



## COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2013/11703

Reg. Col. 9211/2014

**Acusados:** Marcio Rocha Mello  
Milton Romeu Franke  
Wagner Elias Peres  
Joseph P. Ash II  
John Anderson Willott  
Carlos Thadeu de Freitas Gomes  
William Lawrence Fisher  
Peter L. O'Brien  
Thomas W. Ebborn  
Elia Ndevanjema Shikongo

**Assunto:** Conflito de interesses (art. 156 da Lei nº 6.404/1976) e desvio de poder (art. 154 da Lei nº 6.404/1976) na elaboração, aprovação e implementação do *severance package* da Companhia.

**Diretor Relator:** Gustavo Tavares Borba

### Declaração de Voto

1. Trata-se de proposta formulada pelo Diretor Relator com base no art. 25 da Deliberação CVM nº 538, de 2008, de nova definição jurídica aos fatos imputados aos acusados.



## COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

2. Em reunião realizada em 25.10.2016, pedi vista dos autos para refletir mais detidamente sobre a requalificação jurídica ora sugerida. Examinados os autos, cheguei às conclusões que passo a expor.

3. Acompanho o relator em relação à proposta de nova definição jurídica às imputações formuladas em face dos acusados Marcio Mello, Milton Franke e Wagner Peres. Ao facultar a aprovação, em assembleia geral de acionistas, do valor global da remuneração dos administradores, o art. 152 da Lei nº 6.404, de 1976, atribui, implicitamente, ao Conselho de Administração a competência para, nessa hipótese, definir os montantes individuais. Desse modo, a Lei autoriza o conselheiro a aprovar a sua própria remuneração, nada obstante o seu interesse pessoal na matéria.

4. Convém enfatizar que todos são partes interessadas, ainda que alguns tenham direito à remuneração diferenciada ou recebam também na qualidade de diretor da companhia. Afinal, até mesmo os conselheiros que fazem jus à menor remuneração são diretamente beneficiados pela aprovação da matéria.

5. Nesse contexto, como já observado pelo Diretor Relator, a incidência do impedimento legal, de que trata o art. 156 da Lei nº 6.404, de 1976, teria por efeito inviabilizar a deliberação pelo conselho de administração, contrariando o regime legal, que, como visto, permite que seja reservada ao referido órgão a competência para aprovação da remuneração individual dos administradores.

6. Tal entendimento não enfraquece a importância do aludido art. 156 como regra fundamental de proteção do interesse social. Revela tão-só que, em determinadas hipóteses, o legislador afasta a incidência do impedimento legal, valendo-se de outros instrumentos para combater os efeitos adversos que podem advir do conflito de interesses.

7. Essa afirmação não é inovadora; ao reverso, é bem conhecida no direito societário pátrio. Assim, como se sabe, em relação a reestruturações societárias dentro do mesmo grupo econômico, prevalece o entendimento de que o art. 264 não impede a



## COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

sociedade controladora de aprovar, na assembleia de acionistas da controlada, a relação de troca das ações.<sup>1</sup> Cuida-se de situação que suscita evidente conflito de interesses, na qual, contudo, por expressa orientação legislativa, não incide o impedimento previsto no art. 115, § 1º, tendo o referido art. 264 previsto, em favor dos acionistas minoritários, proteção de natureza diversa.

8. A meu ver, verifica-se situação semelhante na definição do montante individual da remuneração dos administradores. Nada obstante o conflito de interesses no qual incorrem os membros do conselho de administração na aprovação dessa matéria, o legislador permitiu que procedessem a tal deliberação na hipótese de a assembleia geral de acionistas aprovar apenas a verba global.

9. Nesse caso, a lei lança mão de outros remédios específicos, além dos remédios gerais (art. 153 a 155), para evitar ou mitigar o risco de os conselheiros abusarem de sua posição em detrimento dos acionistas. O primeiro é a fixação, no **caput** do art. 152, de critérios cogentes que devem ser impreterivelmente observados no processo decisório de definição das remunerações individuais. Tais critérios, que limitam a discricionariedade dos conselheiros, visam evitar a definição arbitrária de remuneração em favor de determinado administrador.

