

## EXTRATO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2009/4768

Acusada: MENDESPREV Sociedade Previdenciária

Ementa: **Descumprimento do art. 161, § 4º, alínea “a”, da Lei nº 6.404/76 - Multa.**

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 unanimidade de votos, decidiu, com fundamento no art. 11, inciso II, da Lei nº 6.385/76, aplicar à MENDESPREV Sociedade Previdenciária a penalidade de multa pecuniária no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) pelo descumprimento do art. 161, § 4º, da Lei nº 6.404/76 e pela gravidade de sua conduta.

A acusada terá um prazo de 30 dias, a contar do recebimento de comunicação da CVM, para interpor recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos termos dos artigos 37 e 38 da Deliberação CVM nº 538, de 05 de março de 2008.

Ausentes a acusada e o seu representante.

Presente a procuradora-federal Adriana Cristina Dullius, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

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

Rio de Janeiro, 13 de abril de 2010.

Otavio Yazbek

Diretor-Relator

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

Presidente da Sessão de Julgamento

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Nº RJ 2009/4768

Acusados: Mendesprev Sociedade Previdenciária

Assunto: Processo Administrativo Sancionador instaurado em face da Mendesprev a fim

de apurar irregularidade em eleições de conselheiro fiscal.

Diretor relator: Otavio Yazbek

## **R E L A T Ó R I O**

### **OBJETO**

1. Trata-se de Processo Administrativo Sancionador instaurado em face de Mendesprev Sociedade Previdenciária (“Mendesprev” ou “Acusada”), a fim de apurar a regularidade de sua participação na eleição de conselheiro fiscal para vaga reservada aos acionistas minoritários da Mendes Júnior Engenharia S.A. (“Mendes Júnior” ou “Companhia”), tendo em vista que Mendes Júnior Participações S.A. (“Mendes Participações”), controladora da Companhia, é também a principal patrocinadora da Acusada, responsável por indicar 2/3 dos conselheiros daquela<sup>1</sup>.

### **FATOS**

2. Em 28.8.2007, Yehuda Waisberg (“Yehuda”), acionista da Companhia, protocolou reclamação alegando que a Mendesprev elegeu, na AGOE da Mendes Júnior datada de 14.8.2007, candidato à vaga destinada aos minoritários no Conselho Fiscal – a despeito de manifestações anteriores do Colegiado sobre o tema e das conclusões do Processo Administrativo CVM nº RJ 2002/7152<sup>2</sup> (fl. 2).

3. Instada a se manifestar por meio do Ofício/CVM/SEP/GEA-3/Nº203/08 (fl. 33), em 2.6.2008 a Companhia protocolou resposta nos seguintes termos (fls. 48-49):

- i) os membros do Conselho Fiscal eleitos em 14.8.2007 foram reeleitos na AGOE de 30.4.2008, à qual Yehuda sequer compareceu;
- ii) em 8.8.2007, o MM. Juiz da 6ª Vara Cível de Belo Horizonte julgou improcedente o pedido formulado por Yehuda no processo cautelar nº 024.04.341.326-9, de forma que não havia qualquer impedimento para a eleição de conselheiro fiscal na AGOE de 14.8.2007; e
- iii) o Processo Administrativo CVM nº RJ 2002/7152 foi anulado por acórdão proferido no âmbito da apelação em mandado de segurança nº 2003.51.01.020498-1, que tramita perante o TRF da 2ª Região.

4. Em 17.6.2008, por meio do Memo/CVM/SEP/GEA-3/Nº112/08 (fl. 76), a SEP recomendou à SOI que a reclamação em comento fosse extraída do Processo Administrativo CVM nº RJ 2002/7152 (ao qual fora juntada) e analisada em apartado, uma vez que a nulidade do referido processo estava sendo pleiteada judicialmente. Com o “de acordo” da SOI, foi aberto o Processo Administrativo CVM nº RJ 2008/5814, que deu origem ao presente feito.

