

SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2007/3822

Acusada: Telefônica Data do Brasil Ltda.

Ementa: Imputação de infração ao art. 162, § 2º, da Lei nº 6.404/76, que veda expressamente a eleição para o Conselho Fiscal da companhia de "empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo".

O termo "grupo", utilizado no parágrafo 2º do art. 162, não deve conflitar com o especificado no parágrafo único do art. 267, ambos da Lei nº 6.404/76.

Absolvição.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, por maioria de votos, decidiu absolver a Telefônica Data do Brasil Ltda. da imputação de infração ao art. 162, § 2º, da Lei nº 6.404/76.

Proferiu defesa oral o advogado Aloísio Napoleão, representante da Telefônica Data do Brasil Ltda.

Presente o procurador-federal Leandro Alexandrino Vinhosa, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Participaram da sessão de julgamento os diretores Sergio Weguelin, relator, Durval Soledade e a presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana, que presidiu a sessão.

Ausentes os diretores Marcos Barbosa Pinto e Eli Loria, este último em razão de impedimento declarado.

A CVM interporá recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional da absolvição proferida.

Rio de Janeiro, 14 de maio de 2008.

Sergio Weguelin

Diretor-Relator

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

Presidente da Sessão de Julgamento

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Nº RJ-2007-3822

Indiciado: Telefônica Data do Brasil Ltda.

Diretor-Relator: Sergio Weguelin

RELATÓRIO

1. Trata-se de Termo de Acusação apresentado pela Superintendência de Relações com Empresas ("SEP") contra Telefônica Data do Brasil Ltda ("TDB" ou "Acusada") por alegada infração ao art. 162, § 2º, da Lei 6.404/76⁽¹⁾ ao eleger para o conselho fiscal da companhia aberta Telefônica Data Brasil Holding S.A. ("TDBH") funcionários das sociedades Telecomunicações de São Paulo S.A. ("Telesp") e Telefônica Gestão de Serviços Compartilhados do Brasil Ltda. ("T-Gestiona"), ambas controladas indiretamente por Telefônica S.A, sociedade sediada na Espanha.
2. De acordo com o Termo de Acusação, todas estas sociedades pertencem ao grupo econômico de fato "Telefônica", e, desse modo, a eleição de empregados desta sociedade para o conselho fiscal da TDBH contraria o dispositivo legal acima citado, que expressamente veda a eleição para tal órgão de "empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo".

Origem

3. Em meados de 2006, Hedging-Griffo S.A. Corretora de Valores S.A. ("Hedging-Griffo"), na qualidade de representante de diversos fundos de investimento, questionou junto à CVM a legalidade de diversos aspectos relacionados à reestruturação societária envolvendo a TDBH⁽²⁾.
4. Embora o pedido principal da reclamação da Hedging-Griffo tenha sido indeferido àquela oportunidade ⁽³⁾, tanto por decisão da SEP quanto do Colegiado, determinou-se que algumas questões levantadas pelos reclamantes deveriam ser objeto de análise adicional. Uma destas questões era justamente a eleição de empregados de sociedade do mesmo grupo econômico para o conselho fiscal.

Análise da SEP

5. Com relação à alegada ilegalidade na eleição de conselheiros fiscais da TDBH, a SEP apurou que:
 - i. o Sr. Norair Ferreira do Carmo foi eleito nas AGO de 27.03.03, 26.03.04, 30.03.05 e 31.03.06 para o cargo de conselheiro fiscal efetivo, atribuição que exerceu concomitantemente com outros cargos junto à Telesp, que o havia admitido como funcionário em 04.01.1999;
 - ii. o Sr. Milton Shigeo Takarada foi eleito na AGO de 27.03.03 como membro suplente do conselho fiscal e nas AGO de 30.03.05 e 31.03.06 como membro efetivo deste mesmo órgão, atribuições que exerceu concomitantemente com outros cargos junto à Telesp, que o havia admitido como funcionário em 09.08.1993; e
 - iii. o Sr. Oswaldo Vieira da Luz foi eleito nas AGO de 27.03.03, 26.03.04, 30.03.05 e 31.03.06 para o cargo de conselheiro fiscal suplente, atribuição que exerceu concomitantemente com o cargo de Diretor de Contabilidade junto à T-Gestiona.
6. Em vista destes fatos, a SEP instou a TDB a se manifestar.

Manifestação da TDB

7. A TDB confirmou as informações apuradas pela SEP, mas alegou que a restrição prevista no art. 162, § 2º, a eleição de conselheiros fiscais aplica-se "apenas aos grupos formais de sociedades, tratados no art. 265". A Acusada acrescentou, ainda, que "as eleições dos conselheiros fiscais, exceto os eleitos pelo voto separado das ações preferenciais, se deram pelo voto geral das ações ordinárias, incluídos os votos dos acionistas minoritários".

