

SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

SANCIONADOR CVM Nº 20/04

Acusados: AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda.
Glória Maria Moreira Salles Amato
Luis Augusto Egydio Canedo
Mário Amato
Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda.
Riomar Comercial e Administradora Ltda.
Rogério Pinto Coelho Amato
Walter Sacca

Ementa: - Eleições em separado de representante dos preferencialistas para o Conselho Fiscal da companhia aberta Springer S/A, em assembléias gerais, nas quais se verificou a participação de acionistas controladores e administradores entre os votantes. Inteligência do art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei nº 6.404/76 abordada pelo Parecer de Orientação CVM nº 19.

- Abuso de Poder de Controle. Multa e Absolução.

- Abuso de Direito de Voto. Multa e Absolução.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e com fundamento no art. 11, inciso II, e § 1º, inciso I, da Lei nº 6.385/76, por unanimidade de votos, decidiu:

1) Absolver os acusados Riomar Comercial e Administradora Ltda. e Glória Maria Moreira Salles Amato de todas as imputações referentes às Assembléias Gerais Ordinárias de 29/04/03 e 28/04/04 da Springer S.A.;

2) Absolver os acusados Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda., Mário Amato e Rogério Pinto Coelho Amato de todas as imputações referentes à AGO de 28/04/04 da Springer S.A. e da imputação de induzimento de administrador a praticar ato ilegal, em infração ao art. 117, § 1º, alínea "e" da Lei nº 6.404/76;

3) Aplicar a pena de multa pecuniária individual no valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) aos acusados Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda., Mário Amato e Rogério Pinto Coelho Amato por descumprimento do disposto no art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei nº 6.404/76, na Assembléia Geral Ordinária de 29/04/03 da Springer S.A., caracterizando abuso do direito de voto, conforme previsto no art. 115, caput, da Lei nº 6.404/76 em concurso com a imputação de abuso de poder de controle, conforme previsto no art. 117, § 1º, alínea "c" da Lei nº 6.404/76 e no art. 1º, inciso I da Instrução CVM nº 323/00;

4) Absolver o acusado Walter Sacca da imputação de abuso de poder de controle, conforme previsto no art. 117, § 1º, alínea "c" da Lei nº 6.404/76 e no art. 1º, inciso I, da Instrução CVM nº 323/00 e aplicar-lhe a pena de multa pecuniária no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) por descumprimento do disposto no art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei nº 6.404/76, nas Assembléias Gerais Ordinárias de 29/04/03 e 28/04/04 da Springer S.A., caracterizando abuso do direito de voto, conforme previsto no art. 115, caput, da Lei nº 6.404/76;

5) Aplicar a pena de multa pecuniária individual aos acusados Luis Augusto Egydio Canedo e AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda. no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) por descumprimento do disposto no art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei nº 6.404/76, na Assembléia Geral Ordinária de 28/04/04 da Springer S.A., caracterizando abuso do direito de voto, conforme previsto no art. 115, caput, da Lei nº 6.404/76; e

6) Comunicar o resultado do julgamento ao Conselho de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo, devido à conduta irregular executada por Luis Augusto Egydio Canedo no tocante à simulação fraudulenta operada.

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 dos artigos 37 e 38 da Deliberação CVM nº 538, de 05 de março de 2008, prazo esse, ao qual, de acordo com orientação fixada pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, poderá ser aplicado o disposto no art. 191 do Código de Processo Civil, que concede prazo em dobro para recorrer quando litisconsórcios tiverem diferentes procuradores.

A CVM oferecerá recurso de ofício das absolvições proferidas ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Ausentes os acusados e os seus representantes.

Presente o procurador-federal Marcos Martins Davidovich, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Participaram do julgamento os diretores Eli Loria, relator, Marcos Barbosa Pinto, Sergio Weguelin e a presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana, que presidiu a sessão.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2008.

Eli Loria

DIRETOR-RELATOR

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

PRESIDENTE DA SESSÃO DE JULGAMENTO

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 20/2004

Interessados: Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda.

Riomar Comercial e Administradora Ltda.

Mário Amato

Rogério Pinto Coelho Amato

Glória Maria Moreira Salles Amato

Walter Sacca

Luis Augusto Egydio Canedo

AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda.

Diretor-Relator: Eli Loria

RELATÓRIO

Trata-se de Relatório apresentado (fls.293/306) em 10/02/05 pela Comissão de Inquérito, designada em 28/09/04 (fls. 01), em virtude de possível infração ao art. 161, § 4º, alínea "a",¹ da Lei nº 6.404/76, interpretado conforme o Parecer de Orientação CVM nº 19/90, nas eleições em separado de representante dos preferencialistas para o Conselho Fiscal da SPRINGER S/A ("SPRINGER") nas Assembléias Gerais Ordinárias de 29/04/03 e 28/04/04, nas quais se verificou a participação de acionistas controladores e administradores entre os votantes.

Os acusados foram devidamente intimados (fls. 318/325), apresentando defesas tempestivas às fls. 336/343 (Walter Sacca), fls. 344/346 (AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda), fls. 347/353 (Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda, Riomar Comercial e Administradora Ltda., Rogério Pinto Coelho Amato, Glória Maria Moreira Salles Amato e Mário Amato, em defesa conjunta) e fls. 359/363 (Luís Augusto Egydio Canedo).

Foram propostos Termos de Compromisso (fls. 376/378), mas os mesmos foram rejeitados pelo Colegiado, em 25/10/05, tendo em vista a gravidade das condutas ora em julgamento, o que faria necessária a continuação do presente processo administrativo (fls. 398/399).

O Diretor-Relator foi designado, mediante sorteio, na Reunião do Colegiado realizada em 15/05/07.

Com a cassação, em 18/06/08, em sede do Agravo de Instrumento 148832/RJ, da liminar concedida em decisão de primeiro grau a Walter Sacca para que este pudesse exercer suas prerrogativas legais como acionista preferencialista da SPRINGER, fez-se possível o prosseguimento do presente processo administrativo.

Da acusação

O presente processo teve seu início em 30/05/03, através de apresentação de reclamação à CVM (fls. 12/38) por parte de acionista detentor de ações preferenciais da SPRINGER S/A. Tal reclamação referia-se à eleição para o Conselho Fiscal da companhia pelos acionistas preferencialistas, na AGO de 29/04/03. No documento apresentado pelo acionista reclamante foram expostos os principais fatos que ensejaram a apresentação de reclamação.

Inicia-se informando que o reclamante, aliado a outros acionistas preferencialistas, representando, em conjunto, 6,751% das ações preferenciais da companhia, indicaram profissional para a vaga no Conselho Fiscal reservada, por lei, aos acionistas desta classe.

Em seguida, são feitas considerações a respeito da condição e das conexões de Walter Sacca. Afirma-se que ele, possuidor de 12,733% das ações preferenciais de emissão da SPRINGER, é vinculado ao grupo controlador (havendo, inclusive, pretérito acordo de acionistas entre Walter Sacca e integrantes deste grupo), tendo sido reeleito como membro do Conselho de Administração pelos votos dos acionistas controladores. Ainda, faz-se referência ao fato do mesmo ser 2º Vice-Presidente deste Conselho e Diretor-Presidente da empresa.

Tendo sido colocadas tais posições, o reclamante passa a contestar o fato de que Walter Sacca, representando na Assembléia Geral os acionistas Mário Amato e Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda. (que tem como sócios controladores Mário Amato e Rogério Pinto Coelho Amato, integrantes do grupo controlador também da SPRINGER), ter indicado e eleito Khalif Isaac David e Alain Fulchiron, como membros efetivo e suplente, respectivamente, para a vaga no Conselho Fiscal, reservada aos preferencialistas, com 48,86% dos votos.

Concluiu-se, ao somar estes fatos com a eleição de outros membros também indicados pelo grupo controlador para o Conselho Fiscal, que os minoritários ficariam sem qualquer tipo de representação neste órgão da companhia.

A SPRINGER defendeu-se, alegando que o reclamante não possui nenhuma ação preferencial da companhia. Outrossim, ressaltou que Walter Sacca não possui nenhum acordo de acionistas firmado com aqueles pertencentes ao grupo controlador (fls. 039/044).

