquisição no caso de alienação indireta de controle. Ver, também, os arts. 236, 265 e 269.

Voto proferido pelo diretor Pedro Oliva Marcílio de Sousa na Sessão de Julgamento do dia 24 de abril de 2007.

Eu acompanho o seu voto, senhor presidente.

Pedro Oliva Marcílio de Sousa

Diretor

Voto proferido pela diretora Maria Helena de Santana na Sessão de Julgamento do dia 24 de abril de 2007.

Eu acompanho o seu voto, senhor presidente.

Maria Helena de Santana

Diretora