

EXTRATO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO
PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2008/4877

Acusados: Antônio Carlos Borges Freire

Antônio João Rocha Messias

Edgar D'Ávila Melo Silveira

Eduardo Prado de Oliveira

Estado de Sergipe

Etélio de Carvalho Prado

Francisco José dos Santos Neto

Jair Araújo de Oliveira

José Figueiredo

Max José Vasconcelos de Andrade

Petrônio de Melo Barros

Ementa: Pagamento de juros sobre capital próprio antes da absorção do saldo integral de prejuízos acumulados – submissão à assembléia de proposta de redução de capital sem a manifestação prévia do Conselho Fiscal. Multas.

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

1. a Antônio Carlos Borges Freire, multa de R\$200.000,00, sendo R\$100.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76 e R\$100.000,00 por infração ao art. 173 da mesma lei;
2. a Antônio João Rocha Messias, multa de R\$150.000,00, sendo R\$50.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76 e R\$100.000,00 por infração ao art. 173 da mesma lei;
3. a Edgard D'Ávila Melo Silveira, multa de R\$100.000,00 por infração ao art. 173 da Lei 6.404/76;
4. a Eduardo Prado de Oliveira, multa de R\$150.000,00, sendo R\$50.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76 e R\$100.000,00 por infração ao art. 173 da mesma lei;
5. ao Estado de Sergipe, acionista controlador do Banco do Estado de Sergipe, multa de R\$500.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76;
6. a Etélio de Carvalho Prado, multa de R\$150.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76;
7. a Francisco José dos Santos Neto, multa de R\$150.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76;
8. a Jair Araújo de Oliveira, multa de R\$250.000,00, sendo R\$150.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76 e R\$100.000,00 por infração ao art. 173 da mesma lei.
9. a José Figueiredo, multa de R\$150.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76;
10. a Max José Vasconcelos de Andrade, multa de R\$150.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76;
11. a Petrônio de Melo Barros, multa de R\$150.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76;

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.

O advogado presente, Carlos Alberto Ferriani, se eximiu de proferir defesa oral.

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

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

Rio de Janeiro, 12 de maio de 2009.

Marcos Barbosa Pinto

Diretor-Relator

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

Presidente da Sessão de Julgamento

Processo Administrativo Sancionador nº RJ-2008-4877

Interessado: Banco do Estado de Sergipe S.A. e outros

A Assunto: Distribuição de juros sobre capital próprio

Redução de capital

Diretor Relator: Marcos Barbosa Pinto

Relatório

1. Fatos

1.1. No exercício de 2002, o Banco do Estado de Sergipe S.A. ("Banese") apurou um lucro líquido de R\$20.696 mil e, apesar de registrar saldo de prejuízos acumulados de R\$41.469 mil, seus administradores aprovaram o pagamento de juros sobre capital próprio ("JCP") no montante de R\$6.743 mil.

1.2. Similarmente, no exercício de 2003, o Banese apurou lucro líquido de R\$27.054 mil e, a despeito do saldo de prejuízos acumulados de R\$27.852 mil, seus administradores aprovaram o pagamento de JCP no montante de R\$9.000 mil.

1.3. Além disso, em 27 de dezembro de 2004, a assembléia geral do Banese deliberou a redução do capital social, sem que o conselho fiscal houvesse elaborado parecer prévio a respeito.

1.4. A Superintendência de Relações com Empresas ("SEP") foi provocada a analisar a legalidade dos fatos acima narrados em razão de uma reclamação apresentada pelo sindicato dos funcionários do Banese e por uma consulta do próprio Banese.¹

2. Entendimento inicial da Superintendência de Relações com Empresas

2.1. As conclusões a que a SEP chegou foram: ²

- i. a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, condiciona o pagamento de JCP à existência de lucros e, para as companhias abertas, por força da Deliberação CVM nº 207, de 13 de dezembro de 1996, esses lucros são os lucros passíveis de distribuição, previstos no art. 191 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; e
- ii. em razão de sua competência genérica para fiscalizar os atos dos administradores, o conselho fiscal deve se manifestar sobre a proposta de redução de capital, ainda que essa proposta seja de iniciativa do acionista controlador e, portanto, não se enquadre com exatidão no art. 173, §1º, da Lei 6.404/76.