5. Tendo sido solicitado no Ofício/CVM/SEP/GEA-3/Nº261/2008 (fl. 82) o envio da indicação dos votos de cada um dos acionistas nas AGOEs realizadas em 14.8.2007 e 30.4.2008, notadamente, no que diz respeito à eleição em separado de conselheiro fiscal representante dos acionistas minoritários, alegou a Mendes Júnior que (fls. 92-93):

- i) em 5.6.2008 enviou à CVM cópia dos Livros de Presença dos acionistas e as atas das AGOEs realizadas em 14.8.2007 e 30.4.2008;
- ii) na AGOE realizada em 14.8.2007, disputaram a vaga de conselheiro fiscal Yehuda e Sizenando Rodrigues de Barros Neto (“Sizenando”), tendo sido o último eleito por voto da maioria dos acionistas minoritários presentes;
- iii) quanto à AGOE de 30.4.2008, apenas Sizenando se candidatou à vaga destinada aos minoritários no Conselho Fiscal, não tendo Yehuda comparecido à dita assembléia; e
- iv) as eleições em separado objeto das AGOEs de 14.8.2007 e 30.4.2008 foram realizadas de forma absolutamente regular, sendo que as respectivas atas foram lavradas sem qualquer ressalva ou protesto.

6. A Companhia apresentou nova manifestação em 17.2.2009, informando que:

- i) não identificou, em seus arquivos, o Mapa de Votação com a indicação do voto dos acionistas minoritários nas eleições em separado das AGOEs de 14.8.2007 e 30.4.2008; e
- ii) Sizenando compareceu a ambas as AGOEs munido de procurações outorgadas por diversos acionistas da Mendes Júnior, dentre eles a Mendesprev, pelo que presume-se que tais acionistas nele tenham votado como candidato a conselheiro fiscal nas duas AGOEs em comento.

7. Com fundamento na Deliberação CVM nº 538, de 5.3.2008 (“Deliberação nº 538/08”), a autarquia enviou à Mendesprev o Ofício/CVM/SEP/GEA-3/Nº046/09, datado de 17.2.2009, (i) ressaltando que a Acusada já fora advertida por ter participado em votações passadas para a escolha de conselheiro fiscal representante dos minoritários; e (ii) solicitando manifestação à respeito da participação da Companhia nas eleições realizadas 14.08.2007 e 30.04.2008 (fl. 108).

8. A Mendesprev apresentou resposta tempestiva, reforçando o conteúdo de suas manifestações anteriores e afirmando que (fls. 110-111):

- i) recorreu da decisão do PAS CVM nº 07/2005 e por isso aquela estaria *sub judice*; e
- ii) a sentença prolatada pela Justiça Comum deveria se sobrepor à decisão administrativa, ainda mais que *sub judice*, até que outra decisão de tribunal superior a modifique.

9. Consultada pela SEP, em 24.3.2009 entendeu a PFE, por meio do Memo/PFE-CVM/GJU-2/Nº153/09 (fls. 159-162), que a existência (i) de recurso pendente de apreciação do CRSFN no PAS CVM nº 07/2005 e (ii) da decisão judicial transitada em julgado no processo cautelar nº 024.04.341.326-9, não seriam obstáculos para a instauração do presente PAS.

## **TERMO DE ACUSAÇÃO**

10. Diante de todo o exposto, entendeu a SEP que (fls. 172-187):

- i) embora a reclamação original diga respeito apenas à AGOE de 14.08.2007, após o seu recebimento, em 30.04.2008 realizou-se outra AGOE nas mesmas condições, motivo pelo qual a acusação também considerará a participação da Mendesprev nesta última assembléia;
- ii) ficou comprovada a dependência política da Mendesprev com a sua patrocinadora principal, não havendo quaisquer mecanismos que afastem o poder de decisão dos conselheiros indicados pela Companhia, entendimento já esposado pelo Colegiado da CVM no âmbito do PAS CVM nº 07/2005;
- iii) ainda que a Acusada tenha pendente recurso ao CRSFN referente à decisão proferida no PAS CVM nº 07/2005, este “não abrange infrações estranhas ao seu objeto, ainda que semelhantes ou mesmo idênticas”, razão pela qual a interposição do referido recurso não exime a Companhia do cumprimento da legislação societária; e
- iv) a decisão proferida nos autos do processo cautelar nº 024.04.341.326-9 não é apta a impedir a instauração de novo PAS, tendo em vista que somente produz efeitos em relação às partes, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil.

11. Concluiu-se, assim, que a Mendesprev deve ser responsabilizada, na qualidade de acionista preferencialista vinculada ao grupo controlador da Companhia, pelo descumprimento do art. 161, § 4º, alínea “a”, da Lei nº 6.404/76, por participar da votação em separado para a eleição do conselheiro fiscal representante dos acionistas minoritários preferencialistas, nas AGOEs realizadas em 14.8.2007 e 30.4.2008.

12. Examinada a peça acusatória, a PFE entendeu em 5.6.2009 que estariam atendidos os requisitos formais arrolados no art. 6º da Deliberação CVM nº 538/08 (fls. 189-191).