Após o exame das alegações de ambas as partes e de outras informações complementares, a SEP manifestou-se (fls. 92/94), entendendo ter havido infração ao art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei nº 6.404/76, e, pelo fato de Walter Sacca ter participado de acordo de acionistas até 1996 com o grupo controlador, ser 2º Vice-Presidente do Conselho de Administração e Diretor-Presidente da companhia, estaria o mesmo impedido de participar da eleição em separado para o Conselho Fiscal. Atestou-se, ainda, a participação dos controladores Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda., Mario Amato e Rogério Pinto Coelho Amato na referida eleição (lista de presença às fls. 68).

A SPRINGER recorreu de tal decisão, tendo sido encaminhado recurso (fls. 99/112) ao Colegiado da CVM. Nesta instância, em reunião realizada em 09/03/04, manteve-se o entendimento antes prolatado pela SEP, tendo o Diretor-Relator justificado seu voto (fls. 113/116) alegando que estaria sendo violada, caso um dos administradores da companhia pudesse indicar representante ao lugar reservado aos acionistas preferenciais no Conselho Fiscal, a função primordial deste órgão da empresa, qual seja o de fiscalizar os atos da administração, pois estariam sendo examinados, a partir disto, os próprios atos do administrador-eleitor, bem como da diretoria que o mesmo preside, o que certamente afetaria julgamentos referentes a estas condutas. Desta forma, segundo o Diretor-Relator, estariam prejudicados os direitos de fiscalização dos acionistas não-controladores.

Em seguida, vinte e quatro dias antes da realização de nova AGO para eleição de novo Conselho Fiscal da SPRINGER, foi remetido o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/115/04 (fls. 117/118) no qual se exigia que a companhia conformasse a lista dos atuais conselheiros fiscais aos ditames do art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei nº 6.404/76, expressos no entendimento prolatado pelo Colegiado, antes da realização da nova eleição. Como resposta, a SPRINGER alegou não haver tempo hábil para a requerida alteração, em virtude da proximidade da realização da nova AGO. Como réplica, a CVM alertou que a não substituição poderia acarretar processo administrativo.

Walter Sacca, requerendo que o ato que referendou o entendimento da SEP fosse suspenso, garantindo sua presença na AGO de 28/04/04 como acionista detentor de ações preferencialistas e não vinculado ao grupo controlador, impetrou Mandado de Segurança com Pedido de Liminar, distribuído para a 26ª Vara Federal da Secção

Judiciária de São Paulo. Foi concedida a liminar para suspender o ato em questão, mas, com a procedência da oposição de Exceção de Incompetência da Comarca de São Paulo, reconheceu-se a incompetência absoluta deste foro, remetendo-se os autos para a 18ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – RJ. Neste juízo, foi novamente concedida liminar a Walter Sacca, nos termos em que havia antes sido requerida na Comarca de São Paulo, o que suspendeu o andamento do presente processo administrativo. No entanto, como já relatado, tal liminar foi cassada, em sede do Agravo de Instrumento 148832/RJ, na data de 18/06/08, desobstaculizando o prosseguimento deste processo.

Em paralelo ao Mandado de Segurança supra citado, a SPRINGER impetrou também um Mandado de Segurança com Pedido de Liminar distribuído para a 28ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – RJ. Em sede deste, foi pedido, liminarmente, que se impedisse a CVM de atribuir quaisquer sanções à companhia, devido aos fatos acima descritos, e que fosse concedida segurança para que fosse referendada a eleição do Conselho Fiscal, realizada no dia 29/04/03.

Em 16/08/04, foi publicada decisão indeferindo a liminar, em razão do fato de que a posição de Walter Sacca dentro da companhia "pode realmente ter maculado o resultado do evento previsto no artigo 161, parágrafo 4º, alínea a, da Lei nº 6.404/76, na medida em que viabilizou a eleição do sr. Khalif Isaac David para o Conselho Fiscal da Impetrante, ou seja, justamente para uma das vagas destinadas à representação dos acionistas preferenciais não controladores na fiscalização do bloco de controle da empresa" (fls. 201/204).

Para que se examinasse a atuação de Walter Sacca na AGO de 28/04/04, a CVM, em 13/05/04, requereu (fls.205/209): (1) cópia do Livro de Presença de Acionistas (fls. 212/213) e (2) relação dos acionistas que votaram em separado, em cada uma das duas chapas concorrentes para conselheiro fiscal, demonstrando a quantidade de votos de cada acionista (fls. 211).

Tais documentos trouxeram dois fatos a respeito da eleição para o Conselho Fiscal em 28/04/04: (1) em 26/04/04 (ordem de transferência de 23/04/04), antes da AGO, Walter Sacca vendeu 350.000 ações, no valor total de R\$ 2,1 milhões, para Luis Augusto Egydio Canedo (advogado de Walter Sacca); (2) este número de ações foi exatamente o que permitiu a Luis Augusto Egydio Canedo participar e decidir a eleição em separado para o Conselho Fiscal na AGO de 28/04/04 (fls. 211), na qual o membro eleito para o Conselho Fiscal, Natal Boni Neto fora indicado justamente pela AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda., que tem como sócio-gerente controlador o próprio Walter Sacca.

Ainda sobre a venda das ações de Walter Sacca a Luis Augusto Egydio Carneiro, aferiu-se que tal operação não se deu em pregão público da Bovespa, ficando as ações custodiadas no Banco Bradesco S.A. que, instado pela CVM (fls.225/230) a prestar informações sobre esta venda, informou (fls.231/259) ter ocorrido a revenda em 25/10/04 (ordem de transferência de 24/09/04), por parte de Luis Augusto Egydio Carneiro, das mesmas 350.000 ações que havia comprado anteriormente de Walter Sacca à AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda, cujo sócio controlador era Walter Sacca.

Assim, na AGO de 28/04/04, AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda. e Luis Augusto Egydio Canedo votaram e decidiram a eleição em separado para o Conselho Fiscal, na qual o membro eleito para o Conselho Fiscal, Natal Boni Neto fora indicado pela AFAM Empreendimentos, que tem Walter Sacca como sócio-gerente controlador, sendo que Luis Augusto Egydio Canedo votou como titular de ações preferenciais adquiridas de Walter Sacca em 26/04/04 e revendidas à AFAM Empreendimentos em 25/10/04.

Questionado sobre as operações que envolveram as 350.000 ações preferenciais de emissão da SPRINGER, Luis Augusto Egydio Canedo manifestou-se (fls. 269/270) alegando que elas se deram por motivos mercadológicos aliados a conveniências pessoais.

No entanto, alegando o sigilo necessário à relação cliente-advogado, por exercer a advocacia para Walter Sacca e SPRINGER, Luis Augusto Egydio Canedo argumentou não poder exhibir os documentos que comprovariam a compra e a venda das ações de Walter Sacca, seu cliente, apesar do fato de que tais operações não se deram em virtude de uma relação fundada na prestação de serviços jurídicos, mas tão-somente numa situação em que ambos se encontravam em posição de comprador e vendedor em cada operação, o que não impediria a exibição dos comprovantes deste negócio jurídico.

Considerando todos os fatos narrados, e especialmente uma segunda irregularidade nas eleições para o Conselho Fiscal da SPRINGER, a SEP propôs a abertura de inquérito (fls. 02/07) para apuração das infrações ao art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei nº 6.404/76 nas AGO's de 29/04/03 e 28/04/04.

A Comissão de Inquérito, em seu Relatório, considerando a alegada impossibilidade de apresentação dos

comprovantes de compra e venda das ações em questão, concluiu que estaria havendo uma simulação entre Luis Augusto Egydio Canedo e Walter Sacca, com o único intuito de poder eleger o candidato indicado pelo grupo controlador da SPRINGER, ou, mais especificamente, pela AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda., cuja relação com Walter Sacca é mencionada acima, devido à impossibilidade deste último participar da eleição em separado para o Conselho Fiscal.