Acusação

8. A SEP considerou que a manifestação trazida pela TDB foi insuficiente para alterar sua análise sobre a ilegalidade dos fatos e a responsabilidade da Acusada.
9. Com relação à interpretação proposta para o art. 162, § 2º, da Lei 6.404/76, a SEP notou que o Colegiado da CVM, em decisões proferidas nos Processos RJ 2000/4860 (Telemig), julgado em 13.02.01, e RJ 2000/4755 (Lightpar), julgado em 06.11.01, firmou, por maioria, o entendimento de que a restrição imposta pelo referido dispositivo legal se aplica a qualquer grupo de empresas sob controle comum, inclusive o chamado "grupo de fato".
10. Quanto à alegação de que os conselheiros fiscais acima identificados foram eleitos pelo "voto geral" dos titulares de ações ordinárias e não especificamente da TDB, a SEP registrou que a TDB indicou e votou nos conselheiros fiscais em questão, cujo vínculo profissional com sociedades do grupo Telefónica não poderia ser ignorado, ao contrário do que ocorreria em relação aos demais acionistas que também votaram nestes conselheiros fiscais.
11. Assim, a SEP apresentou Termo de Acusação contra a TDB por infração ao art. 162, § 2º, ao eleger para o conselho fiscal da TDBH os Srs. Norair Ferreira do Carmo, Milton Shigeo Takarada e Oswaldo Vieira da Luz, que já exerciam cargos nas sociedades Telesp e T-Gestiona, as quais, assim como a TDBH, eram indiretamente controladas pela Telefónica S.A.
12. Tempestivamente, a TDB apresentou sua defesa (fls. 409/425).

Defesa

13. A defesa ressalta inicialmente a importância dos princípios da tipicidade e da anterioridade, apontados como responsáveis pela transição do arbítrio e da incerteza para o Estado de Direito e a segurança jurídica. Tais princípios foram consagrados pelo ordenamento brasileiro em sede constitucional e são aplicáveis aos processos administrativos sancionadores.
14. Por conta destes princípios, prossegue a defesa, a Administração não pode impor sanções aos particulares sem que haja uma lei (ou, no âmbito do Direito Administrativo, ao menos uma norma regulamentar), que qualifique a conduta como ilícita. Esta qualificação não pode decorrer de interpretações extensivas de outras normas.
15. No caso concreto, estes princípios estariam sendo violados porque o art. 162, § 2º, só contém restrição para a eleição de conselheiros fiscais vinculados a outras companhias se tanto estas outras companhias como aquela em que esteja ocorrendo a eleição para seu conselho fiscal fizerem parte de convenção de grupo nos termos do art. 265 e seguintes. Ou seja, a hipótese de restrição prevista em lei não teria ocorrido na prática, já que as sociedades envolvidas não faziam parte de grupo de sociedades nem se enquadravam nas demais hipóteses do art. 162, § 2º.
16. A defesa observa quanto a este ponto que a lei, conforme sua Exposição Justificativa, distingue duas espécies de relacionamento de sociedades: de um lado as sociedades coligadas, controladoras e controladas, que mantêm entre si relações societárias segundo o regime legal de sociedades isoladas; e de outro as sociedades controladoras e controladas que por convenção passam a constituir grupos com disciplina própria.
17. A lei usa vocábulos distintos quando quer designar cada uma destas duas espécies de relacionamento: no primeiro caso, utiliza uma ou mais das seguintes expressões: "sociedades coligadas", "sociedades controladas" ou "sociedades controladoras"; no segundo caso, utiliza o termo "grupo". No art. 162, § 2º, foi utilizado o vocábulo "grupo", razão pela qual deve-se entender que o comando ali previsto alcança apenas o tipo de relacionamento descrito no art. 265.
18. A ampliação do sentido do vocábulo "grupo" decorreria de uma interpretação extensiva ou analógica, o que não se admite na seara do Direito Penal e das normas administrativas de caráter sancionatório.
19. Embora reconheça que a CVM possui precedentes em sentido contrário, a defesa sustenta que as decisões proferidas nestes casos não se prestam a embasar uma eventual punição no processo ora sob análise. E isto não apenas porque prevaleceu nos casos anteriores uma descabida interpretação extensiva, como anteriormente argumentado, mas também porque aqui se cuida de um processo sancionador, não da eventual manutenção de uma determinação da SEP.
20. Mesmo que se pretenda ampliar a restrição contida no art. 162, § 2º, isto só poderia ser feito por meio de uma norma própria. Não poderia a CVM pretender punir antes mesmo de normatizar a matéria. Não poderia a CVM valer-se de um caso concreto para substituir a prévia existência de norma indicativa da ilicitude da conduta.
21. Por fim, a defesa lembra que a Lei das S.A. estabelece mecanismos eficazes para permitir a atuação individual de cada membro do conselho fiscal no sentido de desempenhar suas funções de fiscalização. No caso da TDBH, os trabalhos de seu conselho fiscal sempre observaram as regras legais quanto à autonomia de ação de cada um de seus membros, e o conselheiro fiscal indicado pelos minoritários sempre pôde exercer suas atividades e manifestar sobre todos os atos de administração da forma como entendesse conveniente.
22. Assim, a despeito de uma suposta "tendência de acompanhar o controlador" que recairia sobre os membros do conselho fiscal por ele indicados, a minoria acionária não sofreria prejuízos. Seria irrelevante, portanto, a discussão sobre a isenção dos membros do conselho fiscal que fazem partes dos quadros de outras sociedades pertencentes ao mesmo conglomerado empresarial da sociedade sob fiscalização.
23. Com base nestes argumentos, a Acusada pleiteia sua absolvição e o arquivamento do presente processo.