## **RAZÕES DE DEFESA**

13. Intimada, a Acusada apresentou defesa tempestiva em 24.07.2009, alegando (fls. 197-227):

- i) preliminarmente, que:
- a) ainda que não se trate de ação judicial, e sim, de processo administrativo, há litispendência entre o presente PAS e o PAS CVM nº 07/2005, por haver coincidência de partes (CVM e Mendesprev), da causa de pedir (suposta infração ao art. 161, da Lei nº 6.404/76) e do pedido (que a Mendesprev se abstenha de participar, nas AGOEs da Mendes Júnior, da votação em separado para eleição de conselheiro fiscal);
  - b) caso a CVM entenda que não está obrigada a adotar a litispendência, ao não fazê-lo, estaria a autarquia: (1) suprimindo a competência recursal do CRSFN; (2) desrespeitando as competências legais atribuídas a outros órgãos do Governo Federal; e (3) contrariando a orientação legal feita aos fundos de pensão pela Secretaria da Previdência Complementar e pelo Conselho Gestor de Previdência Complementar;
  - c) a abertura de novo PAS desrespeitaria os princípios do devido processo legal, que estabelece o duplo grau do contraditório administrativo, e da economia processual, devendo a CVM sobrestar este novo PAS até que o recurso do PAS CVM nº 07/2005 seja julgado no CRSFN;
  - d) a revogação da liminar concedida no processo cautelar nº 024.04.341.326-9 se sobrepõe a eventuais decisões administrativas e a escolha da opção judicial indica desistência da via administrativa. O acionista Yehuda estaria “atirando” para todos os lados com pretensões idênticas na Justiça Comum e na CVM, que não tem outra alternativa senão a de cancelar ou sobrestar o presente PAS.
- ii) no mérito:
- a) o Termo de Acusação afirma que a Mendesprev deve ser responsabilizada, na qualidade de acionista preferencialista “vinculada” ao grupo controlador da Companhia. O capítulo da Lei nº 6.404/76 que trata das Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas não cogitou a existência do gênero “sociedades vinculadas”, motivo pelo qual a CVM teria violado o princípio da estrita legalidade e deixado de informar adequadamente a base legal que sustenta seu entendimento, tornando impossível à Mendesprev se defender de suposições e hipóteses não previstas na Lei Societária;
  - b) todo fundo de pensão possui vinculação com seus patrocinadores, mas este é negócio jurídico regulado pelo direito previdenciário. Apenas a relação entre acionista e companhia investida, que alguns fundos de pensão possuem é regulada pelo direito comercial. Tais relações, embora coexistam, não devem ser confundidas;
  - c) a Mendesprev, sociedade civil sem fins lucrativos, não faz parte do grupo de controle da Mendes Júnior, “tendo em vista que não é controlada, direta ou indiretamente, por qualquer empresa do Grupo Mendes Júnior – sequer pode ser considerada coligada a qualquer empresa”;
  - d) o relator do PAS CVM nº 07/2005 ficou no mínimo em dúvida quanto ao reconhecimento dos direitos políticos que os fundos de pensão têm quando detêm ações de companhias patrocinadoras, e deixou de aplicar sua dúvida em favor da Acusada e dos diretores da

Mendesprev, que não puderam defender a independência de sua atuação em prol dos interesses da entidade, frente mera suposição, desacompanhada de provas, de que de que estariam atuando a mando de outrem;

- e) caso a Mendesprev não exercesse seus direitos políticos, seus administradores poderiam ser acusados de omissão frente ao disposto no art. 63<sup>3</sup>, da Lei Complementar nº 109, de 29.5.2001 (“LC nº 109/01”) e na Resolução MPAS/CGPC nº 01, de 19.12.2001<sup>4</sup>, além dos deveres de lealdade e diligência impostos pela Lei nº 6.404/76;
- f) a Acusada é auditada por auditoria externa independente que nunca detectou qualquer irregularidade na conduta de seus administradores;
- g) a Mendesprev, além de estar instalada em prédio diferente do de suas patrocinadoras e de pagar todos os seus custos administrativos, é gerenciada por profissional especializado, sem quaisquer vínculos com aquelas.

14. Pede a Acusada, por fim, que o processo seja extinto sem julgamento do mérito ou, caso a CVM assim não entenda, que declare insubsistente a irregularidade apontada.

15. O processo foi distribuído para o relator em 18.8.2009.

É o relatório.