Das imputações

Tendo em vista os fatos concernentes às AGOs de 29/04/03 e 28/04/04 da SPRINGER, a Comissão de Inquérito decidiu por imputar as seguintes condutas aos acusados:

a) Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda., Riomar Comercial e Administradora Ltda., Mário Amato, Rogério Pinto Coelho Amato e Glória Maria Moreira Salles Amato, todos na qualidade de acionistas controladores da SPRINGER S/A:

a.1) "por descumprimento do disposto no art. 161, § 4º, alínea "a" da Lei nº 6.404/76, nas Assembléias Gerais Ordinárias de 29.04.03 e 28.04.04;

a.2) por terem adotado decisões, nas Assembléias Gerais Ordinárias de 29.04.03 e 28.04.04, que não tinham por fim o interesse da companhia e visavam causar prejuízos a acionistas minoritários, incidindo em abuso de poder de controle, conforme previsto no art. 117, § 1º, alínea "c" da Lei nº 6.404/76 e no art. 1º, inciso I da Instrução CVM nº 323/00;

a.3) por terem induzido o administrador Walter Sacca a praticar ato ilegal, nas Assembléias Gerais de 29.04.03 e 28.04.04, incidindo em abuso de poder de controle, conforme previsto no art. 117, § 1º, alínea "e" da Lei nº 6.404/76;"

b) Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda., Mário Amato e Rogério Pinto Coelho Amato, na qualidade de acionistas preferenciais da SPRINGER S/A:

b.1) "por abuso do direito de voto, na Assembléia Geral de 29.04.03, conforme previsto no art. 115, caput da Lei nº 6.404/76;"

c) Walter Sacca, na qualidade de administrador e acionista da SPRINGER S/A:

c.1) "por descumprimento, nas Assembléias Gerais de 29.04.03 e 28.04.04, do disposto no art. 161, § 4º, alínea "a" da Lei nº 6.404/76;

c.2) por ter praticado ato ilegal, nas Assembléias Gerais de 29.04.03 e 28.04.04, responde solidariamente com o controlador por abuso de poder de controle, conforme previsto no art. 117, § 1º, alínea "e" c.c. o § 2º, ambos da Lei nº 6.404/76 e no art. 1º, inciso I da Instrução CVM nº 323/00;

c.3) por abuso do direito de voto, na Assembléias Gerais de 29.03.03 e 28.04.04, conforme previsto no art. 115, caput da Lei nº 6.404/76;"

d) Luis Augusto Egydio Canedo, na qualidade de acionista da SPRINGER S/A,

d.1) "por descumprimento, na Assembléia Geral de 28.04.04, do disposto no art. 161, § 4º, alínea "a" da Lei nº 6.404/76;

d.2) por abuso do direito de voto, na Assembléia Geral de 28.04.04, conforme previsto no art. 115, caput da Lei nº 6.404/76;"

e) AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda., na qualidade de acionista da SPRINGER S/A:

e.1) "por descumprimento, na Assembléia Geral de 28.04.04, do disposto no art. 161, § 4º, alínea "a" da Lei nº 6.404/76;

e.2) por abuso do direito de voto, conforme previsto no art. 115, caput da Lei nº 6.404/76."

Das defesas

Devidamente intimados (fls. 318/325), os acusados encaminharam as seguintes defesas, descritas em seus pontos principais:

- Walter Sacca (fls. 336/343):
 - i. que, no que tange à sua participação na eleição separada para o Conselho Fiscal na AGO de 29/04/03, o veto se daria apenas por uma disparidade na interpretação da norma: enquanto o defendente pensa ser possível sua participação apesar de seus cargos e conexões, a CVM entende ser o contrário, exegese esta considerada por demais extensiva segundo Sacca;
 - ii. que não teve tempo hábil para a alteração da composição do Conselho Fiscal para a AGO de 28/04/04, pois, segundo o defendente, a comunicação à companhia da decisão sobre a AGO de 29/04/03 foi recebida menos de quinze dias antes da nova Assembléia;
 - iii. quanto à imputação referente à infração do art. 161, § 4º, alínea "a", na AGO de 28/04/04, deve ser afastada ainda a acusação de simulação na compra e venda das ações firmada com Luis Augusto Egydio Canedo, não havendo como responsabilizar o defendente pelo fato de ele não ter sequer participado da votação para a eleição em separado para o Conselho Fiscal.

- AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda. (fls. 344/346)
 - i. afirma ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo do presente processo, pois teria, na AGO de 28/04/04, se limitado a indicar candidato à vaga no Conselho Fiscal, não sendo razoável estender a responsabilidade de Walter Sacca à companhia na qual ele figura como sócio controlador, nem mesmo imputar a empresa pelo fato de Luis Augusto Egydio Carneiro ter votado e eleito o candidato que a mesma indicara;
 - ii. refuta, por fim, a caracterização da compra das ações de Luis Augusto Egydio Canedo por parte da AFAM como uma operação de simulação, pois, segundo a defendente, o negócio jurídico teria se dado de forma legal e legítima.

- Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda., Riomar Comercial e Administradora Ltda., Rogério Pinto Coelho Amato, Glória Maria Moreira Salles Amato e Mário Amato, em defesa conjunta (fls. 347/353):
 - i. que não é plausível a sua inclusão como partes no processo, pelo fato de que o processo se refere à participação de Walter Sacca na eleição em separado para o Conselho Fiscal e, deste modo, não haveria irregularidades por eles cometidas;
 - ii. que suas participações na eleição para o Conselho Fiscal na AGO de 29/04/03 não foram irregulares, uma vez que seus votos não foram determinantes para o resultado final, o que afastaria também a imputação pelo art. 117, § 1º, alínea "c", da Lei nº 6.404/76;
 - iii. que no relatório apresentado não há nenhum indício de que os mesmos teriam induzido Walter Sacca a praticar ato ilegal, afastando-se uma possível infração ao art. 117, § 1º, alínea "e", da Lei nº 6.404/76.

- Luís Augusto Egydio Canedo (fls. 359/363)
 - i. contesta o vício de simulação atribuído aos contratos de compra e venda de ações preferenciais realizados entre o defendente, Walter Sacca e AFAM Empreendimentos, afirmando que houve, de fato, a transferência de propriedade dos bens em questão, não se tratando de simulação, mas sim de negócio jurídico absolutamente válido;
 - ii. considerando que tal simulação é a base para imputar ao defendente as infrações ao art. 161, § 4º, alínea "a", e ao art. 115, caput, ambos da Lei nº 6.404/76, alega que tal vício somente poderia ser alegado pelo Poder Judiciário, não cabendo à CVM declará-lo de ofício.

Eli Loria

Diretor-Relator

"Art. 161. A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas.

(...)

§ 4º Na constituição do conselho fiscal serão observadas as seguintes normas:

a) os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger, em votação em separado, 1 (um) membro e respectivo suplente; igual direito terão os acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, 10% (dez por cento) ou mais das ações com direito a voto;

(...)"

VOTO

Trata-se de acusação de possível infração ao art. 161, § 4º, alínea "a", ¹ da Lei nº 6.404/76, interpretado conforme o Parecer de Orientação CVM nº 19, de 19/05/90, nas eleições em separado de representante dos preferencialistas para o Conselho Fiscal da SPRINGER S/A ("SPRINGER") nas assembléias gerais de 29/04/03 e 28/04/04, nas quais se verificou a participação de acionistas controladores e administradores entre os votantes.

Os fatos são incontroversos e, em resumo, consta dos autos que:

1) Na AGO de 29/04/03, Walter Sacca, membro do Conselho de Administração e Diretor-Presidente da SPRINGER, detentor de 12,733% das ações preferenciais de emissão da companhia, representando na Assembléia Geral os acionistas integrantes do grupo controlador da SPRINGER, Rogério Pinto Coelho Amato, Mário Amato e Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda. (fls.67/68), indicou e decidiu a eleição em favor de Khalif Isaac David e Alain Fulchiron, como membros efetivo e suplente, respectivamente, para a vaga no Conselho Fiscal reservada aos acionistas preferencialistas; e,

2) Na AGO de 28/04/04, AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda. ("AFAM") e Luis Augusto Egydio Canedo votaram e decidiram a eleição em separado dos acionistas preferencialistas para membro do Conselho Fiscal (fls. 211), derrotando o candidato dos minoritários, na qual o membro eleito, Natal Boni Neto, fora indicado pela AFAM, que tem Walter Sacca como sócio-gerente controlador, sendo que Luis Canedo votou como titular de ações preferenciais adquiridas de Walter Sacca em 26/04/04 (ordem de transferência de 23/04/04) e revendidas em 25/10/04 (ordem de transferência de 24/09/04) à AFAM.