VOTO

1. Como visto, a TDB é acusada por infração ao art. 162, § 2º, ao eleger para o conselho fiscal da TDBH os Srs. Norair Ferreira do Carmo, Milton Shigeo Takarada e Oswaldo Vieira da Luz, que já exerciam cargos nas sociedades Telesp e T-Gestiona, as quais, assim como a TDBH, eram indiretamente controladas pela

2. A questão central deste processo é a interpretação do art. 162, § 2º, da Lei 6.404/76, que dispõe:

Art. 162. Somente podem ser eleitos para o conselho fiscal pessoas naturais, residentes no País, diplomadas em curso de nível universitário, ou que tenham exercido por prazo mínimo de três anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal.

(...)

§ 2º Não podem ser eleitos para o conselho fiscal, além das pessoas enumeradas nos parágrafos do art. 147, membros do conselho de administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia. (Sem grifos no original).

3. Os defendentes entendem que o termo 'grupo' engloba apenas o grupo de direito, referido no art. 265 da Lei 6.404/76, e não o grupo econômico de fato. O termo de acusação, por outro lado, parte da premissa que o art. 162, § 2º, alcança tanto os grupos de direito como os grupos de fato.
4. Compreendo e considero plenamente defensável a interpretação que restringe o escopo deste artigo aos grupos de direito⁽⁴⁾.
5. A própria existência de um conceito específico atribuído ao vocábulo "grupo" já predispõe a interpretação de que todas referências a este termo sejam lidas com base neste mesmo conceito. Ainda mais em se tratando de um diploma legal de grande rigor sistemático, como se sabe ser o caso da Lei 6.404/76.
6. Mesmo porque, em outras situações em que se pretende alcançar as sociedades dentro de um mesmo grupo de fato, a lei não utiliza a expressão grupo, mas, ao contrário, discrimina, conforme o caso, tratar-se de controlada, controladora, coligada, etc.
7. Isto ocorre, aliás, no próprio art. 162, § 2º, que estende a vedação da eleição de conselheiros fiscais a empregados da sociedade controlada ou outra do mesmo grupo. Dir-se-á que se as sociedades controladas já estivessem inseridas no conceito de grupo (e pelo conceito de grupo econômico de fato certamente estariam), esta especificação seria inútil. Evidentemente, a lei deve ser interpretada no pressuposto de que não contém palavras inúteis.
8. Como também já se argumentou, o dispositivo em questão teria presumido a incapacidade do conselheiro fiscal em razão apenas de sua vinculação com os administradores da sociedade (e, por extensão, com as sociedades controladas, em nome das quais estes administradores exercem o voto), mas não com os acionistas controladores. A exceção seria justamente o caso do grupo de direito, em que a vinculação do conselheiro fiscal com qualquer sociedade do grupo geraria a incapacidade para a função. E isto porque, no caso dos grupos, admite-se que diversos outros interesses sejam postos à frente dos interesses da sociedade, sendo assim teoricamente possível arquitetar uma hipótese em que os conselheiros fiscais estivessem vinculados aos administradores sem incorrer diretamente nos demais casos previstos no art. 162, § 2º.
9. Em favor desta tese, pesa, ainda, o caráter restritivo da norma, o que recomenda uma interpretação também restritiva, ainda no mais no âmbito de um processo sancionador.
10. Porém, a despeito de todos estes argumentos, filio-me à corrente contrária, que tem prevalecido na CVM até a presente data. E o faço por uma simples razão:
11. A clara intenção da lei ao impedir que empregados de sociedades do mesmo grupo componham o conselho fiscal foi assegurar a independência das atividades do órgão, as quais, como a sua designação já indica, consistem basicamente em fiscalizar a administração da sociedade. Evidentemente, não pode haver fiscalização sem independência.
12. Pois bem: e o que muda, realmente, do ponto de vista da independência do conselheiro, pelo fato de duas sociedades terem ou não firmado convenção, quando na prática já estão unidas por razões econômicas? Será que o conselheiro se sentirá menos constrangido pela ausência de uma convenção de grupo entre a sociedade da qual é empregado e àquela de que é conselheiro?
13. A resposta, óbvia, a meu sentir, é que não. Com ou sem convenção de grupo, o interesse do empregador do

conselheiro estará em jogo e isto é o que lhe retira a independência.