10. O segundo remédio, de feição estrutural, encontra-se previsto no art. 143, § 1º, segundo o qual “os membros do conselho de administração, até o máximo de 1/3 (um terço), poderão ser eleitos para cargos de diretores”. Dado o limite estabelecido para a acumulação de funções, evita-se o surgimento, no seio do Conselho de Administração, de uma maioria de conselheiros-diretores capaz, por si só, de definir a remuneração da diretoria. Em virtude da regra legal, a remuneração dos diretores há de ser aprovada necessariamente por conselheiros que não compõem a diretoria.

---

<sup>1</sup> Nesse direção, o Parecer de Orientação CVM nº 35, de 2008, esclarece que “é pacífico na CVM o entendimento de que o art. 264 da Lei nº 6.404, de 1976, criou um regime especial para as operações de fusão, incorporação e incorporação de ações envolvendo a sociedade controladora e suas controladas ou sociedades sob controle comum, deixando claro que o controlador pode, via de regra, exercer seu direito de voto nessas operações”.



## COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

11. Sublinhe-se, adicionalmente, que os acionistas podem passar a aprovar as remunerações individuais dos administradores em assembleia-geral, caso entendam que o Conselho de Administração não esteja desempenhando a contento essa atribuição.

12. Em suma, por essas razões, concordo com o Diretor Relator que o disposto no art. 156 não é o melhor enquadramento jurídico para os fatos imputados aos acusados Marcio Mello, Milton Franke e Wagner Peres.

13. No entanto, peço licença para divergir do Diretor Relator quanto à nova definição jurídica sugerida, pois o mais apropriado, a meu ver, seria analisar a conduta desses acusados à luz do disposto no art. 154, do mesmo modo que os demais acusados que figuram neste processo administrativo sancionador.

14. Com efeito, em relação a Joseph Patrick Ash II, John Anderson Willott, Carlos Tadeu de Freitas Gomes, William Lawrence Fisher, Peter Lloyd O'Brien, Thomas William Ebbert e Elias Ndevanjema Shikongo, a Superintendência de Relações com Empresas – SEP concluiu que deveriam responder por terem votado favoravelmente à aprovação do *severance package* na Reunião de Conselho de Administração da Companhia, realizada em 4.3.2013, em suposto desvio de poder.

15. A meu ver, a mesma responsabilidade é cabível, ao menos em tese, em relação aos demais conselheiros que, na referida reunião, aprovaram o aludido pacote de remuneração. Sendo o conselho de administração órgão colegiado, todos aqueles que concorreram para a formação da vontade coletiva devem, a princípio, responder, nos mesmos termos, pelas irregularidades eventualmente cometidas.

16. Caso seja constatada, no julgamento deste processo, a maior ou menor gravidade da conduta de determinado acusado, em razão, por exemplo, de ter obtido vantagem financeira, tal circunstância pode ser levada em conta na dosimetria das penalidades.



## COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

17. Em síntese, voto pela atribuição de definição jurídica diversa aos fatos averiguados pela SEP neste processo sancionador, de modo que a conduta de Marcio Mello, Milton Franke e Wagner Peres seja examinada à luz do disposto no art. 154 da Lei nº 6.404, de 1976. Desse modo, caberá a este Colegiado apreciar se essas pessoas, juntamente com os demais acusados, agiram em desvio de poder ao terem votado favoravelmente à aprovação do *severance package* na Reunião de Conselho de Administração da Companhia, realizada em 4.3.2013.

18. De resto, em relação à proposta de imputação a todos os acusados de infração ao disposto no art. 152, peço licença para me afastar do entendimento do Diretor Relator. Como se trata de imputação nova e autônoma em relação às que figuram no Termo de Acusação, entendo que se estaria, desse modo, extrapolando o juízo de tipicidade,<sup>2</sup> próprio do instituto de que trata o art. 25 da Deliberação CVM nº 538, de 2008, realizando-se, em vez disso, verdadeiro juízo acusatório, o qual, no atual regime regulatório adotado pela CVM, é reservado à área técnica da autarquia.

