



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686
www.cvm.gov.br

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM RJ2014/2426

Reg. Col. 9322/2014

Acusados:

Ottavio Pettenati
Otávio Ricardo Pettenati
Franceschina Libonati Pettenati
Sérgio Eduardo Ferreira Rodarte
Zulmar Neves
Theodor Firmbach
João Verner Juenemann

Assunto:

Apurar a responsabilidade dos membros dos conselhos de administração e fiscal e do acionista controlador da Pettenati S.A. Indústria Têxtil, por infração aos artigos 116, parágrafo único; 153 c/c 196; e 163, incisos III e IV, da Lei nº 6.404/76.

Diretor Relator:

Henrique Balduino Machado Moreira

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Pedi vista dos autos de maneira a refletir sobre as responsabilidades imputadas em razão da destinação de parcela dos resultados auferidos pela Pettenati S.A. Indústria Têxtil (“Companhia”) para uma reserva de lucros que não respeitava nem o disposto no art. 194 nem o preceituado no art. 196 da Lei das S.A.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686
www.cvm.gov.br

2. As irregularidades são incontroversas. Ainda durante a fase investigativa, que precedeu à instauração deste processo sancionador, a administração da Companhia reconheceu perante a CVM que a referida reserva não estava em conformidade com os ditames da Lei das S.A.

3. No entanto, o que chamou minha atenção é a conclusão da acusação a respeito de quem deveria responder por elas. Após refletir sobre o caso, chego ao entendimento, em linha com o Diretor Relator, de que todas as imputações formuladas no Termo de Acusação são procedentes.

4. Com efeito, parece-me claro que tanto os membros do conselho de administração como os conselheiros fiscais falharam no cumprimento de seus deveres legais. Os primeiros por serem, nos termos do art. 192 da Lei das S.A, os responsáveis, ao lado dos diretores da Companhia, pela elaboração de proposta de destinação do lucro líquido do exercício findo que atenda ao estatuto e ao disposto nos artigos 193 a 203 da referida Lei.

5. Evidentemente, não se trata de exigir dos conselheiros de administração que sejam especialistas em direito societário e familiarizados com as filigranas do regime legal de destinação do lucro líquido das sociedades por ações. Ao reverso, tendo em vista o padrão médio de diligência profissional adotado pela Lei das S.A. (art. 153), cumpre-lhes adquirir conhecimentos jurídicos medianos acerca dos assuntos com os quais devem lidar no exercício de suas funções.

6. Em verdade, no presente caso, nenhum conhecimento específico era necessário para conseguir compreender a irregularidade relacionada à famigerada “Reserva para Aumento de Capital”. Bastava, com efeito, ler os artigos 194 e 196 da Lei das S.A. para constatar que a referida reserva não atendia ao primeiro nem ao segundo. Por isso, concordo com o Diretor Relator que o mínimo que se esperava dos conselheiros, em razão do seu dever de diligência, é que fossem capazes de preparar uma proposta de destinação do lucro líquido que não incorresse em uma ilegalidade tão flagrante quanto a praticada.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686
www.cvm.gov.br

7. Do mesmo modo, a responsabilidade dos membros do conselho fiscal resta claramente comprovada nos autos, haja vista terem deixado de reportar aos acionistas e aos órgãos de administração da Companhia as irregularidades relacionadas à retenção de lucros por meio da aludida Reserva para Aumento de Capital. Desse modo, falharam no cumprimento do dever de “opinar sobre as propostas dos órgãos da administração, a serem submetidas à assembleia-geral, relativas a (...) distribuição de dividendos”, previsto no art. 163, III, da LSA.

8. A meu ver, a única acusação que poderia suscitar algum questionamento é aquela formulada em face do controlador da Companhia Ottavio Pettenati. Segundo a SEP, este último teria exercido de forma abusiva o seu poder de controle ao ter feito aprovar, nas assembleias gerais de 25.10.2007, 23.10.2008 e 29.10.2009, a retenção de lucros por meio da já mencionada Reserva para Aumento de Capital, que, como visto, não tinha amparo legal.