14. Como tive a oportunidade de me manifestar em um processo recentemente apreciado pelo Colegiado ⁽⁵⁾, uma relação de emprego pode ser suficiente para caracterizar o conflito de interesses até mesmo em relação ao administrador e conseqüentemente impedi-lo de atuar em determinadas matérias. Com muito mais razão, o raciocínio se aplica ao conselheiro já que sua tarefa envolve a fiscalização da administração promovida por seu empregador.
15. Normalmente os que advogam a tese contrária o fazem nem tanto por contestar a perda de independência do conselheiro fiscal, mas pela preservação da coerência sistemática da lei.
16. Embora me pareça que realmente a leitura sistemática da lei restrinja o escopo do art. 162, § 2º, ao grupo de direito, e ainda que este talvez tenha sido uma opção consciente do legislador, isto não impede uma interpretação igualmente legítima que privilegie a finalidade da lei e o contexto atual de sua aplicação.
17. Segundo os autores da lei, o grupo de direito, isto é, o grupo de sociedades previsto no art. 265 é "uma forma evoluída de inter-relacionamento de sociedades que, mediante aprovação pelas assembléias gerais de uma 'convenção de grupo' dão origem a uma 'sociedade de sociedades'"⁽⁶⁾.
18. Os 30 anos decorridos desde a edição da lei permitem constatar que o fenômeno das "sociedades de sociedades" realmente se concretizou, mas a forma do grupo de direito não alcançou o grau de disseminação que se supunha. Por outro lado, neste tempo vem sendo crescentemente reconhecido como uma boa prática de governança corporativa que os cargos de administração e conselho fiscal sejam desempenhados por membros independentes.
19. Eis, portanto, o resultado que todo o rigor da interpretação sistemática da norma produz: desvia a norma da finalidade por ela pretendida, restringe sua aplicabilidade a um grupo muito escasso de hipóteses práticas (já que os grupos de direito são, de longe, a exceção, não a regra) e vai contra o que se reconhece como uma boa medida de governança corporativa.
20. Carlos Maximiliano ensina que ⁽⁷⁾:

"O objetivo da norma, positiva ou consuetudinária, é servir a vida, regular a vida; destina-se a lei a estabelecer a ordem jurídica, a segurança do Direito. Se novos interesses despontam e se enquadram na letra expressa, cumpre adaptar o sentido do texto antigo ao fim atual".

"A pesquisa não fica adstrita ao objetivo primordial da regra obrigatória; descobre também o fundamento hodierno da mesma. A ratio iuris é uma força viva e móvel que anima os dispositivos e os acompanha no seu desenvolvimento". (...) "Não só o sentido evolve, mas também o alcance das expressões de Direito" (grifos no original)⁽⁸⁾.
21. E mais adiante recomenda ⁽⁹⁾:

"(...) dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor conseqüência para a coletividade" (grifos no original).
22. Em linha com estas ponderações, acredito que deva prevalecer a interpretação teleológica do art. 162, § 2º, ou seja, deve-se privilegiar a finalidade precípua do dispositivo de exigir padrões mais elevados de independência dos conselheiros fiscais⁽¹⁰⁾.
23. A defesa apresenta ainda um outro posicionamento sobre a composição do conselho fiscal do qual também discordo e que julgo importante enfrentar. Refiro-me ao que me parece ser uma sugestão implícita de "compensação": como os minoritários podem eleger conselheiros fiscais, e estes detêm importantes prerrogativas individuais, pouco importa que os demais conselheiros tenham sua independência comprometida.
24. Este raciocínio parece desconsiderar que a lei sujeita todos os conselheiros fiscais aos mesmos requisitos, sejam eleitos pelos controladores, sejam eleitos por acionistas minoritários. Portanto, por mais que os

conselheiros eleitos pelos minoritários tivessem toda a liberdade para agir – que aliás é o que se espera –, isto não exime os conselheiros eleitos pelos controladores de observar o disposto no art. 162, § 2º.

25. Com relação ao argumento de que a natureza sancionadora deste processo impede que prevaleça a interpretação ora proposta para o art. 162, § 2º, há duas observações que gostaria de fazer:
26. A primeira é que a regra de hermenêutica que impõe uma interpretação restritiva nestes casos é típica do Direito Penal e sua transposição para o âmbito do Direito Administrativo Sancionador merece cautela. Embora, de fato, diversas garantias aplicáveis na seara penal possam e devam ser estendidas aos defendentes em processos administrativos punitivos, deve-se manter em vista as diferenças entre as duas esferas. Do mesmo modo, deve-se manter em vista, também, as diferenças entre as relações jurídicas estabelecidas e disciplinadas pela Lei das S.A. e aquelas de que tratam as normas de caráter criminal.
27. Em outras palavras, não se pode ler a Lei das S.A. como se fosse o Código Penal. Os dispositivos da lei societária prescindem do viés restritivo que busca limitar as normas de caráter penal tanto quanto possível aos casos claramente nela especificados.
28. A Lei das S.A. pode ser interpretada mais livremente – evidentemente, desde que com a razoabilidade necessária para não deturpar ou desfigurar seu sentido –, e do mesmo modo a CVM, a quem cabe fiscalizar e assegurar o cumprimento desta lei no que tange às companhias abertas, pode punir os infratores com base na interpretação que entenda mais adequada. Do contrário chegar-se-ia à inusitada e confusa situação em que a CVM adotaria duas interpretações para a lei: uma que entendesse correta e ideal; outra a que conseguisse impor aos participantes do mercado.
29. A segunda observação que faço sobre este ponto é que, mesmo na seara penal, é perfeitamente possível que se interprete um termo que está previsto na lei de forma mais ou menos ampla. Ao contrário do que a defesa parece sugerir, os princípios da tipicidade e da anterioridade em matéria penal não obrigam a que se opte, sempre, pela interpretação mais favorável ao réu.
30. Um exemplo do que ora se alega é a clássica discussão em torno da qualificadora do uso de veneno no crime de homicídio⁽¹¹⁾. A acepção mais estreita do vocábulo "veneno" é a de "qualquer substância mineral, vegetal ou animal que introduzida no organismo é capaz de, mediante ação química, bioquímica ou mecânica, lesar a saúde ou destruir a vida"⁽¹²⁾; porém, a doutrina majoritária considera que o termo "veneno" também engloba as hipóteses, por exemplo, do uso de açúcar contra uma pessoa que sofra de diabetes, ou o uso de alguma substância que se saiba provocar reação alérgica na vítima.
31. Enfim, o paralelo com o presente caso é muito claro. Assim como se admite o uso do termo "veneno" em sentido mais amplo do que seria possível interpretá-lo, também o vocábulo "grupo" pode ser lido em seu sentido mais abrangente. Principalmente fora da seara criminal.
32. De todo modo, acredito que por assunto comportar alguma controvérsia e pelo fato de que os dois precedentes sobre a matéria não envolverem processos sancionadores, sugiro para este caso específico uma penalidade menor do que normalmente o faria.
33. Por todo o exposto proponho, com fundamento no art. 11, I, da Lei nº 6.385/76, a aplicação da penalidade de advertência a Telefônica Data do Brasil Ltda. por infração ao art. 162, § 2º, da Lei 6.404/76.