-----

[1] Nos termos do art. 14 do Estatuto Social da Mendesprev, “cabará à Patrocinadora principal indicar dois terços dos conselheiros, bem como os respectivos suplentes, considerando o número de Participantes de cada Patrocinadora e o montante dos respectivos patrimônios. Caberá aos Participantes e Assistidos o preenchimento de um terço das vagas do Conselho Deliberativo, por meio de eleição direta. Os três candidatos mais votados comporão uma lista tríplice que será levada às Patrocinadora para escolha e nomeação de um entre eles.”

<sup>2</sup> O Processo Administrativo CVM nº RJ 2002/7152 trata de reclamação encaminhada pelo próprio Yehuda e por mais dois outros investidores relativa à eleição, pela Mendesprev, de candidatos à vaga destinada aos acionistas minoritários no Conselho Fiscal da Companhia. O referido Processo deu origem ao PAS CVM nº 07/2005 e, posteriormente, foi anulado por decisão judicial. O PAS CVM nº 07/2005, julgado em 24.4.2007, por sua vez, advertiu a Mendesprev por participar, nas AGOEs da Mendes Júnior ocorridas em 7.12.2002, 29.4.2003 e 2.5.2006, da votação em separado para a escolha de conselheiro fiscal representante dos minoritários da Companhia, infringindo, assim, o caput do art. 115 da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 (“Lei nº 6.404/76”) e a alínea “a” do § 4º do art. 161 da mesma Lei.

<sup>3</sup> “Art. 63. Os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, às entidades de previdência complementar.

Parágrafo único. São também responsáveis, na forma do caput, os administradores dos patrocinadores ou instituidores,

os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada.”

4 “O Plenário do Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CGPC, em sua 8ª Reunião Extraordinária, realizada em 13 de dezembro de 2001, no uso das atribuições que lhe confere o art. 74 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, e considerando que cabe às entidades fechadas de previdência complementar:

a) exercer ativamente os direitos de acionista, principalmente nas companhias em que detenham participação relevante no capital social e naquelas que representam parcela significativa na composição total de seus recursos; e

b) buscar agregar valor a seus investimentos, inclusive por meio do exercício do direito de voto em assembleias gerais, resolve:

Art. 1º Determinar às entidades fechadas de previdência complementar que disponibilizem a seus participantes, até o 20º (vigésimo) dia útil do mês subsequente ao término de cada trimestre, relatório discriminando as assembleias gerais, realizadas no período, das companhias nas quais detenham participação, em especial quanto às deliberações que envolverem operações com partes relacionadas ou que possam beneficiar, de modo particular, algum acionista da companhia, direta ou indiretamente, explicitando:

I - nome do representante da entidade;

II - teor do voto proferido ou as razões de abstenção ou ausência. (...).”

#### PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ 2009/4768

-

#### **Voto do Relator**

-

1. A Mendesprev foi acusada de participar da eleição de conselheiro fiscal para vaga reservada aos acionistas minoritários da Mendes Júnior, sociedade que é controlada pela principal patrocinadora da Acusada, responsável por indicar 2/3 dos conselheiros daquela e, por consequência, toda a sua diretoria executiva.

-

2. Início minha análise tratando das questões preliminares argüidas pela Acusada.

-

#### **Litispendência**

-

3. No entendimento da Mendesprev, deve ser reconhecida a litispendência entre o presente PAS e o PAS CVM nº 07/2005, por haver coincidência de partes (CVM e Mendesprev), da causa de pedir (suposta infração ao art. 161 da Lei nº 6.404/76) e do pedido (que a Mendesprev se abstenha de participar, nas AGOEs da Mendes Júnior, da votação em separado para eleição de conselheiro fiscal).

-

4. É completamente descabida, e por mais de um motivo, como se há de demonstrar, a tese da Acusada. Senão, vejamos.

-

5. Inicialmente, convém esclarecer que, ao alegar litispendência, a Mendesprev trouxe ao presente feito instituto estranho à disciplina dos processos sancionadores na esfera administrativa, que dispõem,

nesta autarquia, de regramento, objeto e finalidades próprios - o que, por sua vez, seria suficiente para rejeitar a defesa processual da Acusada.

-

6. Mas ainda que assim não o fosse, a tese da Mendesprev não procede. Como se procurou explicar na defesa, verifica-se a litispendência quando coincidentes o que a doutrina convencionou chamar de elementos da ação, quais sejam: as partes, a causa de pedir e o pedido. Embora a Acusada tenha logrado identificar as partes sujeitas à autoridade do Estado-juiz em ambos os casos (CVM e Mendesprev), equivoca-se quanto à caracterização da causa de pedir e do pedido.