Cabe esclarecer, de início, que já nos idos de 1990 a CVM exarou o Parecer de Orientação CVM nº 19 abordando a inteligência do artigo 161, § 4º, alínea "a", da Lei nº 6.404/76, que trata das normas para constituição do Conselho Fiscal.

O Parecer aponta, de início, remissão à Exposição de Motivos² da lei societária (Mensagem nº 204, de 1976, do Poder Executivo) e explicita o entendimento de que "da votação em separado desses acionistas [minoritários] para a eleição de seu representante no Conselho Fiscal não poderão participar os acionistas controladores, ainda que portadores também de ações preferenciais", qualificando como abusivo o voto exercido com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

Vale lembrar que na lei societária existem direitos próprios do acionista, que não podem ser suprimidos ou modificados pelo estatuto social ou pela Assembléia Geral, destacando-se o poder de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, consoante inciso III do art. 109³.

Conforme tive oportunidade de esclarecer no âmbito do Processo CVM RJ2007/11086, com a edição da Lei nº 10.303/01, foi enfatizada a atuação individual do conselheiro fiscal permitindo a apresentação e leitura de pareceres e

representações do conselho fiscal, ou de qualquer um de seus membros, na Assembléia Geral, ainda que a matéria não conste da ordem do dia, conforme art. 164, PU⁴, verificando-se pelo art. 163 que as funções do Conselho Fiscal não são colegiais unitárias, com a expressa possibilidade de iniciativa individual de seus integrantes, destacando-se a função de fiscalizar⁵, denunciar⁶, bem como em seu § 2º⁷, a possibilidade de solicitação de informações e de elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais e no § 4º⁸, de solicitação de esclarecimentos ou informações aos auditores independentes.

Destaque-se que o legislador, com o objetivo de garantir a atuação mais eficiente do órgão e de seus integrantes, buscou preservar a independência do conselheiro fiscal ao vedar que membros de órgãos 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, além das pessoas enumeradas nos parágrafos do art. 147, possam integrar o Conselho Fiscal, apontou no caput do art. 162 o requisito de capacidade profissional e, no art. 162, § 3º, preocupou-se com a sua digna remuneração e, na reforma de 1997, com o reembolso de suas despesas no desempenho da função.

Quanto às hipóteses de exercício abusivo do poder de controle, a CVM editou a Instrução CVM nº 323/00 exemplificando algumas condutas, destacando-se o disposto no art. 1º, inciso I⁹. Ademais, seu art. 2º considera infração grave, para os efeitos do art. 11, § 3º, da Lei nº 6.385/76, a prática das condutas referidas no art. 1º da Instrução, estendendo tal preceito aos administradores da companhia bem como a quaisquer outras pessoas naturais ou jurídicas que tenham concorrido para a prática das citadas condutas.

Portanto, configurada a necessidade, positivada pelos dispositivos legais presentes na Lei nº 6.404/76 e no Parecer CVM nº 19/90, de haver um legítimo representante dos acionistas minoritários titulares de ações preferenciais no Conselho Fiscal para a preservação da probidade administrativa da companhia, passo ao exame dos fatos em questão.

- Voto abusivo

Para melhor individualização no julgamento de cada acusado, cabe explicitar quem foram, dentre as pessoas em exame, os votantes em cada Assembléia, de acordo com as fls. 67/68 e 211 dos autos:

- AGO de 29/04/03: Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda., Rogério Pinto Coelho Amato, Walter Sacca e Mário Amato.
- AGO de 28/04/04: Luis Augusto Egydio Canedo e AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda.

De início, cabe atribuir ao voto numa eleição para o Conselho Fiscal o caráter de prova de participação num ato como a decisão sobre a eleição de conselheiros fiscais de uma companhia, pois é exclusivamente através dele que a intenção de fazer de um candidato o vencedor da eleição torna-se concretamente eficaz. Logo, no que tange à infração ao art. 161, §4º, alínea "a", entendo caber a punição somente àqueles que votaram, seja na Assembléia realizada em 29/04/03, seja na de 28/04/04.

Isto posto, aferida a ausência tanto da Riomar Comercial e Administradora Ltda. quanto de Glória Maria Moreira Salles Amato na votação em separado para a escolha de membro do Conselho Fiscal da SPRINGER nas duas Assembléias Gerais Ordinárias referenciadas, deve ser excluída qualquer possibilidade de punição a estes dois acusados pois, apesar de serem acionistas controladores da companhia, ao não votarem nesses conclaves não infringiram o disposto na lei societária.

Quanto a Walter Sacca, Otamar Empreendimentos, Rogério Amato e Mário Amato, por terem votado como acionistas preferencialistas na Assembléia Geral realizada em 29/04/03 para o Conselho Fiscal, configurou-se clara infração ao já citado dispositivo legal conforme Parecer CVM nº 19/90, pois, ao votarem em eleição reservada aos preferencialistas a despeito de ser o primeiro administrador e os demais acionistas controladores, os mesmos vieram a cercear o direito de fiscalização da gestão dos negócios sociais conferido a qualquer sócio, e neste caso em especial, aos acionistas minoritários portadores de ações preferenciais.

No entanto, quanto a Otamar Empreendimentos, Rogério Amato e Mário Amato entendo caber punição somente em relação à participação na AGO de 29/04/03, descartando-se a atribuição de penas naquilo que se refere à AGO de 28/04/04, por não terem esses acusados votado neste conclave.

Com relação à atuação dos demais acusados na AGO de 28/04/04, cumpre-me analisar, de início, a questão sobre o caráter de simulação atribuído aos negócios jurídicos envolvendo Walter Sacca, Luis Augusto Egydio Canedo e AFAM, devido ao fato de que a maior parte das imputações deste processo tangenciam esta operação, fazendo-se

necessário, desta forma, que se esclareça este ponto antes da análise das condutas.

A princípio, o tema deve ser delimitado, trazendo uma definição do que seja simulação. Muitos são os doutrinadores que definem este vício de negócios jurídicos, podendo-se destacar a de Sílvio Rodrigues¹⁰, que, agregando as várias teorias a este respeito, vem sinteticamente caracterizar o negócio jurídico simulado como "aquele que oferece uma aparência diversa do efetivo querer das partes. Estas fingem um negócio que na realidade não desejam".

Caracterizado o objeto de análise, passa-se ao exame de classificações de simulação, dentre aquelas que serão adiante pertinentes ao julgamento do caso.

Uma das classificações é aquela que divide as simulações entre absolutas e relativas. No dizer de Pontes de Miranda¹¹, simulação absoluta é aquela na qual "não se quis outro ato jurídico nem aquele que se simula", em oposição à simulação relativa, na qual "se simula ato jurídico para se dissimular, ou, simplesmente dissimulando-se outro ato jurídico. (...) Mostra-se o não ser; e esconde-se o ser".

Mais uma oposição entre tipos de simulação é aquela que separa este tipo de vício de negócios jurídicos em simulações inocentes e fraudulentas. Recorre-se novamente a Sílvio Rodrigues que define as primeiras como aquelas nas quais não se "visa prejudicar terceiros ou violar disposições de lei", enquanto as últimas têm o intuito de "burlar o princípio cogente", usando de "procedimento aparentemente lícito", colocando-se "simuladamente em uma situação em que a lei não a atinge, procurando livrar-se de seus efeitos". Diz o mesmo autor que, especificamente, tal fraude viria no sentido de burlar o Fisco, prejudicar terceiros ou, genericamente, como já exposto, fugir à incidência da norma.