Rio de Janeiro, 14 de maio de 2008.

Sergio Weguelin

DIRETOR-RELATOR

É o Relatório.

⁽¹⁾Salvo indicação em contrário, todas as menções a dispositivos legais referem-se à Lei 6.404/76.

⁽²⁾Processo CVM RJ 2006-3388, julgado em 22.08.2006.

⁽³⁾A Hedging Griffo sustentava que para deliberar acerca da proposta seria necessário ter acesso ao plano de negócios para aprovação de crédito fiscal em 2005 e aos orçamentos de resultados e investimentos de 2006.

(4) Os argumentos neste sentido, desenvolvidos em maior profundidade, estão disponíveis para acesso nos votos vencidos proferidos nos Processos 2000-4860 e 2000-4755, julgados respectivamente em 13.02.2001 e 06.11.2001.

(5) Processo CVM nº 2007-3453, julgado em 04.03.08.

(6) Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, 3ª edição, v.1, p. 257

(7) Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª edição, p. 126

(8) No mesmo sentido, Rui Stoco: "A lei pode ter um valor diferente do que foi pensado pelos seus autores, que pode produzir conseqüências e resultados imprevisíveis, ou pelo menos, inesperados no momento em que foi editada". "Por essa razão o intérprete ou o aplicador da lei tem a importante função de servir de elo entre o passado, o presente e o futuro". (Rui Stoco, *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*, 2002, p. 35)

(9) Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª edição, p. 135

(10) Ainda segundo Carlos Maximiliano, "Considera-se o direito como uma ciência primariamente normativa ou *finalística*; por isso mesmo sua interpretação há de ser, na essência, *teleológica*. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua função prática" (grifos no original). (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª edição, p. 124)

(11) Art. 121 - Matar alguém:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

(...)

§ 2º - Se o homicídio é cometido:

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

(...)

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos."

(12) Julio Fabbrini Mirabete, *Código Penal Comentado*, 5ª edição, páginas 925-926

Voto proferido pelo Diretor Durval Soledade na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2007/3822 realizada no dia 14 de maio de 2008.

Entendo que a principal questão deste Processo Administrativo é o alcance da expressão "do mesmo grupo", constante do parágrafo 2º do art. 162 da Lei nº 6.404/76.

Tal discussão, em resumo, é se a palavra "grupo", usada no parágrafo acima citado, deve ser interpretada em seu sentido geral, ou se é uma expressão tecnicamente delimitada e que se refere especificamente ao grupo de sociedades que está no art. 267 da mesma lei.

Notadamente, o parágrafo único desse artigo é exato ao definir: "somente os grupos organizados de acordo com esse capítulo poderão usar a designação com as palavras "grupo", ou "grupo de sociedades" [grifo meu e aspas no original]

É reconhecida a precisão técnica da Lei nº 6.404/76, razão pela qual é difícil aceitar que o termo "grupo", utilizado no parágrafo 2º do art. 162 da Lei Societária, conflite com a terminologia especificada no parágrafo único do art. 267. O próprio uso de aspas para as expressões "grupo" e "grupo de sociedades", que a lei utiliza, demonstra que seus autores queriam restringir sua utilização. O dicionário Houaiss define aspas como "sinal gráfico que delimita uma situação, título de obra, denominação comercial etc".

Acrescento, ainda, no ensinamento de Carlos Maximiliano, que se contorna em parte o escolho referido com o examinar não só o vocábulo em si, mas, também em conjunto, em conexão com os outros, indagar em seu significado em mais de um trecho da mesma lei ou repositório (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*).

Na mesma linha de rigor do uso das referidas expressões, vale transcrever a manifestação do festejado autor Fábio Konder Comparato: "Segundo a Lei nº 6.404/76, só existirá oficialmente um "grupo de sociedades" quando uma sociedade controladora e suas controladas celebrarem convenções pela qual se obriguem a cominar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou participar de atividades ou empreendimentos comuns" [aspas no original].