2.2. O Banese contestou o entendimento da SEP, instando o Colegiado a se manifestar.

3. Entendimento do Colegiado

3.1. O Colegiado acompanhou a conclusão da SEP, embora adotando fundamentos distintos.³

3.2. Quanto à distribuição de JCP, o Colegiado entendeu que:

- i. não é necessário recorrer à Deliberação CVM nº 207/96, uma vez que o conceito de lucro adotado pela própria Lei nº 9.249/95, já converge para o adotado pela Lei nº 6.404/76;
- ii. o conceito de lucro da Lei nº 6.404/76, também foi adotado pelo estatuto social do Banese; e
- iii. de acordo com esse conceito legal, só é possível falar em lucro líquido após a compensação da integralidade dos prejuízos acumulados, ficando assim mantido o entendimento da SEP quanto à ilegalidade dos JCP distribuídos.

3.3. Quanto à necessidade de prévia elaboração de parecer por parte do conselho fiscal, o Colegiado considerou que:

- i. o Banese tem razão ao afirmar que a competência do conselho fiscal para se manifestar sobre os atos de redução de capital é restrita às propostas da administração; porém, no caso concreto, a proposta foi efetivamente da administração;
- ii. a prova disso é que nem na ata da reunião do conselho de administração que aprovou o edital de convocação da assembléia, tampouco no próprio edital de assembléia, consta menção de que a proposta havia sido formulada pelo controlador;
- iii. só foi constatada referência nesse sentido na ata da assembléia, certamente por reclamação dos votos vencidos dos conselheiros de administração e acionistas presentes em ambas reuniões; e
- iv. a redução de capital parece ser ilegal, pois foi levada a efeito por proposta da administração sem prévio parecer do conselho fiscal.

4. Acusação

4.1. Em razão dos fatos considerados irregulares pelo Colegiado, a SEP elaborou termo de acusação com as seguintes imputações:

- i. pagamento indevido de JCP, em inobservância do dever de diligência previsto no art. 153, da Lei nº 6.404/76 e infração ao caput do art. 189 da mesma lei;⁴ e
- ii. encaminhamento à assembléia geral de proposta de redução de capital sem prévio parecer do conselho fiscal, em infração ao art. 173, § 1º, da Lei nº 6.404/76.

4.2. As imputações foram dirigidas a cada um dos acusados conforme as funções desempenhadas junto ao Banese, o período no qual tais funções foram desempenhadas e sua participação nos fatos.

4.3. O quadro a seguir relaciona as imputações feitas a cada um dos acusados:

Nome	Cargo	JCP-2002	JCP-2003 (1º parcela)	JCP-2003 (2º parcela)	Ausência de parecer do conselho fiscal
Antônio Carlos Borges Freire	Conselheiro	X	X	-	X
Antônio João Rocha Messias	Conselheiro	-	-	X	X
Edgard D'Ávila Melo Silveira	Diretor	X	-	-	-
Eduardo Prado de Oliveira	Conselheiro	-	-	X	X
Estado de Sergipe	Controlador	X	X	X	-
Etélio de Carvalho Prado	Conselheiro	X	X	X	-

Francisco José dos Santos Neto	Diretor	X	X	X	-
Jair Araújo de Oliveira	Diretor e Conselheiro	X	X	X	X
José Figueiredo	Conselheiro	X	X	X	-
Max José Vasconcelos de Andrade	Conselheiro	X	X	X	-
Petrônio de Melo Barros	Diretor	X	X	X	-

