

**Assunto:** Recurso contra decisão da SEP

**Interessados:** Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI

Fundação Petrobrás de Seguridade Social – PETROS

**Relator:** Presidente Marcelo Fernandez Trindade

### RELATÓRIO

#### **Reclamação de acionistas – Trust Agreement**

Estes processos apensados iniciaram-se através de reclamação apresentada por Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ e Fundação Petrobrás de Seguridade Social – Petros (fls. 2/12 - volume 1 do processo RJ-2004-690), na qualidade de acionistas diretas e indiretas de Brasil Telecom S.A. (a seguir referida como "BRT" ou "Companhia"), sustentando a ilegalidade da celebração de um instrumento de Fidúcia (*Trust Agreement*), através do qual a BRT teria transferido a um Fiduciário (*trustee*), o Professor Roberto Mangabeira Unger, certos poderes.

Tais poderes dizem respeito a uma lista de demandas judiciais constantes do instrumento de Fidúcia (fls. 247/248 - volume 2 do processo RJ-2005-364), demandas aquelas nas quais BRT era parte, ou poderia vir a ser parte no futuro (item 4 de fls. 248 - volume 2 do processo RJ-2005-364). Os poderes supostamente conferidos ao *trustee* eram os de dar andamento ou ajuizar aquelas demandas e negociar, entrar em acordo, liquidar ou desistir das ações (cf. fls. 249 - volume 2 do processo RJ-2005-364). O instrumento estabelecia, contudo, de modo expresso, que o *trustee* deveria consultar a BRT "*antes de tomar qualquer medida significativa com respeito*" (fls. 250, item (ii) (c) da cláusula 2.1 - volume 2 do processo RJ-2005-364).

Além da alegação de ilegalidade do ajuste à luz da lei brasileira, os reclamantes também consideravam ter havido abuso do poder de controle, pois (i) o *trustee* seria notoriamente ligado ao Grupo Opportunity, que exercia, como administrador de fundos de investimento nacional e estrangeiros, o efetivo poder de comando da Companhia, e (ii) a destituição do Fiduciário e a substituição de seu substituto em qualquer hipótese somente poderia ser feita, segundo o instrumento, pela CVC/Opportunity Equity Partners Administradora de Recursos Ltda. (cf. fls. 268/269, cláusulas 9.1 e 9.2 – volume 2 do processo RJ-2005-364), sociedade que, sendo ligada ao Grupo Opportunity, estaria obtendo, por maneira transversa, o poder definitivo de decidir o destino das demandas judiciais objeto do *Trust Agreement*.

#### **Pareceres da Procuradoria**

Após a tramitação normal da reclamação, com oitiva dos envolvidos, sobrevieram pareceres da Procuradoria Federal Especializada – PFE. O primeiro, de fls. 303/311 (volume 2 do processo RJ-2004-690), de lavra do ilustre Procurador Daniel Schiavoni Miller, entendeu que o pacto seria nulo de pleno direito, por afrontar diversos artigos do Código de Processo Civil e da Lei de Introdução relativos à titularidade das ações judiciais, à legitimidade para sua propositura, e à autoridade competente para seu exame. Tal parecer recebeu a concordância do senhor Sub-Procurador Chefe da GJU-2 (fls. 311 – volume 2 do processo RJ-2004-690). Por fim, o senhor Procurador-Chefe, através do parecer de fls. 312/319 (volume 2 do processo RJ-2004-690), entendeu "*admissível conceber-se o uso do 'trust' como instrumento hábil e legítimo a permitir que terceiro de escolha dos administradores da companhia, qual seja o 'trustee', exerça poderes de gestão sobre determinada parcela do patrimônio desta, na medida em que os atos de gestão devem ser executados para o exclusivo benefício da companhia (na hipótese sob exame, tal destinação está expressa na Cláusula 3.1. do instrumento de 'trust')*" (fls. 318 – volume 2 do processo RJ-2004-690).