O mesmo autor, mais adiante, diz: "só esse conjunto de sociedade que está legalmente autorizado à designação de "grupo de sociedades", ou "grupo" [aspas no original e grifo meu] (*Ensaio e Pareceres em Direito Empresarial*).

O também respeitado autor José Edvaldo Tavares Borba segue no mesmo caminho: "Somente se aproveitarão os grupos de direito, aos quais inclusive foram reservadas as designações "grupos de sociedades", ou "grupos" (grifos meus e aspas no original).

Por tais razões, discordo, respeitosamente, do diretor-relator, e entendo que não houve infração do parágrafo 2º do art. 162 da Lei nº 6.404/76, e, em conseqüência, voto pela absolvição da indiciada.

Durval Soledade

Voto proferido pela presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana, na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2007/3822 realizada no dia 14 de maio de 2008.

1. Infelizmente, sou forçada a divergir da conclusão do Relator, justamente porque considero que está correta a visão que expressa na maior parte de seu voto, sobre a melhor leitura sistemática para a regra da lei em que se baseou a acusação neste Processo.
2. Quando comecei a estudar este caso, duas perguntas surgiram imediatamente: (1) a lei, como foi redigida, poderia se referir, no §2º do art. 162, a "grupo" como àquele que não foi constituído legalmente na forma do Capítulo XXI da Lei das S.A.?.; (2) considerando a finalidade do impedimento previsto no art. 162, §2º da Lei das S.A., faz sentido que ele alcance empregados de grupos de fato?
3. Começando pela segunda pergunta, relativa à ponderação da finalidade da lei com os seus termos escritos, vejo que, de um lado, alguns, como o ex-presidente José Luiz Osório e os ex-diretores Wladimir Castelo Branco e Norma Parente, sustentaram que a finalidade da lei é a de evitar vínculos dos membros do conselho fiscal com o acionista controlador; de outro lado, os então diretores Luiz Antonio de Sampaio Campos e Marcelo Fernandez Trindade (que acompanhou voto apresentado pelo primeiro no processo RJ 2000/4860), ficaram vencidos em seu entendimento de que a lei, ao contrário, visou a coibir vínculos do conselheiro fiscal com os administradores da companhia. O Relator, nos termos de seu voto, concluiu pelo entendimento defendido pelos primeiros, vencedor em dois precedentes (processos RJ 2000/4860 e RJ 2000/4755).
4. Analisando o §2º do art. 162 em sua literalidade, vejo, nitidamente, uma preocupação de vínculo do membro do conselho fiscal com o administrador. A não ser pela referência a empregados "de sociedade controlada ou do mesmo grupo", justamente o objeto de controvérsia neste processo, os demais termos do §2º se referem à relação direta com administradores da companhia em que foi instalado o conselho fiscal.
5. Com efeito, excluindo do §2º, por hipótese, a referência a "sociedade controlada ou grupo", tem-se que a lei impede a eleição de membros da administração, de empregados, e de cônjuge ou parentes de administradores da própria companhia. Nenhuma dessas proibições se refere à relação do membro do conselho fiscal eleito com o acionista controlador, mas unicamente à relação dos conselheiros fiscais com a administração da companhia, seja por serem parte dela, por serem empregados por ela ou por serem parentes de membro da administração.
6. E penso que era esse, efetivamente, o objetivo originário do legislador: evitar que pessoas que possuíssem laço de subordinação com os administradores da sociedade exercessem cargo no Conselho Fiscal. Caso contrário, não teria tratado de tantos impedimentos diretamente relacionados ao vínculo de quem seria eleito membro do conselho fiscal com o administrador da companhia onde foi o órgão instalado.^(a)
7. Visto sob esse prisma, de evitar subordinação do conselheiro fiscal à administração da respectiva companhia, me pergunto se faz sentido a lei se referir a empregados de controladas ou do mesmo grupo.
8. Entendo que sim. No caso da controlada, pela relação de controle, o administrador da controladora pratica atos que repercutem na controlada, sendo perfeitamente factível imaginar que o empregado da controlada possa ter relação de subordinação, ou outra na qual sua independência esteja comprometida, com administrador da controladora.
9. No caso do grupo de sociedades, regulado no Capítulo XXI da Lei das S.A., a lei claramente prevê no art. 266^(b) a possibilidade de a convenção do grupo regular a coordenação e subordinação dos administradores das sociedades filiadas, além de tratar sobre a própria relação entre as sociedades e sua estrutura administrativa. Ainda, o art. 273^(c) deixa clara a existência de relação de subordinação entre as administrações das sociedades filiadas, tanto que elas devem observar as orientações gerais e instruções expedidas pelos administradores do grupo.
10. Portanto, no contexto do grupo de sociedades como previsto na lei, onde os empregados das sociedades que integram o grupo podem possuir relação de subordinação com os administradores do grupo ou de sociedades filiadas, também faz todo sentido que a esses empregados seja estendida a regra do impedimento para exercer cargo no conselho fiscal.
11. Aliás, a disciplina legal especial dos grupos de sociedades regulados pela Lei das S.A. me leva a discordar da conclusão do Relator de que não há diferença prática, do ponto de vista da independência do conselheiro, entre o grupo de fato e o grupo de direito. Como acabo de referir, acho que a lei criou justamente essa diferença

prática: enquanto no grupo de direito há subordinação entre administradores de sociedades que podem não possuir sequer controle comum (além de se afastar a regra da comutatividade entre partes relacionadas prevista no art. 245), no grupo de fato essa subordinação não existe (e a regra do art. 245 se aplica), justamente por inexistir a convenção de grupo criando-a.