Quanto à comprovação deste vício em um negócio jurídico, é de disseminado conhecimento que a produção de provas sobre simulação é das tarefas mais difíceis em razão de três óbices principais: (i) a dificuldade em haver prova testemunhal do vício, devido à improbabilidade de haver testemunha consciente de que o negócio jurídico sendo celebrado na verdade somente vem a esconder uma outra operação, pois os contratantes, justamente no intuito de dissimular um dado negócio, certamente restringiriam o conhecimento de terceiros sobre a simulação para que ela não viesse a ser revelada; (ii) a improvável confissão dos contratantes sobre o vício, em virtude dos eventuais efeitos danosos que sobre eles poderiam incidir ao revelar a natureza dos negócios jurídicos em que ambos figuram como partes; e, por fim, (iii) a ínfima possibilidade de haver prova documental de uma simulação, dado o risco e até mesmo a falta de lógica em manter documento que ateste o vício do negócio jurídico simuladamente celebrado.

Assim, a solução para a comprovação de uma simulação é citada nas palavras de Francisco Ferrara¹², quando este afirma que "verdadeiramente eficaz e frutuosa é só a prova por presunções, a qual é normalmente o auxílio a que recorrem os terceiros para estabelecer a simulação".

Deste modo, elencando a presunção como ferramenta principal para a comprovação da existência de um negócio jurídico simulado, deve ser procedido ao exame dos parâmetros, ou seja, dos fatos que baseiam a presunção da existência do referido vício em uma dada operação.

O mesmo autor supra mencionado traz, dentre os indícios relevantes que dão ensejo a uma presunção de simulação, a comprovação ou não da devida contra-prestação num contrato oneroso como o de compra e venda, sendo necessário que o dinheiro se encontre no patrimônio do pretendido alienante e, em caso contrário, deve ser reconhecido que a alienação foi gratuita.

Seria necessária, portanto, a devida comprovação de que o dinheiro correspondente ao negócio foi de fato transferido para o patrimônio da parte que figura como vendedor numa eventual compra e venda, pois, do contrário, presumir-se-ia que o contrato em questão não seria oneroso.

No caso concreto, na eleição reservada aos preferencialistas na AGO de 29/04/03, Walter Sacca, mesmo na condição de administrador, participou votando no candidato Khalif Isaac David. Em seguida, como exposto no Relatório, este Colegiado, tendo em vista este ato, veio confirmar o entendimento antes prolatado pela SEP de que, neste caso, houve infração ao art. 161, § 4º, alínea "a", interpretado conforme o Parecer CVM nº 19/90, pois votos de administradores ou controladores da companhia não poderiam ser admitidos na eleição em separado para tal órgão societário, como foi evidenciado no julgado.

Diante de tais fatos, Walter Sacca, poucos dias antes da AGO de 28/04/04, transferiu a Luis Augusto Egydio Canedo, advogado que presta serviços a ele e à SPRINGER, 350.000 ações preferenciais através de declarado contrato de compra e venda. Tal número de ações foi, dias mais tarde, decisivo para a eleição do candidato Natal Boni Neto (indicado por AFAM, companhia da qual Walter Sacca é sócio controlador) na eleição em separado para o Conselho Fiscal da SPRINGER. Posteriormente, meses após este conclave, as ações em posse de Canedo foram revendidas à

AFAM.

Assim, devem-se verificar os elementos e características da compra e venda firmada para a caracterização da simulação e o ponto de partida para que se busque configurar um vício deste tipo é encontrar a causa *simulandi*, ou seja, o motivo da simulação.

Aqui, tal causa é facilmente verificável, tendo em vista que Walter Sacca não poderia participar da eleição reservada aos preferencialistas, necessitando, desta forma, que um terceiro viesse a votar decisivamente num candidato contrário ao indicado pelos minoritários. Neste ponto, cabe destaque à defesa apresentada por Walter Sacca em que é declarado que "... a motivação desta transação comercial surgiu exatamente em função das restrições impostas pela CVM no tocante ao exercício do legítimo direito de voto do acionista Walter Sacca, na qualidade de acionista preferencial da companhia." (fls.342).

Já Luis Canedo - que durante as investigações recusou-se a exibir comprovantes dos negócios jurídicos firmados, alegando o sigilo inerente à relação cliente-advogado - em sua defesa, aponta que tinha interesse em participar do negócio mas que em seguida o mesmo se tornou desinteressante e que "...ofereceu ao Sr. Walter Sacca a opção de recompra das ações, mas a Afam se mostrou interessada e acabou por adquirir as referidas ação, inclusive assumindo os pagamentos devidos ao Sr. Walter Sacca" (fls. 361), comprovando a inexistência de saída ou ingresso de dinheiro em seu patrimônio.

Pode-se, portanto, concluir que o negócio realizado entre o Diretor-Presidente da SPRINGER e seu advogado configurou, de fato, uma simulação na qual se revestiu um contrato gratuito com aparência de um contrato oneroso, o que é reforçado pela posterior "revenda" das ações à empresa na qual Walter Sacca figura como controlador, igualmente sem comprovante de pagamento, poucos meses após o conclave citado.

Assim, a simulação praticada por Walter Sacca e Luis Augusto Egydio Canedo pode ser classificada como fraudulenta porque as partes usaram um recurso, aparentemente lícito, com o intuito claro de situar-se em posição que a lei não atingisse, especialmente a Walter Sacca, para livrar-se de seus efeitos, no caso, a proibição do voto de administradores numa eleição em separado para o Conselho Fiscal.

Além da configuração do intuito de fraude à lei, pode-se atribuir ao negócio jurídico o objetivo de prejudicar terceiros, quais sejam, nos fatos em exame, os acionistas minoritários preferencialistas, que ficaram impossibilitados de eleger legítimo representante no Conselho Fiscal, órgão de extrema importância para a fiscalização dos atos da administração.

Comprovada a simulação deve-se proceder ao exame das suas conseqüências nas imputações que adiante serão consideradas individualmente. Para isto, serão transportados analogicamente os conceitos de Direito Penal para a seara do Direito Administrativo Sancionador, ainda que se tenha claro que as esferas são independentes.

Primeiro, devo ressaltar que as imputações atribuídas a Luis Augusto Egydio Canedo se baseiam sobretudo pela simulação que viciou o contrato de compra e venda firmado com Walter Sacca. Desta forma, mesmo não sendo controlador ou administrador da SPRINGER, Luis Canedo responde por abuso de direito de voto e infração ao art. 161, § 4º, alínea "a", pelo fato de ter votado através de um expediente ilícito (qual seja a simulação fraudulenta), operando em conjunto com Walter Sacca, servindo aos interesses deste, remetendo à matéria de concurso de pessoas, própria do Direito Penal, em relação à qual faço breves considerações para o posterior julgamento de cada imputação individualmente.

Concurso de pessoas, de acordo com Julio Fabbrini Mirabete¹³, "pode ser definido como a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração" e, em nosso sistema penal, a teoria adotada a respeito de concurso de pessoas é a unitária (ou monista), que tem como corolário a afirmação de que o crime, apesar de praticado em conjunto, com diferentes tipos de participações, é único e indivisível. Deste modo, todos aqueles que, de qualquer forma, tenham vindo a dar sua contribuição decisiva para a consecução do ilícito, são considerados autores do mesmo, responsabilizando-se pela integralidade das conseqüências de seus atos lesivos a bens jurídicos protegidos.

Assim, no caso, Walter Sacca e Luis Augusto Egydio Canedo, apesar de terem atuado ora de modo igual ora de modo diverso para o cometimento do ilícito (a diferença residindo especialmente no fato de que quem votou, formalmente, foi Luis Canedo, somente atendendo ao interesse de Walter Sacca), devem responder, no que tange às acusações de abuso de direito de voto e infração ao art. 161, §4º, alínea "a", da Lei 6.404/76, em sua forma integral, não se resumindo às efetivas atuações de ambos nas operações, uma vez que o ilícito aqui caracterizado foi executado mediante um concurso de pessoas.

Dispõe o art. 30 do Código Penal que não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime, entendendo-se como circunstâncias ou condições pessoais elementares do crime aquelas que, necessariamente, fazem parte do tipo penal¹⁴, sem as quais configurar-se-ia ou um outro crime ou crime algum.

No caso, resta provado que a condição de administrador ou controlador é, de fato, elementar do ilícito, motivo pelo qual deve ser reconhecida a comunicação da condição de administrador exercida por Walter Sacca ao co-autor da simulação em fraude à lei que restringiu direitos dos acionistas preferencialistas minoritários.