9. Ao menos em tese, parece-me discutível a qualificação dessa conduta como modalidade de abuso de poder de controle, dadas as importantes diferenças técnicas que separam a figura do abuso de direito do ato *contra legem*, isto é, do ato praticado contrariamente às prescrições legais.¹ Por isso, entendo que, em casos como o presente, seguiria melhor técnica a responsabilização do controlador por infração ao artigo 196 da LSA.²

¹ Nesse tocante, mostra-se pertinente a distinção doutrinária entre o ato ilícito e abuso de direito. Confira-se nessa direção: “O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício do seu direito, toda via, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma, no abuso, do sentido valorativo. Em síntese, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuridicidade” (*O abuso do Direito no Código de 2002*, in Gustavo Tepedino (coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 381).

² Vale ressaltar que o poder sancionador da CVM não se limita aos casos de abuso de poder de controle, alcançando, ao reverso, todo e qualquer ato do acionista controlador contrário às disposições imperativas da Lei nº 6.404, de 1976. É o que se extrai da leitura do art. 9º, V, combinado com o art. 11 da Lei nº 6.385, de 1976. O primeiro atribui à CVM competência para “*apurar, mediante processo administrativo,*



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686
www.cvm.gov.br

10. No entanto, a CVM já pacificou o seu entendimento sobre essa questão há bastante tempo. E fê-lo de forma contundente, mediante a previsão, na Instrução CVM nº 323, de 2000, de que constitui modalidade de exercício abusivo do poder de controle “*a aprovação, por parte do acionista controlador, da constituição de reserva de lucros que não atenda aos pressupostos para essa constituição, assim como a retenção de lucros sem que haja um orçamento que, circunstanciadamente, justifique essa retenção*” (grifou-se).

11. Assim, em respeito à posição institucional adotada por esta autarquia, tenho acatado o entendimento de que a retenção de lucros em contrariedade às prescrições legais constitui hipótese de abuso de poder de controle.³ Quanto ao presente caso, parece-me forçoso concluir, da mesma forma, que Ottavio Pettenati, controlador da Companhia, infringiu o disposto no art. 116, parágrafo único, ao aprovar a retenção de lucros para a “Reserva para Aumento de Capital”, cuja constituição não atendia aos pressupostos legais.

12. Nada obstante, peço licença para divergir do Diretor Relator com relação à penalidade aplicada. Há de se considerar que Ottavio Pettenati responde, neste processo, a duas acusações. Em primeiro lugar, na qualidade de membro do conselho de administração, infringiu o art. 196 da Lei das S.A. ao propor a retenção irregular de lucros e, em seguida, ao aprová-la em assembleia agiu com abuso de poder, contrariando o disposto no art. 116, parágrafo único, da mesma Lei.

13. Embora não se possa falar neste caso em *bis in idem*, uma vez que as infrações decorrem de fatos distintos, parece-me indubitável a existência de uma estreita conexão entre elas, pois a aprovação da retenção em assembleia se deu nos termos da proposta que a administração da Companhia, com a participação do acusado, havia formulado.

atos ilegais e práticas não equitativas de (...) acionistas de companhias abertas (...)”. O segundo, por sua vez, autoriza a autarquia a impor sanções “*aos infratores das normas (...) da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei de Sociedades por Ações) (...)*”.

³ V. nesse sentido o julgamento do PAS CVM nº RJ2012/3110, realizado em 14 de fevereiro de 2017.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686
www.cvm.gov.br

14. Ademais, há fortes evidências – como o longo período durante o qual a infração se perpetuou sem que houvesse qualquer questionamento por parte de acionistas, conselheiros fiscais e auditores independentes – de que o acusado cometeu ambas as irregularidades por imperícia ou negligência. E sendo assim, parece-me que, ao cometer a primeira infração, o acusado se condenou a cometer a segunda. Afinal, tendo ele sido incapaz de identificar a ilegalidade contida nas propostas de destinação dos resultados da Companhia ao examiná-las no conselho de administração, não se esperaria dele que, durante as assembleias, tivesse a diligência que havia lhe faltado anteriormente e reprovasse as propostas que ele próprio havia elaborado.

15. Por essa razão, entendo que, no presente caso, a dosimetria das penalidades deve considerar ambas as infrações em conjunto, de maneira a impor ao acusado sanções que se afigurem proporcionais à reprovabilidade das suas condutas, examinadas em sua globalidade.