12. Feito esse aparte e respondida afirmativamente minha pergunta, faço a mesma pergunta, agora sob o pressuposto defendido pelo Relator e por decisões anteriores desta autarquia: visto do ponto de vista da relação entre conselheiro fiscal e acionista controlador, faz sentido a lei impedir a eleição de empregados de controladas (da companhia) e de empresas do grupo (lido como sendo o grupo econômico de fato)?
13. Minha resposta é negativa e a justifico, em primeiro lugar, pela própria finalidade do órgão, eminentemente relacionada à administração da companhia, e não ao acionista controlador e, em segundo lugar, pelo texto legal que, como entendo, no §2º do art. 162 somente se preocupou com uma relação, a do conselheiro com o administrador.
14. Considerando que a competência legal do Conselho Fiscal ^(d) é exclusivamente fiscalizar e opinar sobre atos da administração, parece natural que o legislador tenha se preocupado em evitar, o quanto entendeu possível, que sejam eleitos conselheiros pessoas que mantenham vínculo de subordinação justamente com os administradores, cujos atos serão fiscalizados e submetidos aos conselheiros.
15. E, no que se refere à atuação dos conselheiros fiscais, são eles sujeitos ao dever, comum a todos os administradores, de agir para lograr os fins e no interesse da companhia, ainda que tenham sido eleitos por grupo ou classe de acionistas. A esse respeito, o §1º do art. 154 é cristalino: o administrador eleito por grupo de acionistas tem os mesmos deveres que os outros, não podendo faltar a esses deveres para defender o interesse dos que os elegeram.
16. Portanto, o fato de a regra de impedimento prevista no §2º do art. 162 se preocupar com a relação dos eleitos com os administradores não quer dizer que a relação dos conselheiros fiscais com quaisquer acionistas não seja regulada, apenas que não houve necessidade de criação de regra especial ou diferente da que é aplicável aos demais administradores.
17. Aliás, me parece que se o legislador tivesse se preocupado com a relação do conselheiro fiscal com acionista, teria limitado a possibilidade de acionista da companhia ser eleito conselheiro fiscal, o que não fez. Não há qualquer vedação legal para que acionista (até mesmo o controlador) seja eleito membro do conselho fiscal.
18. É claro que com isto não quero dizer que, na prática, não possa ocorrer que a atuação do conselheiro fiscal fique comprometida por influência de acionista da companhia, mas neste caso cabe, inclusive, a responsabilização do conselheiro, por infração aos seus deveres legais. Vejo que o texto legal, ao qual devemos nos limitar, presumiu a incompatibilidade do empregado que possui vínculo de subordinação de exercer função que pressupõe justamente fiscalizar, questionar e até mesmo denunciar o administrador e não a incompatibilidade do empregado que possui vínculo com acionista (que não seja administrador, naturalmente).
19. Passando a abordar minha outra dúvida principal, quanto à lei se referir no §2º do art. 162 a "grupo" para exprimir a idéia de grupo de fato e não do grupo de direito regulado no Capítulo XXI da Lei das S.A., também não vejo como reconhecer essa possibilidade.
20. Em primeiro lugar, porque faz sentido dentro do seu sistema, como já disse, que a lei se preocupe com a relação de subordinação existente entre os empregados de grupo de sociedades e administradores das sociedades do grupo, justamente porque a lei prevê uma subordinação especial e diferente entre as administrações do grupo de sociedades nela regulado.
21. Em segundo lugar, porque estou inteiramente de acordo com o voto do ex-diretor Luiz Antonio Campos (cujo entendimento, aliás, acompanho), que lembra, a esse respeito, que, no âmbito da Lei das S.A., a expressão "grupo" só pode se referir a "grupo de sociedades":

"a expressão 'grupo', no contexto societário (excluído por óbvio o contexto contábil de 'grupo' de contas), só é utilizada na Lei n.º 6.404/76 para tratar de 'grupo de sociedades'. (...) Verificando-se a seção própria ao 'grupo de sociedades' comprovar-se-á que em diversas passagens do texto consta apenas a expressão 'grupo', sem a qualificação 'de sociedades', sendo a mais sintomática aquela do artigo 267 da Lei das S.A. que expressamente estabelece que somente o 'grupo' de sociedades pode utilizar a palavra 'grupo' em sua

denominação social."^(e)