Com relação à atuação da AFAM, em razão das duas imputações terem relação direta com o fato de Walter Sacca ser seu controlador e, concomitantemente, administrador da SPRINGER, faz-se necessária uma análise em separado da possibilidade de punir a companhia em virtude da condição externa de seu controlador.

Apesar da teoria da realidade conferir à sociedade anônima o caráter de ente autônomo, com interesses próprios independentes dos de seus membros, é fato que, por ser resultado de uma associação humana e, ainda dependente da conduta de seus membros para o desempenho de suas atividades sociais, a companhia, em maior ou menor grau, terá suas condutas direcionadas conforme o entendimento daqueles que a dirigem.

Usando tal conceito, vemos que a AFAM agiu conforme os interesses de seu sócio-gerente controlador, Walter Sacca, sendo inegável a sua influência sobre os atos da companhia, uma vez que o mesmo possui mais de um terço das ações da empresa, sendo o restante detido por pessoas de sua família, além de exercer o cargo de Diretor-Presidente da AFAM (Contrato Social às fls. 244/259).

Desta forma, no tocante às operações envolvendo a AGO de 28/04/04 da SPRINGER, a AFAM agiu garantindo os interesses de Walter Sacca, ao restringir o poder de fiscalização dos acionistas preferencialistas minoritários no Conselho Fiscal da empresa realizadora da referida Assembléia, indicando e votando em candidato opositor ao dos minoritários para o Conselho Fiscal, que também foi o candidato votado por Luis Canedo.

A empresa também participou da segunda parte da simulação que permitiu o voto de Luis Canedo no conclave em questão, ao readquirir as ações antes "vendidas" por seu sócio-controlador, Walter Sacca, numa operação igualmente sem comprovante de seu caráter oneroso, assumindo pagamentos devidos a Walter Sacca, conforme defesa de Luis Canedo (fls.361), deve ser considerada culpada por infração ao dispositivo legal em discussão.

A respeito de Luis Augusto Egydio Canedo, deve-se puni-lo pela infração ao art. 161, §4º, alínea "a", da Lei das S.A., pois, tendo votado no candidato indicado pela AFAM na eleição em separado para o Conselho Fiscal na AGO de 28/04/04 da SPRINGER, acabou por privilegiar o interesse do administrador em detrimento do direito de fiscalização dos negócios sociais conferido aos demais acionistas.

Sobre Walter Sacca, a análise deve ser cindida em dois pontos, que correspondem às duas Assembléias Gerais Ordinárias. Naquilo que tange à AGO de 29/04/03, na condição de administrador votante, fica claro que houve a infração ao art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei das S.A., interpretada conforme o Parecer CVM nº 19/90, que expressamente proíbe a participação de pessoas nesta posição em eleições em separado para o Conselho Fiscal de companhias abertas.

Quanto à AGO de 28/04/04, foi demonstrado, acima, que o mesmo foi co-autor no ilícito praticado através de simulação fraudulenta operada entre ele e seu advogado, Luis Canedo, que permitiu atingir o objetivo de fazer representados nesta eleição seus interesses através de um direito de voto que Walter Sacca, pessoalmente, não poderia exercer.

Devido a co-autoria, mesmo que participando de maneira diversa à de Luis Canedo, Walter Sacca deverá responder pela integralidade do ilícito como se ele, por si próprio, tivesse votado na referida eleição, algo inadmissível para indivíduo que ocupa cargo de administrador na companhia.

Ainda sobre a imputação ao Diretor-Presidente da SPRINGER, considero relevante afirmar que o acusado atuou da maneira irregular narrada mesmo após o entendimento exposto pela SEP e posteriormente confirmado por este Colegiado, o que torna a conduta ainda mais repreensível, por ignorar, ou, mais grave, tentar burlar os preceitos legais, o que será considerado na dosimetria da pena.

- Indução à prática ilegal

Sobre a acusação de que Otamar Empreendimentos, Rogério Amato, Riomar Comercial, Mário Amato e Glória Amato

teriam induzido o administrador Walter Sacca a praticar ato ilegal nas duas Assembléias em exame neste processo, deve-se ponderar que não há nos autos nenhum indício claro que venha embasar esta imputação, não sendo possível considerar que numa relação entre acionistas controladores e administrador haveria, subsidiariamente, a presunção de que os primeiros, devido ao seu poder de controle interno, viriam a influenciar e dirigir os atos deste último, mesmo que por eles tenham sido eleitos.

Desta forma, não se tendo provado esta acusação, entendo que todos os aqui imputados devam ser absolvidos nesta matéria.

- Abuso de poder de controle

Por abuso de poder de controle, previsto no art. 117, §1º, alínea "c"¹⁵, da Lei 6.404/76 e no art. 1º, inciso I da Instrução CVM nº 323/00, foram imputados Otamar Empreendimentos, Rogério Amato, Riomar Comercial, Mário Amato e Glória Amato, que, segundo o Relatório da Comissão de Inquérito, infringiram estes dispositivos legais através de atos concernentes às AGO's de 29/04/03 e 28/04/04.

Estes dispositivos de nosso ordenamento vêm justamente exemplificar as condutas que caracterizam o abuso de poder de controle, entendido, conforme Luiz Gastão Paes de Barros Leães¹⁶, como a situação na qual o titular do controle societário "exerce a sua faculdade, desviando-se de sua finalidade, que é a de fazer a sociedade realizar o seu objetivo e de cumprir a sua função social, pelo que deverá responder pelos danos causados nos direitos e interesses dos demais acionistas, dos que participam da vida societária e do meio social em que se insere".

Assim, no meu entender, trazendo já as normas e a definição de abuso de poder de controle para os fatos em julgamento, o voto de controladores numa eleição em separado para um Conselho Fiscal corresponde a uma modalidade de abuso de poder de controle.

Ao suprimir o direito dos minoritários de possuírem legítimo representante no Conselho Fiscal, e, por conseqüência, comprometer o direito à fiscalização da gestão dos negócios sociais garantido pela Lei das S.A., a sociedade deixa de cumprir normas (como a própria Lei nº 6.404/76, em seu art. 161, §4º, alínea "a" e o Parecer CVM nº 19/90) que regem seu funcionamento, o que configura, evidentemente, o descumprimento de uma de suas funções sociais basilares, qual seja o do exercício de suas atividades segundo os parâmetros de legalidade, configurando o ato de votar do acionista controlador uma decisão que não tem por fim o interesse da companhia, pois, através de tal conduta, estariam sendo privilegiados os interesses daqueles que detêm o controle administrativo e financeiro da empresa.

A respeito do que dita o art. 1º, inciso I, da Instrução CVM nº 323/00, penso ser clara a infração que o voto dos controladores em eleição reservada aos preferencialistas representa. Isto em razão do fato de que, indiretamente, o ato de um controlador detentor de ações preferenciais votar na referida eleição para o Conselho Fiscal denega o direito de voto atribuído por lei aos preferencialistas, não em sua validade, pois seus votos foram efetivamente dados e computados, mas sim em sua eficácia, pela perda de seu devido efeito numa eleição regular.

Com a participação irregular dos controladores portadores de ações preferenciais, o cenário muda em razão do número de ações preferenciais que os titulares do poder de controle possuem, entre o decisivo poder dos votos destes últimos e da capacidade eletiva dos minoritários. Em uma eleição regular, com a participação exclusiva de acionistas preferencialistas minoritários, estes teriam efetiva possibilidade de eleger o candidato a representá-los no Conselho Fiscal.

No sentido de considerar o voto de controladores em eleição restrita aos preferencialistas como uma modalidade de abuso de poder de controle estão os processos RJ2004/2559 e RJ 2003/1717.

No primeiro, cujo Diretor-Relator foi Luiz Antonio Sampaio de Campos, houve o seguinte entendimento por parte da SEP, posteriormente confirmado no voto do relator do processo: "a participação do controlador titular de ações preferenciais, na eleição em separado dos preferencialistas, pode vir a ser caracterizada como exercício abusivo do poder de controle em devido processo administrativo"

Quanto ao Processo CVM RJ 2003/1717, sobre o mesmo assunto, a Diretora-Relatora Norma Parente traz citação de Modesto Carvalhosa que vem referendar o entendimento de que, neste processo, se está diante de um caso de abuso de poder de controle bem como de abuso de direito de voto, como será oportunamente analisado:

"Tem-se notícia de que, em algumas companhias, os controladores vêm tentando utilizar forma grotesca de fraude aos direitos dos minoritários, mediante a aglutinação de ações de acionistas ligados à administração e, portanto, aos controladores, para o efeito de se

apresentarem com percentual superior àquele que poderia ser agregado pelos verdadeiros minoritários votantes e os não votantes.