-

7. Causa de pedir, ensina-nos a doutrina, são os fatos narrados dos quais se deduz um direito objetivo ou o direito violado. Para o Código de Processo Civil, causa de pedir são os fatos constitutivos a que se refere o art. 282, inciso III. Para o art. 41 do Código de Processo Penal, causa de pedir é o fato criminoso. No caso concreto, a causa de pedir não é outra senão a participação da Acusada na eleição de conselheiro fiscal para vaga reservada aos acionistas minoritários da Companhia nas AGOEs de 14.8.2007 e 30.4.2008 e não, como alega a Mendesprev, a “suposta infração ao art. 161, da Lei nº 6.404/76” (fl. 199)<sup>1</sup>.

-

8. Tampouco há coincidência de pedido. Isto porque, até pela natureza do processo administrativo sancionador, as peças acusatórias apresentadas, tanto no PAS CVM nº 07/2005 quanto no presente, pedem a responsabilização da Mendesprev por ter, naquele caso, participado da eleição de conselheiro fiscal para vaga reservada aos acionistas minoritários da Mendes Júnior nas AGOEs de 7.12.2002, 29.4.2003 e 2.5.2006 e, neste caso, nas AGOEs de 14.8.2007 e 30.4.2008. Não há que se falar, desta forma, nos dois casos, em pedido de espécie de provimento cautelar (“que a Mendesprev se abstenha de participar, nas AGO/E’s da Mendes Júnior, da votação em separado para conselheiro fiscal” - fl. 199), como quer fazer crer a Acusada, mas sim, de sanção administrativa para descumprimentos claramente delineados.

-

9. A eventual adoção da tese da Mendesprev tem também outros desdobramentos de ordem lógica. A prevalecer a definição de causa de pedir defendida pela Acusada (qual seja, suposta infração ao art. 161, da Lei nº 6.404/76), dar-se-ia azo a situações esdrúxulas, uma vez que a CVM acabaria tendo de abrir mão do regular e necessário exercício do poder de polícia quando, diante de uma determinada infração, identificasse que processo tratando de infração anterior de mesmo tipo, cometida pela mesma parte, já estaria sendo analisado pelo CRSFN em grau de recurso - hipótese esta que não se pode admitir. A autarquia não poderia, simplesmente, abrir mão do cumprimento de seu poder-dever.

10. Assim, em se tratando de PAS absolutamente autônomos, não merece amparo a pretensão da Mendesprev no que tange ao reconhecimento de litispendência.

### **Sobreposição da via judicial sobre a administrativa**

-

11. A Mendesprev prossegue argumentando que a revogação da liminar concedida a Yehuda pela Justiça Comum de Belo Horizonte deveria se sobrepor à atuação da CVM.

-

12. Novamente, não assiste razão à Acusada.

-

13. Conforme se pôde depreender, o processo cautelar nº 024.04.341.326-9 buscava impedir que a



Mendesprev indicasse ou votasse em candidato dos minoritários a vaga no Conselho Fiscal, e foi extinto sem julgamento de mérito, não havendo sequer sido proposta ação principal. Tais informações, contudo, foram inferidas das declarações das partes, uma vez que nem mesmo foi colacionada cópia de tal ação cautelar.

-

14. Em face da ausência de elementos concretos que suportem os argumentos da defesa, é a meu ver absolutamente descabido que a Mendesprev afirme, por exemplo, que “assim, a CVM, de posse da confirmação da existência de um processo judicial sobre a questão, com sentença na Justiça Estadual da Comarca de Belo Horizonte, não terá outra alternativa senão a de cancelar ou sobrestar o referido PAS” (fls. 204). A bem da verdade, ante a deficiente instrução da defesa, entendo ser, no mínimo, impróprio que a Acusada cogite que a “decisão da Justiça Estadual se sobrepõe às eventuais decisões administrativas” (fls. 202).

-

15. Não obstante, admitindo-se que as parcas informações prestadas estejam mesmo corretas, a sentença proferida no processo cautelar nº 024.04.341.326-9 em nenhuma hipótese se sobrepõe ao presente PAS, uma vez que (i) o objeto daquela ação não coincide com o deste feito; (ii) a decisão do MM. Juiz da 6ª Vara Cível de Belo Horizonte foi dada com base em questões processuais; e (iii) tal decisão não foi comunicada à CVM, não se havendo buscado produzir nenhum efeito perante a autarquia.