5. Defesas

5.1. Os administradores do Banese à época dos fatos apresentaram defesa conjunta.

5.2. Inicialmente, ressaltam que as acusações não lhe foram dirigidas de modo uniforme, conforme indica a tabela acima.

5.3. Quanto ao pagamento de JCP nos exercícios de 2002 e 2003, destacam que:

- i. os JCP não seriam uma participação no resultado nos termos do art. 189, da Lei nº 6.404/76;
- ii. os JCP são uma despesa financeira para a sociedade;
- iii. a Lei nº 9.249/95 no tocante à existência de lucros como pré-requisito para pagamento de JCP, estabelece apenas, segundo seu art. 9º, § 1º, que: "[o] efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados"; para que a companhia esteja apta a pagar JCP, basta que ela tenha lucro;
- iv. o art. 189 da Lei nº 6.404/76 não pode servir de fundamento para a acusação, pois esse dispositivo não condiciona o pagamento de JCP à existência de lucros.
- v. se não houve violação do art. 189, tampouco houve a violação ao dever de diligência previsto no art. 153 também da Lei nº 6.404/76, na medida em que o pagamento foi precedido por manifestações favoráveis de consultoria tributária externa, das áreas internas do Banese e até mesmo do Banco Central do Brasil; e
- vi. os defendentes agiram de boa-fé, justificando, desse modo, a aplicação do art. 158 da Lei 6.404/76, segundo o qual é possível excluir a responsabilidade do administrador caso fique demonstrado que sua atuação foi de boa-fé e visando os interesses da companhia.

5.4. Quanto à ausência de parecer do conselho fiscal para a redução de capital:

- i. o conselho fiscal sempre esteve ciente de todas as deliberações propostas e aprovadas, tanto que emitiu parecer favorável em todos os resultados dos exercícios, inclusive os de 2002 e 2003; e
- ii. o art. 173 da Lei nº 6.404/76 exige parecer prévio apenas quando a redução de capital for de iniciativa da administração;
- iii. o pedido de convocação de assembléia formulado pelo Procurador Geraldo Estado de Sergipe⁵ e a ata da assembléia ocorrida em 27 de dezembro de 2004⁶ mostram que a proposta originou-se do acionista controlador.

5.5 O Estado de Sergipe apresentou defesa em que reitera a distinção entre JCP e dividendos e a possibilidade de distribuição de JCP ainda que haja saldo de prejuízos acumulados a ser absorvido.⁷

Rio de Janeiro, 12 de maio de 2009.

Marcos Barbosa Pinto

DIRETOR

1 Tanto a consulta quanto a reclamação versavam sobre outras matérias que, no entanto, não tem maior relevância para a acusação.

2 Essas conclusões foram corroboradas pela Procuradoria Federal Especializada.

3 Voto proferido em 10 de julho de 2007, referente aos Processos CVM nº 2006/0594 e 2005/0147.

4 O Estado de Sergipe também foi acusado em razão do pagamento de JCP por ter proferido voto preponderante na assembléia que deliberou sobre tal pagamento, mas, nesse caso, a imputação é apenas de violação ao art. 189 da Lei nº 6.404/76, não envolvendo o art. 153 da mesma lei.

5 Fl. 207.

6 Fls. 155/157.

7 O Estado de Sergipe também alegou nulidade da informação recebida e por essa razão requereu a devolução do prazo de defesa. A SEP atendeu o pedido solicitado, dilatando o prazo para apresentação de defesa, embora nenhuma manifestação subsequente do Estado de Sergipe tenha sido recebida.

Processo Administrativo Sancionador nº RJ-2008-4877

Interessado: Banco do Estado de Sergipe S.A. e outros

Assunto: Juros sobre capital próprio

Redução de capital

Diretor Relator: Marcos Barbosa Pinto

Razões de Voto

1. Juros sobre Capital Próprio

1.1. A SEP acusa alguns dos defendentes de infração ao art. 189 da Lei 6.404/76 em razão do pagamento de JCP antes da absorção do saldo integral de prejuízos acumulados. Esse artigo tem a seguinte redação:

Art. 189. Do resultado do exercício serão deduzidos, antes de qualquer participação, os prejuízos acumulados e a provisão para o Imposto sobre a Renda.

Parágrafo único. O prejuízo do exercício será obrigatoriamente absorvido pelos lucros acumulados, pelas reservas de lucros e pela reserva legal, nessa ordem.