22. Ainda, penso que se fosse intenção do legislador incluir grupos de fato ao se referir a "grupo" no §2º, não faria qualquer sentido esse mesmo dispositivo se referir a empregados da "controlada", já que a referência a grupos de fato já inclui, automaticamente, não só as controladas como as coligadas e controladoras, que, aliás, não estão sequer referidas no §2º.
23. Assim, respondendo às principais indagações que nortearam minha análise do caso, entendo que a Lei das S.A. não se refere a grupo de fato no §2º do art. 162 e, considerando a finalidade do dispositivo, não faria sentido entender que a lei se referiu a grupos de fato, pois somente nos grupos de direito é que há relações especiais de subordinação entre administrações de sociedades e, portanto, de subordinação entre administradores e empregados, justamente o denominador comum das hipóteses de impedimento previstas no dispositivo legal analisado.
24. Por tudo isso, não posso concordar com a interpretação do Relator de que a finalidade do §2º do art. 162 é a de preservar a independência do membro do conselho fiscal de modo amplo, impedindo também que sejam eleitos empregados do acionista.
25. A meu ver, a Lei das S.A., nesse dispositivo, visou única e exclusivamente a que certas relações de subordinação entre empregados e administradores constituíssem impedimento legal para que esses empregados fossem eleitos para exercer cargo justamente em órgão cuja primordial finalidade é a de fiscalizar os administradores.
26. Dito isso, destaco que esta disposição da lei é, a meu ver, insatisfatória, se pretende assegurar uma melhor atuação do conselho fiscal apenas privilegiando membros com independência em relação à própria companhia e a sua administração. Este é um aspecto importante mas penso que insuficiente. Se a lei impede a eleição de conselheiros fiscais nessas condições, seria também saudável que o fizesse na presença de vínculo de subordinação em relação ao acionista controlador ou a empresas por ele controladas.
27. As definições de conselheiro independente presentes no Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC e no Regulamento do Novo Mercado da BOVESPA, para citar as duas referências mais importantes nesse aspecto existentes no Brasil, preocupam-se em caracterizar como presumindo falta de independência relações existentes tanto com a companhia e seus administradores como com o acionista controlador.
28. Creio que a presença de conselheiros independentes nos órgãos de administração e fiscal, ou até a própria predominância de membros com essa característica, contribui para a maior efetividade no funcionamento desses órgãos, em benefício da companhia, mas a minha opinião em favor de uma regra como essa não pode me impedir de reconhecer o que a lei claramente quis dizer.
29. Concluindo, aplicando minha interpretação do §2º do art. 162 da Lei das S.A. ao caso concreto, entendo que não houve irregularidade, na medida em que o dispositivo não trata como impeditiva a hipótese de eleição de empregado de sociedade pertencente ao mesmo grupo econômico, não constituído como o grupo de sociedades regulado na Lei das S.A.
30. Voto, portanto, pela absolvição da Telefônica Data do Brasil Ltda.

Rio de Janeiro, 14 de maio de 2008.

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

Presidente

^(a)Trajano de Miranda Valverde, autor do anteprojeto do Decreto-Lei 2627, antecessor da atual Lei das S.A. e que possuía justamente a atual redação do §2º do art. 162, sem a referência a *empregados de sociedade controlada ou do mesmo grupo*, esclareceu em seu livro que: "A incompatibilidade, no primeiro caso, resulta do laço de subordinação que prende o empregado aos diretores da sociedade, no segundo, do parentesco, consanguíneo ou afim, pois a lei não distingue, até o terceiro grau. Presume a lei, de modo absoluto, que a pessoa não está em condições de cumprir, com independência, os deveres, que lhe são impostos." (*Sociedades por Ações*, vol. II, 2ª ed., pp. 343-344. Rio de Janeiro: Forense, 1953)

^(b)Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades

filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos."

(c)"Art. 273. Aos administradores das sociedades filiadas, sem prejuízo de suas atribuições, poderes e responsabilidades, de acordo com os respectivos estatutos ou contratos sociais, compete observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos administradores do grupo que não importem violação da lei ou da convenção do grupo."

(d)Art. 163. Compete ao conselho fiscal:

I - fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários;

II - opinar sobre o relatório anual da administração, fazendo constar do seu parecer as informações complementares que julgar necessárias ou úteis à deliberação da assembleia-geral;

III - opinar sobre as propostas dos órgãos da administração, a serem submetidas à assembleia-geral, relativas a modificação do capital social, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamentos de capital, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão ou cisão;

IV - denunciar, por qualquer de seus membros, aos órgãos de administração e, se estes não tomarem as providências necessárias para a proteção dos interesses da companhia, à assembleia-geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia;

V - convocar a assembleia-geral ordinária, se os órgãos da administração retardarem por mais de 1 (um) mês essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes, incluindo na agenda das assembleias as matérias que considerarem necessárias;

VI - analisar, ao menos trimestralmente, o balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente pela companhia;

VII - examinar as demonstrações financeiras do exercício social e sobre elas opinar;

VIII - exercer essas atribuições, durante a liquidação, tendo em vista as disposições especiais que a regulam."

(e)Pelo fato de, para fins do §2º do art. 162, estar convencida de que a referência a grupo naquele dispositivo só pode se referir ao grupo de sociedades regulado pela Lei das S.A., não me dediquei a analisar, a fundo, se há eventualmente outro dispositivo da lei que possa se referir ao grupo de fato, mas concordo com os argumentos do ex-diretor Luiz Antonio Campos, de que a Lei das S.A. possui rigor técnico suficiente para diminuir, se não afastar por completo, a possibilidade de seus autores se referirem a "grupo" querendo se referir ao grupo de fato, não regulado por eles.