-

16. Afasto, por conseqüência, o argumento de sobreposição argüido pela Acusada e passo a analisar o mérito.

## **Mérito**

-

17. Com o objetivo de desqualificar a pretensão punitiva, a Mendesprev explorou os conceitos de “coligada” e de “controlada”, extraídos da legislação acionária, procurando demonstrar que a expressão “vinculada”, adotada pela acusação, não passa de uma interpretação criativa, que não encontra guarida no texto legal. De fato, ela afirma que, em nenhum lugar da Lei Societária, se encontra “proibição objetiva correlacionada com a palavra ‘vinculada’, pois, permissa venia, não a encontramos no capítulo citado, tampouco na norma supostamente violada” (fls. 207). Neste sentido, inexistindo qualquer caracterização do que seria essa pessoa “vinculada” e, mais do que isso, inexistindo qualquer espécie de vedação para essas pessoas “vinculadas”, estas não estariam impedidas de votar para o preenchimento daquelas vagas do Conselho Fiscal referidas no art. 164, § 4, “a”, da Lei nº 6.404/76.

-

18. O fato, porém, é que a defesa procura, com esse argumento, promover uma mudança de foco. O referido dispositivo regulamenta o exercício de direitos por (i) titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito e por (ii) acionistas minoritários. Trata-se de norma destinada a tutelar dois tipos de participantes que, de outra maneira, não teriam nenhuma capacidade de exercer os controles que a Lei entende necessários sobre a administração da sociedade, a saber, os preferencialistas e os acionistas minoritários. E é justamente para assegurar um mínimo de efetividade a essa norma que se impõe definir como são compostos esses grupos. Antecipo que se trata aqui, de fato, de uma atividade interpretativa, mas tendo em vista a preocupação dos defensores com a estrita legalidade, vale destacar que ela em nada inova o regime legal.

-

19. Com efeito, a CVM manifestou-se sobre a matéria, uma primeira vez, no Parecer de Orientação nº 19, de 9.5.1990 (“Parecer de Orientação nº19/90”), cujo conteúdo merece um pouco de atenção. O Parecer de Orientação nº19/90 começa por citar, como pressuposto para a discussão que se seguirá, a exposição de motivos da Lei nº 6.404/76:

“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” (item 2).

-

20. A partir daí, ele acaba por concluir que, para garantir a efetiva observância das garantias estabelecidas em Lei para preferencialistas e minoritários e para assegurar a estes grupos aquela forma específica de direito de fiscalização, “deve-se entender que da votação em separado desses acionistas para a eleição de seu representante no Conselho Fiscal não poderão participar os acionistas controladores, ainda que portadores também de ações preferenciais” (item 8). Trata-se, a bem da verdade, de decorrência lógica, uma vez que “tal participação, se admitida, redundaria em cerceamento efetivo do direito essencial de fiscalizar e em representação inequívoca dos interesses, não raramente contrários, que a lei buscou proteger”.

-

21. O Parecer de Orientação nº 19/90 apenas trata da questão da possibilidade de voto pelos próprios controladores, apontando que tal voto tornaria inócua a disposição do art. 164, § 4º, “a”, da Lei nº 6.404/76. Em princípio, portanto, ele não se aplicaria ao caso em tela. No entanto, deve-se convir que, identificada a impossibilidade de voto do acionista controlador, cumpre pensar o que efetivamente caracteriza essa figura. E essa tarefa torna-se ainda mais importante quando se leva em conta que, tanto no art. 116, quanto no art. 243 da LSA, são usadas expressões que remetem ao conteúdo material do poder de controle, tais como “poder de eleger a maioria dos administradores”, uso efetivo daquele poder e “preponderância nas deliberações sociais”. Vale dizer, para a sistemática criada pela Lei das SA, importa não apenas uma condição formal, mas importam também os resultados que materialmente decorrem daquela condição. O tema já foi discutido por muitos autores e entendo que ele é, aqui, de alguma valia.

-

22. Para mim, tanto essa preocupação quanto a referência, nos dois dispositivos, a grupos de acionistas, ou seja, à atuação concertada, deixa claro que, muitas vezes, não basta levar em conta a atuação daquela pessoa primariamente identificada como controlador, mesmo porque essa atuação pode ser reforçada ou complementada por outros que estejam sob aquela influência determinante.