19. Assim como ocorre no processo penal, o Colegiado está vinculado aos fatos imputados aos acusados, cabendo-lhe, todavia, revelar as consequências jurídicas daí decorrentes,<sup>3</sup> ainda que, para tanto, tenha de alterar a qualificação jurídica formulada pela acusação. É precisamente nesse tocante que intervém o instituto previsto no aludido art. 25 da Deliberação CVM nº 538, de 2008, o qual procura preservar a efetividade da atividade sancionadora da CVM, permitindo que o Colegiado dê definição jurídica diversa da constante da peça acusatória sempre que necessário à correta aplicação da lei ao caso concreto.

---

<sup>2</sup> Colhe-se na doutrina do processo penal que “definição jurídica do fato é a tipicidade, ou seja, o processo pelo qual o juiz subsume o fato ocorrido ao modelo legal abstrato da conduta proibida” (Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal Comentado*, São Paulo: Forense, 2016, 15ª edição, p. 846).

<sup>3</sup> Em lição aplicável ao regime sancionador da CVM, afirma-se que, no processo penal, “a possibilidade de o juiz dar ao fato uma definição jurídica diversa decorre do entendimento de que o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados, e não da qualificação jurídica dada aos fatos. A aplicação da norma jurídica correta decorre da regra *iura novit curia*. Ou, como expresso em outra máxima: *narra mihi factum, dabo tibi ius*” (Gustavo Henrique Badaró, *Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 4ª edição, p. 542).



## COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

20. Em outras palavras, o disposto no art. 25 autoriza o Colegiado a realizar o “juízo de adequação típica, o enquadramento jurídico do fato”,<sup>4</sup> de modo análogo ao *emendatio libelli*<sup>5</sup> e ao *mutatio libelli*<sup>6</sup> do processo penal. No entanto, sendo essa a sua finalidade, referido instituto há de limitar-se ao juízo de tipicidade, não podendo ser empregado para fins mais amplos, em homenagem ao sistema acusatório que inspira a atividade sancionadora da CVM.

21. A propósito, este Colegiado já teve a oportunidade de ressaltar<sup>7</sup> que, desde a edição em 2002 da Deliberação CVM nº 457, a CVM dotou-se de modelo institucional de feição acusatória em que prevalece a segregação entre, de um lado, as funções investigativa e acusatória e, de outro, a função julgadora. Nessa esteira, atribuiu-se às superintendências autonomia para a condução de procedimento apuratório e a formulação de acusação ao passo que se reservou ao Colegiado o julgamento dos processos sancionadores de rito ordinário.

22. De acordo com esse regime regulatório, que se encontra atualmente em vigor nos termos da Deliberação CVM nº 538, de 2008, o Colegiado não intervém nas atividades de investigação e acusação, de modo que não me parece lícito, com base no art. 25 da referida Deliberação, acrescentar imputações ou responsabilizar pessoas além daquelas que já constam da peça acusatória.

23. Diante disso, a minha sugestão é que seja dado conhecimento à SEP dos indícios, presentes nos autos, de infração ao disposto no art. 152 da Lei nº 6.404, de

---

<sup>4</sup> Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2016, 20ª edição, p. 650.

<sup>5</sup> Código de Processo Penal, art. 383: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

<sup>6</sup> Código de Processo Penal, art. 384: “Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.”

<sup>7</sup> Veja-se, por exemplo, o julgamento dos seguintes Processos Administrativos CVM: (i) RJ2015/5493, Rel. Dir. Pablo Renteria, j. em 27.10.2015; (ii) RJ2013/10128, Rel. Dir. Henrique Balduino Machado Moreira, j. em 11.10.2016; e (iii) SP2011/302 e 2011/303, Rel. Dir. Luciana Dias, j. em 24.6.2014.



## COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

1976, para que adote, em procedimento próprio, as providências que considerar cabíveis.

24. Por fim, acompanho o voto do Relator no que concerne ao pedido de reconsideração da decisão do Colegiado que rejeitou proposta de termo de compromisso formulada por Milton Romeu Franke.

É como voto.

Rio de Janeiro, 17 de janeiro de 2017

*Original assinado por*

Pablo Renteria

DIRETOR