16. Desse modo, como o Diretor Relator votou pela aplicação de penalidade pecuniária no montante de R\$ 100.000,00 pela infração ao disposto no art. 196 da LSA, considero mais apropriado que, em relação à infração ao art. 116, parágrafo único, da mesma Lei, Ottavio Pettenati receba a penalidade de **advertência**, com fundamento no art. 11, inciso I, da Lei nº 6.385, de 1976.

17. Dito isso, gostaria de abordar ainda neste voto outro aspecto relevante deste processo, que se relaciona à alegação da defesa de que a CVM teria agido contrariamente à boa-fé ao violar a legítima confiança suscitada nos acusados de que não seriam responsabilizados pelas irregularidades apuradas nos autos.

18. O argumento se desdobra em dois. O primeiro apoia-se no Ofício/CVM/SEP/GEA-2/Nº026/02, emitido em 2002 pela SEP em resposta à consulta formulada por suplente do conselho fiscal da Companhia. Tal missiva, segundo a defesa, teria induzido os órgãos da Companhia a acreditar que a CVM estava atestando a legalidade da aludida “Reserva para Aumento de Capital”.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686
www.cvm.gov.br

19. No entanto, como já demonstrado pelo Diretor Relator, a alegação não procede. O mesmo argumento já havia sido enfrentado por este Colegiado no julgamento do PAS CVM Nº RJ-2015-5468,⁴ no qual se apurou, sob a minha relatoria, a responsabilidade do auditor independente responsável pela revisão das demonstrações financeiras da Companhia. Naquela ocasião, tive a oportunidade de esclarecer que o teor do Ofício, examinado em seu devido contexto, não permite inferir que a SEP havia atestado a legalidade da referida reserva de lucro.⁵

20. O segundo argumento em que se apoia a alegação de violação à boa-fé refere-se ao Ofício de Alerta/CVM/GEA-5/Nº 001/10, de 21.10.2010 (fls. 80-81), que, segundo a defesa, teria criado a legítima expectativa de que o procedimento administrativo seria arquivado, sem apuração de responsabilidades, tão logo fossem as deficiências corrigidas. Apesar de os acusados terem promovido, em seguida, a reforma do estatuto social da Companhia para regularizar a retenção de lucros, mediante a criação estatutária da “Reserva Para Aumento de Capital, Investimentos e Capital de Giro”, a SEP prosseguiu com a formulação do Termo de Acusação e, dessa forma, teria contrariado sua conduta anterior.

21. No entanto, há diversas razões objetivas que desautorizam a alegação da defesa. Note-se, inicialmente, que o referido Ofício de Alerta nº 001/10 foi expedido pela SEP ainda na fase inicial de instrução do procedimento administrativo. Após a sua emissão, a área técnica da CVM recebeu seis reclamações de investidores, que abordavam

⁴ Julgamento realizado em 12 de julho de 2018.

⁵ Na oportunidade assim me manifestei: “No entanto, como se sabe, *‘não há texto sem contexto’*. Assim, a resposta da SEP não deve ser examinada fora do contexto em que foi proferida, sob pena de se chegar a uma inadequada compreensão do todo. Com efeito, considerando as circunstâncias em que a SEP foi instada a se manifestar, parece-me que a melhor interpretação levaria à conclusão de que, ao afirmar que *‘a prática da companhia não está em desacordo com o seu estatuto social, tampouco com a legislação societária’*, a área técnica estaria se referindo à prática da Pettenati de *‘não aumentar o capital social mediante incorporação da ‘Reserva para Aumento de Capital’* – conforme questionado na consulta formulada. Afinal, em nenhum momento a SEP foi indagada acerca da legalidade da constituição e manutenção da referida reserva – razão pela qual também afasto o último argumento apresentado pelos Acusados” (grifos no original).



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686
www.cvm.gov.br

novos fatos correlatos à retenção irregular de lucros.⁶ E por consequência, a área técnica teve de solicitar esclarecimentos adicionais à administração da Companhia.⁷

22. Considerado esse contexto, não me parece convincente a alegação de que o envio de um ofício ainda nos primórdios da instrução processual, quando ainda não haviam sido analisados todos os fatos, pudesse ser interpretado como uma declaração conclusiva da SEP de que deixaria de instaurar processo sancionador caso fosse realizada a reforma do estatuto social da Companhia.

23. Ademais, no referido ofício, a SEP se ateve a solicitar à Companhia que informasse as medidas que pretendia adotar em relação à ilegalidade que havia sido detectada, de sorte que tal expediente não poderia ser compreendido como uma manifestação de entendimento de que a alteração do estatuto – que naquele momento sequer havia sido anunciada – seria suficiente para justificar o arquivamento do processo.