-

23. No caso em tela, o que se sustenta é que, sendo 2/3 dos membros do Conselho Deliberativo eleitos pela Patrocinadora Principal (e sendo o referido órgão formado, aliás, apenas por 3 membros) e sendo a Diretoria Executiva eleita pelo próprio Conselho Deliberativo, em qualquer hipótese, é a vontade da Patrocinadora Principal que tende a prevalecer. Os órgãos decisórios e de representação da Mendesprev não dispõem de nenhum mecanismo assecuratório da sua independência, estando diretamente vinculados à Patrocinadora Principal – e é claro o cuidado, nos estatutos vigentes, para assegurar essa situação. Desta maneira, por mais que haja responsabilidade dos administradores pelos seus atos, não se pode considerá-los como plenamente independentes. O fato de a Acusada estar instalada em prédio diferente do de suas Patrocinadoras, pagar seus custos administrativos e ser auditada e gerenciada por profissional especializado, não equivale a um sistema efetivo de salvaguardas institucionais e não tem nenhum conteúdo propriamente político, ao contrário dos elementos acima referidos (vale dizer, da “amarração” estatutária da eleição de membros do Conselho e da Diretoria Executiva).

-

24. Por esta razão é que se interpreta que para os efeitos do art. 164, § 4, “a”, da Lei nº 6.404/76, também a Mendesprev deve ser considerada como equiparada ao controlador e, por conseqüência, ser excluída da possibilidade de votar naquelas deliberações destinadas a preferencialistas e a minoritários.

Observe-se que não se trata, aqui, da criação de uma nova vedação, que originariamente não se encontra presente na Lei, como a Acusada tenta fazer crer em sua peça, mas sim de uma decorrência natural da situação da Mendesprev. Na dicção da Exposição de Motivos da Lei nº 6.404/76, transcrita no Parecer de Orientação nº 19/90 e tomada como fundamento para o que ali se defende, permitir que aqueles administradores, eleitos pela Patrocinadora Principal, votem, efetivamente reduziria a norma do art. 161 a “formalismo vazio de qualquer significação prática”.

-

25. Gostaria de deixar claro que tal interpretação se coaduna com a sistemática da Lei nº 6.404/76, havendo, inclusive, soluções similares no texto da Lei. Um exemplo disso reside, por exemplo, no seu art. 244, § 2º, em que, ao se tratar do regime das participações societárias recíprocas, se suspende o direito de voto das “ações do capital da controladora, de propriedade da controlada”. Ora, se aquelas ações tivessem mantido seu direito de voto, quem estaria votando na controladora não seria uma terceira sociedade, mera acionista, mas sim um ou mais administradores, eleitos pela administração da própria controladora e, em larga medida, presume-se, alinhados com as posições e com as políticas daquela.

-

26. Deste modo, não se trata de dizer que a Mendesprev faz parte do grupo de controle da Mendes Júnior ou de se criar regra nova, impedindo determinados acionistas de votar. Trata-se apenas de adotar uma interpretação que permita um mínimo de eficácia a uma garantia legal, assegurando que os destinatários daquela garantia possam dela fazer uso.

-

27. É bem verdade, por outro lado, que não se pode presumir que os votos dos administradores da Acusada nas assembléias da Mendes Júnior sejam, sempre, defeituosos ou viciados a priori. Existem deveres fiduciários e aqueles administradores podem, é bem verdade, ser responsabilizados por seus atos. Daí, porém, a considerar que eles integram as minorias que se procura proteger com o § 4º do art. 161, da Lei nº 6.404/76, há um longo passo, que equivaleria a confundir uma presunção de boa-fé, que talvez não se possa mesmo negar, com a distorção de uma regra protetiva de minorias.

-

28. Esta é, aliás, a interpretação que vem sendo consolidada pela CVM, como se pode ver do voto do Diretor Marcelo Trindade no PAS CVM nº 07/2005. Vale, aliás, destacar que no item 57 do referido voto, se consolida de forma extremamente coerente esta posição, nos seguintes termos:

“Mas a orientação que proponho seja adotada para definir a atuação do mercado e da própria CVM seria mais objetiva, e assim enunciada: ‘O impedimento de voto do controlador de que trata o Parecer de Orientação 19/90 (e também o impedimento para o voto em preenchimento de outras vagas que devam ser preenchidas, segundo a lei, por votação dos acionistas minoritários) estende-se às entidades de previdência complementar patrocinadas pela companhia aberta ou por suas controladoras, desde que, cumulativamente: (i) a vontade política da entidade de previdência complementar, assim entendida a indicação da maioria de seus administradores máximos, caiba à patrocinadora ou seu controlador, equiparando-se a essa hipótese a de indicação paritária de tais administradores, quando o voto de desempate couber a administrador indicado pela patrocinadora ou seu controlador; (ii) não tenha sido adotado mecanismo que assegure que a deliberação de indicação de conselheiros fiscais ou de administração a serem eleitos seja adotada com a participação majoritária de administradores da entidade indicados pelos participantes. Em qualquer caso, será irrelevante a influência econômica da patrocinadora sobre a entidade de previdência complementar.’” (grifos no original)

-

29. Ademais, e ainda no que tange à atuação dos administradores da Mendesprev, não acolho o argumento de que, caso a Acusada não exercesse plenamente seus direitos políticos, seus administradores poderiam ser acusados de omissão frente ao disposto no art. 63 da LC nº 109/01 e na Resolução MPAS/CGPC nº 01, de 19.12.2001.