1.2. Os defendentes insistem em demarcar a diferença conceitual entre JCP e dividendos. Contudo, essa é uma discussão que aqui não se coloca, porque em momento algum se alegou o contrário.

1.3. O que importa é que os JCP são uma participação nos lucros e, segundo o art. 189 da Lei nº 6.404/76, os prejuízos acumulados devem ser deduzidos antes de qualquer participação nos lucros.

1.4. Que os JCP são uma participação nos lucros me parece absolutamente fora de dúvida, sobretudo se lermos com atenção o art. 9º, §1º, da Lei 9.249/95, que assim dispõe:

Art. 9º (...)

§ 1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.

1.5. Como se percebe, o dispositivo transcrito exige expressamente a existência de lucros para que os JCP sejam pagos. Ou seja: os JCP são claramente uma participação no resultado que é tratada de forma diversa dos dividendos para fins tributários.

1.6. É bem verdade que, da forma como foi redigida, a norma poderia ensejar a interpretação de que é indiferente se a empresa tem saldo de lucros, desde que ela tenha tido lucro no último exercício. Afinal, fala-se em "lucros, computados antes da dedução dos juros, ou lucros acumulados e reservas de lucros".

1.7. Essa não me parece a interpretação mais adequada, todavia. Na minha opinião, o que a lei quis dizer é o seguinte: pode-se distribuir JCP sem que se tenha apurado lucro no exercício, desde que haja lucros acumulados ou reservas de lucros suficientes; mas o inverso não é possível, ou seja, não se pode distribuir JCP havendo prejuízos acumulados, ainda que haja lucro no exercício.

1.8. Se adotássemos outra interpretação e permitíssemos a distribuição de JCP a despeito do saldo de

prejuízos acumulados, estaríamos:

- vii. contrariando a sistemática da Lei nº 6.404/76, que privilegia a recomposição do capital social ao pagamento de proventos aos acionistas; e
- viii. prejudicando os credores ao permitir a descapitalização da sociedade em favor dos acionistas.

1.9. Por isso, entendo que, antes de qualquer distribuição de participações nos lucros aos acionistas, os prejuízos acumulados da companhia deveriam ter sido absorvidos. Como isso não ocorreu, foi violado o art. 189 da Lei 6.404/76.

1.10. Essa infração foi cometida por todos os administradores que propuseram a distribuição dos JCP e, também, pelo acionista controlador, cujo voto em assembléia geral foi preponderante para a aprovação do pagamento irregular.

1.11. Especificamente quanto aos administradores, a SEP também visualizou infração ao art. 153 da Lei 6.404/76, que trata do dever de diligência. Não consegui identificar nexos entre o dispositivo citado e a ação dos acusados, razão pela qual proponho que essa imputação seja afastada.

2. Parecer do Conselho Fiscal

2.1. A SEP acusa os administradores do Banese de submeter à assembléia proposta de redução de capital sem prévia manifestação do conselho fiscal, violando assim o art. 173, §1º da Lei 6.404/76:

Art. 173. (...)

§ 1º A proposta de redução de capital, quando de iniciativa dos administradores, não poderá ser submetida à deliberação da assembléia geral sem o parecer do conselho fiscal, se em funcionamento.

2.2. No plano teórico, a questão já foi corretamente resolvida pela decisão do Colegiado em 10 de julho de 2007, segundo a qual há necessidade de parecer prévio do conselho fiscal apenas se a proposta for de iniciativa da administração. Os defendentes estão de acordo com essa conclusão.

2.3. Remanesce, porém, uma dúvida concreta. Os defendentes insistem que a proposta foi de iniciativa do controlador, porém a SEP entende o contrário, embasada na decisão do colegiado de 10 de julho de 2007.

2.4. A principal evidência a favor dos acusados é uma carta subscrita pelo Procurador Geral do Estado de Sergipe, solicitando ao presidente do conselho de administração a convocação da assembléia para deliberar sobre proposta de redução de capital.