Esse expediente fraudulento constitui nítida modalidade de exercício abusivo do poder do controlador, capitulado no art. 117, c, da lei. Constitui, outrossim, abuso do direito de voto dos acionistas que se prestam a tal fraude, previsto no art. 115."

Ainda quanto a este processo relatado pela Diretora Norma Parente, cabe ressaltar que considerou-se configurado o abuso de poder de controle pelo fato de que os votantes na eleição em separado para o Conselho Fiscal eram meramente familiares ou pessoas ligadas a administradores e controladores, o que torna mais evidente a gravidade da hipótese dos votos serem dados diretamente por pessoas que detêm o poder de controle ou administram a companhia, como ocorrido nas eleições da SPRINGER.

Dessa forma, os atos em exame correspondem ao que as normas sobre abuso de poder de controle vedam, tomando-se por base tanto o prescrito pelo art. 117, §1º, alínea "c", da Lei nº 6.404/76 quanto o que determina o art. 1º, inciso I, da Instrução CVM nº 323/00.

Tendo em vista o exposto sobre a imputação de abuso de poder de controle, passo a verificar a atribuição de penalidades. Como parâmetro para tal, deve ser indicado o voto na eleição em separado para o Conselho Fiscal, pois é este o real instrumento, como demonstrado acima, para os controladores abusarem de seu poder neste caso e, desta maneira, só deverão ser apenados aqueles que de fato votaram nas Assembléias em questão, e deve-se absolver, portanto, no tocante à esta imputação, os acusados Riomar Comercial e Glória Amato, pelo fato de ambos não terem votado em nenhum dos dois conclaves nos quais foram apuradas irregularidades.

Quanto aos outros acusados, Otamar Empreendimentos, Rogério Amato e Mário Amato, deve-se atribuir penalidade pelo fato de todos os três terem votado na AGO de 29/04/03, o que já restou caracterizado ser um ato abusivo do poder de controle. Naquilo que se refere à AGO de 28/04/04, no entanto, deve-se reconhecer que, por não terem sido votantes na eleição em separado para o Conselho Fiscal, não podem ser punidos por esta acusação.

No que se refere à uma eventual solidariedade de Walter Sacca para com os controladores por abuso de poder de controle, como previsto pelo art. 117, §1º, alínea "e" c.c. o §2º, considero que a solidariedade a que o artigo faz referência seja aquela que concerne à matéria civil, não se estendendo para a esfera punitiva.

O mesmo entendimento foi exposto no Processo CVM nº 03/04, no qual o Relator Marcelo Trindade assim expõe:

"Quanto à existência de solidariedade na culpa pelos ilícitos de que são acusados, como dito, considero a demonstração individual de culpa requisito imprescindível para a responsabilização de acusados, no caso de processos de cunho punitivo como este, sendo inadequada a invocação daquelas disposições legais, aplicáveis a processos civis".

Portanto, não há que se cogitar atribuir eventual sanção a Walter Sacca devido a uma eventual solidariedade para com os controladores no que tange ao abuso de poder de controle, por não haver a extensão do dispositivo ao campo punitivo.

- Abuso de direito de voto

Por esta acusação, estão sendo imputados Otamar Empreendimentos, Mário Amato e Rogério Amato, por seus atos referentes à AGO de 29/04/03, Luis Augusto Egydio Canedo e AFAM pela AGO de 28/04/04, e Walter Sacca por sua participação em ambas as Assembléias. Sobre todos os acusados incide o art. 115, caput¹⁷, da Lei nº 6.404/76.

Sob a luz deste dispositivo, Leães¹⁸, discorrendo sobre abuso de direito de voto, entende que "nas deliberações assembleares em que se instaure um conflito entre o interesse particular de um acionista e o interesse da companhia, a vontade social corre grave perigo de manifestar-se viciada, razão pela qual a lei proíbe que nessas circunstâncias o acionista exerça o seu direito de voto. Se o fizer, considerar-se-á abusivo o voto exercido".

Dada a função primordial do Conselho Fiscal na fiscalização da administração da companhia, cercear o direito dos acionistas minoritários de fazer-se legitimamente representar neste órgão, além de uma afronta a um direito precípua de qualquer acionista (fiscalização da gestão dos negócios sociais, previsto no art. 109, inciso III, da Lei nº 6.404/76), é uma medida de centralização da sociedade nos acionistas controladores e nos administradores, no que tange ao policiamento desta gerência. Tal centralização, que interessa somente àqueles que de fato gerem a companhia, produz um conflito que em muito pode comprometer a probidade administrativa da empresa: seria a fiscalização por parte do fiscalizado.

Dessa forma, entendo que as condutas em questão se adequam perfeitamente ao versado pela Lei das S.A. no que tange ao abuso de direito de voto por verificar, como demonstrado, que o fato de controladores ou administradores terem votado na eleição em separado para o Conselho Fiscal teve o intuito de prejudicar outros acionistas, resultando em prejuízos a estes, marginalizando os preferencialistas minoritários na tarefa de policiar a administração e protegendo a posição já privilegiada que controladores e administrador já desempenham nos quadros da companhia, o que se alinha ao disposto no art. 115, caput, da Lei nº 6.404/76.

Outrossim, este ato relaciona-se diretamente com um conflito entre os interesses particulares dos acionistas controladores e do administrador votantes e da companhia, pela intenção dos primeiros em se fazerem fiscalizados por membros do Conselho Fiscal que lhes sejam adequados em oposição à necessidade da sociedade como um todo ser policiada por conselheiros que de fato venham a garantir a probidade administrativa da companhia, para que esta possa desempenhar satisfatoriamente suas atividades.

Concluo que a lei proíbe o voto destas pessoas nestas circunstâncias, o que torna abusivo o exercício do voto para quem o efetiva, e passo a julgar os acusados.

Quanto à Otamar Empreendimentos, Mário Amato e Rogério Amato, por terem, como exposto acima, votado na referida eleição na AGO de 29/04/03, entendo que, pelas respectivas condições de controladores da SPRINGER, os três incorreram em exercício abusivo de voto.

Naquilo que se refere à AFAM, por ser companhia ligada a Walter Sacca, seu sócio-controlador, julgo que seu direito de voto, no tocante à eleição em separado para o Conselho Fiscal na AGO de 28/04/04, foi exercido de forma abusiva.

Sobre Luis Augusto Egydio Canedo, por ter sido co-autor na simulação fraudulenta já examinada, considero que ele também exerceu abusivamente seu direito de voto.

A respeito de Walter Sacca, deve-se novamente diferenciar sua atuação na AGO de 29/04/03 e na de 28/04/04. Quanto à primeira, como administrador, sem dúvida deve-se considerar que houve abuso de direito de voto, em razão da proibição de seu exercício por lei. No que tange à segunda Assembléia, também deve ser punido pela sua co-autoria na execução da simulação fraudulenta que permitiu o voto de seu advogado em eleição que ele, Walter Sacca, não poderia fazê-lo pessoalmente.

Para efeitos de dosimetria da penalidade a ser aplicada, penso ser necessário trazer mais uma vez, de modo breve, teorias próprias do Direito Penal. Isto porque, embora sejam várias as imputações a que cada acusado responde, elas derivam de um só ato: o voto irregular em eleição reservada aos acionistas preferencialistas minoritários para o Conselho Fiscal da SPRINGER. Deste modo, no meu entender, configurou-se o chamado concurso formal, assim descrito no art. 70¹⁹ do Código Penal.

Como efeito da configuração de um concurso formal, versa a lei que se deve aplicar a mais grave das penas cabíveis em relação aos ilícitos cometidos ou fazer uso da exasperação, em caso de infrações idênticas. Considerando-se que, no que se refere aos ilícitos cujo julgamento são de competência da CVM, não há cominação direta de uma penalidade em relação ao cometimento de cada irregularidade, torna-se impossível aferir, comparativamente, a gravidade de cada conduta pelo exame de sua sanção aplicável.