24. De mais a mais, a Deliberação CVM nº 542, de 2008, que regulamenta a emissão dos ofícios de alerta, enuncia textualmente que “*corrigida a irregularidade apontada, a Superintendência afeta ao mérito do processo poderá, diante das circunstâncias do caso, promover o arquivamento do feito*” (grifou-se).

25. Como se vê, a correção da irregularidade não conduz necessariamente ao arquivamento do procedimento administrativo. Ao reverso, conforme dicção expressa da norma, compete ao superintendente proceder a um exame circunstanciado de maneira a decidir, em cada caso, de maneira fundamentada, se sobrevive justificativa para a instauração do processo de natureza sancionadora.

⁶ Vejam-se, nessa direção, as reclamações acostadas às fls. 144-145; fls. 147-150; fls. 171-173; fls. 182-184; fls. 188-190; fls. 253-262; e fls. 249-252.

⁷ V. OFICIO/CVM/SEP/GEA-5/Nº140/10 (fls. 144 e 145), OFICIO CVM/SEP/GEA-5/Nº202/13, OFICIO CVM/SEP/GEA-5/Nº203/13, OFICIO CVM/SEP/GEA-5/Nº204/13, OFICIO CVM/SEP/GEA-5/Nº205/13, OFICIO CVM/SEP/GEA-5/Nº206/13, OFICIO CVM/SEP/GEA-5/Nº207/13, OFICIO CVM/SEP/GEA-5/Nº208/13, OFICIO CVM/SEP/GEA-5/Nº209/13, OFICIO CVM/SEP/GEA-5/Nº210/13, OFICIO CVM/SEP/GEA-5/Nº211/13, OFICIO CVM/SEP/GEA-5/Nº212/13, OFICIO CVM/SEP/GEA-5/Nº213/13 (fls. 315-350).



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686
www.cvm.gov.br

26. Sendo a regra clara no sentido de que poderá a área técnica da CVM formular acusação ainda que corrigida a irregularidade identificada, não merece prosperar a alegação da defesa de que a SEP teria suscitado a legítima expectativa de que, uma vez realizada a reforma estatutária da Companhia, o procedimento administrativo seria encerrado.

27. Note-se, ainda, que a SEP agiu de forma criteriosa, tendo consultado à Procuradoria Federal Especializada junto à CVM (“PFE”) para a formação de seu juízo acusatório. Esta última orientou à área técnica a formular o Termo de Acusação, por entender que *“em relação às irregularidades já consumadas, não nos parece possível o saneamento pretendido via deliberação assemblear, devendo ser apurada a responsabilidade pelos ilícitos praticados”* (fls. 289).

28. Entre outras circunstâncias do caso que foram consideradas, a PFE destacou que, apesar da denominação “Reserva Para Aumento de Capital”, os lucros ali retidos jamais tinham sido empregados para esse fim, o que poderia ter frustrado a legítima expectativa dos acionistas preferencialistas (fls. 288), que poderiam ter se beneficiado com o efeito da capitalização sobre o cálculo do dividendo mínimo prioritário – correspondente a 12% do quociente do capital social pelo número de ações existentes. Tal questão, diga-se por oportuno, havia motivado uma das reclamações recebidas pela CVM (fls. 182-184).

29. Tudo isso, enfim, demonstra que a decisão da SEP de instaurar o presente processo sancionador foi tomada de forma cuidadosa e fundamentada, amparada, inclusive, em parecer da PFE. Por isso, não vislumbro irregularidade na maneira pela qual a SEP procedeu no caso em apreço, muito menos qualquer evidência de que a referida superintendência tenha ferido a legítima confiança dos administradores da Companhia que figuram como acusados no presente feito.

30. Em suma, feitas as considerações acima, voto de maneira a acompanhar todas as conclusões alcançadas pelo Diretor Relator em seu voto, ressalvada a aplicação da



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686
www.cvm.gov.br

penalidade de advertência ao acionista controlador Ottavio Pettenati em razão da infração
ao disposto no parágrafo único do art. 116 da LSA.

É como voto.

Rio de Janeiro, 4 de dezembro de 2018

Pablo Renteria

DIRETOR