2.5. Para resolver a questão, parece-me decisivo saber se o conselho de administração debateu a proposta de redução de capital e submeteu-a a assembléia com a sua aprovação. No caso concreto, isso realmente aconteceu.

2.6. A ata da reunião do conselho revela a existência de votos vencidos em relação à redução de capital, a comprovar que as discussões ocorreram e que a deliberação tomada reflete a posição do órgão. O conselho não atuou como mero transmissor da proposta do acionista controlador; ele propôs a assembléia que a aprovasse.

2.7. Isso é suficiente, a meu ver, para que a proposta seja caracterizada como uma proposta de iniciativa também da administração. Por conseguinte, concluo que houve violação do art. 173 da Lei 6.404/76, devido à ausência de manifestação prévia do conselho fiscal.

3. Conclusão

3.1. Pelos fundamentos que expus acima, que seguem a decisão do colegiado de 10 de julho de 2007, proponho a aplicação das seguintes penalidades, com fundamento no art. 11, II, da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976:

- i. a Antônio Carlos Borges Freire, multa de R\$200.000,00, sendo R\$100.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76 e R\$100.000,00 por infração ao art. 173 da mesma lei;
- ii. a Antônio João Rocha Messias, multa de R\$150.000,00, sendo R\$50.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76 e R\$100.000,00 por infração ao art. 173 da mesma lei;
- iii. a Edgard D'Avila Melo Silveira, multa de de R\$100.000,00 por infração ao art. 173 da Lei 6.404/76;

- iv. a Eduardo Prado de Oliveira, multa de R\$150.000,00, sendo R\$50.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76 e e R\$100.000,00 por infração ao art. 173 da mesma lei;
- v. a Estado de Sergipe, multa de R\$500.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76;
- vi. a Etélio de Carvalho Prado, multa de R\$150.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76;
- vii. a Francisco José dos Santos Neto, multa de R\$150.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76;
- viii. a Jair Araújo de Oliveira, multa de R\$250.000,00, sendo R\$150.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76 e R\$100.000,00 por infração ao art. 173 da mesma lei.
- ix. a José Figueiredo, multa de R\$150.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76;
- x. a Max José Vasconcelos de Andrade, multa de R\$150.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76;
- xi. a Petrônio de Melo Barros, multa de R\$150.000,00 por infração ao art. 189 da Lei 6.404/76;

3.2. As penalidades foram propostas considerando a participação de cada um dos acusados nos fatos e também o seguinte:

- xx. fixei o valor da multa em R\$100.000,00 pela aprovação da redução de capital sem prévio parecer do conselho fiscal;
- xxi. fixei, para os administradores, o valor de R\$50.000,00 por cada deliberação que aprovou o pagamento de JCP; e
- xxii. para o acionista controlador do Banese, por conta de seu maior proveito econômico no pagamento indevido de JCP, fixei a penalidade em R\$500.000,00.

Rio de Janeiro, 12 de maio de 2009.

Marcos Barbosa Pinto

DIRETOR

Declaração de voto do Diretor Eli Loria na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2008/4877 realizada no dia 12 de maio de 2009.

Eu acompanho o voto do relator, senhora presidente.

Eli Loria

DIRETOR

Declaração de voto do Diretor Eliseu Martins na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2008/4877 realizada no dia 12 de maio de 2009.

Eu também acompanho o voto do relator, senhora presidente.

Eliseu Martins

DIRETOR

Declaração de voto do Diretor Otávio Yazbek na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2008/4877 realizada no dia 12 de maio de 2009.

Eu também acompanho o voto do relator, senhora presidente.

Otávio Yazbek

DIRETOR

Declaração de voto da presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana, na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2008/4877 realizada no dia 12 de maio de 2009.

Eu também acompanho o voto do relator e proclamo o resultado do julgamento, em que esta Comissão, por unanimidade de votos, aplicou aos acusados as penalidades de multa pecuniária, nos valores propostos pelo diretor-relator e encerro a sessão, informando aos acusados punidos que poderão interpor recurso voluntário, no prazo legal, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

PRESIDENTE