30. Aliás, nesse mesmo diapasão, gostaria de registrar que me soa completamente inadequada, senão chocante, a afirmação de que, julgando em desfavor à Mendesprev, a CVM estaria a revogar esta última Resolução. Naturalmente, deixo de lado o fato de que a Resolução MPAS/CGPC nº 01, de 19.12.2001, foi revogada, em 6.12.2006, pela Resolução MPS/CGPC nº 23. À parte isso, e como o que se cogita é a questão da importância da participação ativa das entidades de previdência complementar na governança das companhias, penso que é imprescindível esclarecer que o posicionamento da CVM em relação à matéria não cria uma “antinomia”, como aventado pela defendente. Ele simplesmente não tem a pretensão – ou a capacidade – de diminuir a relevância da atuação efetiva das entidades de previdência complementar enquanto acionistas. Essa participação é importante e até mesmo desejável, e não é impedida por essa decisão. O que se pretende demonstrar, aqui, é que não se pode, sob o véu de uma atuação presente e diligente, agir de forma a neutralizar o que a lei teria criado como uma rede de proteção para as verdadeiras minorias acionárias.

-

31. Assim, com base no art. 11, inciso II, da Lei nº 6.385/76, por ter a Acusada descumprido o art. 161, § 4º, alínea “a”, da Lei nº 6.404/76, e tendo em vista a gravidade da conduta da Mendesprev Sociedade Previdenciária e o papel, cada vez mais relevante, que aquelas garantias legais devem cumprir na governança das sociedades, voto pela aplicação de pena de multa no valor de R\$ 300.000,00.

-

-

Rio de Janeiro, 13 de abril de 2010.

-

Otavio Yazbek

Diretor-relator

-----

<sup>1</sup> Este é o posicionamento de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, que afirmam: “O fato que ao autor alega, seja no crime ou no cível, recebe da lei determinada qualificação jurídica. Por exemplo, o matar alguém capitula-se como crime de homicídio (CP, art. 121); forçar alguém, mediante violência física ou ameaça, a celebrar um contrato configura coação (vício do consentimento, CC, art. 98, c/c art. 147, inc. II). Mas o que constitui a *causa petendi* é apenas a exposição dos fatos, não a sua qualificação jurídica. Por isso é que, se a qualificação jurídica estiver errada, mas mesmo assim o pedido formulado tiver relação com os fatos narrados, o juiz não negará o provimento jurisdicional (manifestação disso é o art. 383 CPP). O direito brasileiro adota, quanto à causa de pedir, a chamada doutrina da *substanciação*, que difere da *individuação*, para a qual o que conta para identificar a ação proposta é a espécie jurídica invocada (criação, crime de homicídio, etc.), não as meras ‘circunstâncias de fato’ que o autor alega.” (Cintra, Antonio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini e Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 20ª edição, São Paulo, Malheiros, p. 262.)

**Declaração de voto do Diretor Alessandro Broedel Lopes na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2009/4768 realizada no dia 13 de abril de 2010.**

Senhora presidente, eu acompanho o voto do relator.

Alexsandro Broedel Lopes  
DIRETOR

**Declaração de voto do Diretor Eli Loria na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2009/4768 realizada no dia 13 de abril de 2010.**

Senhora presidente, eu acompanho o voto do relator.

Eli Loria  
DIRETOR

**Declaração de voto do Diretor Marcos Barbosa Pinto na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2009/4768 realizada no dia 13 de abril de 2010.**

Eu também acompanho o voto do relator, senhora presidente.

Marcos Barbosa Pinto  
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 RJ2009/4768 realizada no dia 13 de abril de 2010.**

Eu também acompanho o voto do diretor-relator e proclamo o resultado do julgamento, em que o Colegiado desta Comissão, por unanimidade de votos, decidiu aplicar à MENDESPREV Sociedade Previdenciária a penalidade de multa pecuniária no valor de R\$ 300.000,00.

Encerro a sessão, informando que a acusada punida poderá interpor recurso voluntário, no prazo legal, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana  
PRESIDENTE