Por esta razão, sem a possibilidade de fazer juízo de valor sobre qual dos ilícitos pode ser considerado mais grave, penso que, neste caso em julgamento, cabe atribuir aos acusados, apesar de suas imputações derivarem de um só ato, penas superiores às que seriam aplicáveis se estivéssemos diante de delito simples, ou seja, o cometimento de um só delito através de uma só conduta.

- Conclusão

Diante de todo o exposto, considerando a primariedade dos acusados, e com fundamento no art. 11, inciso II, e § 1º, inciso I, da Lei nº 6.385/76, Voto no seguinte sentido:

Riomar Comercial e Administradora Ltda. e Glória Maria Moreira Salles Amato, absolvição de todas as imputações referentes às Assembléias Gerais Ordinárias de 29/04/03 e 28/04/04 da Springer S.A.;

Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda., Mário Amato e Rogério Pinto Coelho Amato absolvição de todas as imputações referentes à AGO de 28/04/04 da Springer S.A., absolvição da imputação de induzimento de administrador a praticar ato ilegal em infração ao art. 117, § 1º, alínea "e" da Lei nº 6.404/76, e aplicação de pena de multa pecuniária individual no valor de R\$ 200.000,00 por descumprimento do disposto no art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei nº 6.404/76, na Assembléia Geral Ordinária de 29/04/03 da Springer S.A. caracterizando abuso do direito de voto

conforme previsto no art. 115, caput, da Lei nº 6.404/76 em concurso com a imputação de abuso de poder de controle, conforme previsto no art. 117, § 1º, alínea "c" da Lei nº 6.404/76 e no art. 1º, inciso I da Instrução CVM nº 323/00;

Walter Sacca, absolvição da imputação de abuso de poder de controle, conforme previsto no art. 117, § 1º, alínea "c" da Lei nº 6.404/76 e no art. 1º, inciso I, da Instrução CVM nº 323/00 e aplicação de pena de multa pecuniária no valor de R\$500.000,00 por descumprimento do disposto no art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei nº 6.404/76, nas Assembléias Gerais Ordinárias de 29/04/03 e 28/04/04 da Springer S.A., caracterizando abuso do direito de voto conforme previsto no art. 115, caput, da Lei nº 6.404/76; e,

Luis Augusto Egydio Canedo e AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda., aplicação de pena de multa pecuniária individual no valor de R\$300.000,00 por descumprimento do disposto no art. 161, § 4º, alínea "a", da Lei nº 6.404/76, na Assembléia Geral Ordinária de 28/04/04 da Springer S.A., caracterizando abuso do direito de voto conforme previsto no art. 115, caput, da Lei nº 6.404/76.

Proponho, ainda, devido à conduta irregular executada por Luis Augusto Egydio Canedo no tocante à simulação fraudulenta operada, que o resultado do presente processo seja enviado ao Conselho de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo.

É como voto.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2008.

Eli Loria

Diretor-Relator

1º Art. 161. A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas.

(...)

§ 4º Na constituição do conselho fiscal serão observadas as seguintes normas:

a) os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger, em votação em separado, 1 (um) membro e respectivo suplente; igual direito terão os acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, 10% (dez por cento) ou mais das ações com direito a voto;

(...)"

2º As modificações introduzidas pelo Projeto no Conselho Fiscal baseiam-se na experiência da aplicação do DECRETO-LEI Nº 2.627. Na maioria das companhias existentes, todos os membros do Conselho Fiscal são eleitos pelos mesmos acionistas que escolhem os administradores. Nestes casos, o funcionamento do órgão quase sempre se reduz a formalismo vazio de qualquer significação prática, que justifica as reiteradas críticas que lhe são feitas e as propostas para sua extinção. A experiência revela todavia a importância do órgão como instrumento de proteção de acionistas dissidentes, sempre que estes usem de seu direito de eleger em separado um dos membros do Conselho, e desde que as pessoas eleitas tenham os conhecimentos que lhes permitam utilizar com eficiência os meios, previstos na lei, para fiscalização dos órgãos da administração."

3º Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:

I - participar dos lucros sociais;

II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;

III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;

IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172;

V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.

§ 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral.

§ 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

4º Art. 164. Os membros do conselho fiscal, ou ao menos um deles, deverão comparecer às reuniões da assembléia-geral e responder aos pedidos de informações formulados pelos acionistas.

Parágrafo único. Os pareceres e representações do conselho fiscal, ou de qualquer um de seus membros, poderão ser apresentados e lidos na assembléia-geral, independentemente de publicação e ainda que a matéria não conste da ordem do dia. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

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

6 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 assembléia-geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia; (grifei)

7 § 2º O conselho fiscal, a **pedido de qualquer dos seus membros**, solicitará aos órgãos de administração esclarecimentos ou informações, desde que relativas à sua função fiscalizadora, assim como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais. (grifei)

8 § 4º Se a companhia tiver auditores independentes, o conselho fiscal, a **pedido de qualquer de seus membros**, poderá solicitar-lhes esclarecimentos ou informações, e a apuração de fatos específicos. (grifei)

9 I - a denegação, sob qualquer forma, do direito de voto atribuído, com exclusividade, por lei, pelo estatuto ou por edital de privatização, aos titulares de ações preferenciais ou aos acionistas minoritários, por parte de acionista controlador que detenha ações da mesma espécie e classe das votantes.

10 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, 32ª edição, Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 294.

11 MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado - Parte Geral, Volume Primeiro, Ineditado, Tomo IV, Rio de Janeiro: Braziliense, 1982.

12 MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado - Parte Especial, Volume Primeiro, Ineditado, Tomo IV, Rio de Janeiro: Braziliense, 1982.

13 MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado - Parte Especial, Volume Primeiro, Ineditado, Tomo IV, Rio de Janeiro: Braziliense, 1982.

14 MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado - Parte Especial, Volume Primeiro, Ineditado, Tomo IV, Rio de Janeiro: Braziliense, 1982.

15 MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado - Parte Especial, Volume Primeiro, Ineditado, Tomo IV, Rio de Janeiro: Braziliense, 1982.

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CVM Nº 20/04

Voto proferido pelo Diretor Marcos Barbosa Pinto na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 20/04 realizada no dia 21 de agosto de 2008.

Concordo com o diretor Eli Loria em seu bem elaborado voto. Tenho apenas duas observações a fazer:

1. Acredito que se poderia aplicar as mesmas penalidades aos acusados pela infração ao art. 161, §4º, "a", da Lei 6.404/76, independentemente da caracterização, no caso, de abuso de poder de controle e abuso de direito de voto. A infração cometida – e, em um dos casos, a forma pela qual foi cometida – reveste-se de gravidade suficiente para justificar a multa proposta pelo relator.
2. De forma semelhante, acredito que os acusados Walter Sacca, Luis Augusto Egydio Canedo e AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda. deveriam ser condenados, mesmo que a simulação que praticaram não houvesse sido devida e exaustivamente comprovada nos autos, como demonstrou o diretor Eli Loria. Nesse caso, teria havido um negócio indireto com o intuito de fraudar a lei, o que também é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Com essas observações, senhora presidente, acompanho o voto do diretor Eli Loria, tanto nas absolvições quanto nas condenações.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2008.

Marcos Barbosa Pinto

DIRETOR

Voto proferido pelo Diretor Sergio Weguelin na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 20/04 realizada no dia 21 de agosto de 2008.

Acompanho o voto do relator, senhora presidente.

Sergio Weguelin

DIRETOR

Voto proferido pela presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana, na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 20/04 realizada no dia 21 de agosto de 2008.

Acompanho o bem lançado voto do diretor-relator e proclamo o resultado do julgamento, por unanimidade de votos, nos exatos termos do seu voto, informando que os acusados punidos poderão interpor recurso voluntário da decisão do Colegiado da CVM, no prazo legal, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional e que a CVM interporá ao mesmo Conselho, recurso de ofício das absolvições ora proferidas.

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

PRESIDENTE