Contudo, entendeu também o senhor Procurador-Chefe que "*se mostra inadmissível ... que a decisão sobre a destituição desse terceiro seja entregue a outrem, que, no caso, é instituição vinculada ao acionista controlador da Brasil Telecom S.A.*", o que acarretaria, ainda segundo o parecer, "*indevida transferência a terceiro de um poder que deveria ser reservado aos órgãos de administração*". Na mesma linha, afirma o parecer que "*tal cláusula significa, em síntese, que os administradores se demitiram do exercício de uma faculdade criada com o claro propósito de resguarda dos interesses da companhia, tendo repassado tal prerrogativa, na condição de representantes da instituidora do 'trust', i.e., a própria companhia, à CVC/Opportunity Equity Partners Administradora de Recursos Ltda.*" (loc. cit.). O parecer, por isto, considera existir "*sério indicio de descumprimento do dever de lealdade (art. 155, inciso II, da Lei nº 6.404, de 1976)*" (fls. 319 – volume 2 do processo RJ-2004-690).

Quanto à alegação de abuso de controle, entendeu o senhor Procurador que não havia suficientes elementos que permitem-se "*extrair-se ilações conclusivas nesse sentido*", sendo necessário realizar "*maiores diligências visando a apurar eventual ingerência no sentido de se fazer inserir a disposição constante da Cláusula 9.1., posto que, configurada tal ingerência, poder-se-á ter como configurada a prática de abuso de poder de controle*" (loc. cit.).

#### **Primeira Manifestação da SEP**

A Superintendência de Relação com Empresas – SEP manifestou-se, então, no sentido: (i) da legalidade do *trust* (fls. 331, itens a e b – volume 2 do processo RJ-2004-690), recomendando, entretanto, à Companhia, "*a alteração das cláusulas 9.1. e 9.2. do referido contrato, de forma a preservar a prerrogativa de destituição e nomeação do trustee aos órgãos de administração da Brasil Telecom S.A., sob pena da omissão dos administradores configurar infração ao artigo 155, inciso II, da Lei nº 6.404/76*" (fls. 332 – volume 2 do processo RJ-2004-690).

#### **Renúncia relativa a Poderes estabelecidos no *Trust Agreement***

Diante dessa manifestação de entendimento, enquanto os reclamantes solicitavam vista dos autos, para poder avaliar a necessidade de recorrerem (fls. 348 – volume 2 do processo RJ-2004-690), a Companhia interpôs recurso com pedido de efeito suspensivo, alegando, resumidamente, que a CVM não teria poderes para declarar a ilegalidade do pacto, e que o ajuste fora celebrado no interesse da Companhia (fls. 349/356 - volume 2 do processo RJ-2004-690).

Ao mesmo tempo, contudo, a Companhia informou que, por "*solicitação da administração da BrT, a CVC/Opportunity renunciou a tal poder [isto é, ao poder de destituir nomear o trustee], de maneira irrevogável*" (fls. 356 - volume 2 do processo RJ-2004-690), o que se pretendeu comprovar pela juntada do instrumento de fls. 513/519 - volume 3 do processo RJ-2004-690, através do qual a CVC/Opportunity Equity Partners Administradora de Recursos Ltda. renunciou "*irrevogavelmente a quaisquer e a todos os seus direitos e poderes citados no Artigo 9.1. do Acordo Fiduciários, de afastar qualquer Fiduciário do Fideicomisso*" (fls. 514 - volume 3 do processo RJ-2004-690). Também ficou estabelecido que "*nenhuma outra cláusula do Acordo Fiduciário, com exceção do Artigo 9.1., seja afetada de qualquer modo por este instrumento*" (loc. cit.).

#### **Nova Manifestação da SEP**

Diante da juntada dos documentos citados, a SEP voltou a manifestar-se (fls. 495 - volume 3 do processo RJ-2004-690), (i) reconsiderando "a determinação de alteração das cláusulas 9.1 e 9.2." do *Trust Agreement* e (ii) manifestando-se no sentido de que, diante da "alteração da cláusula 9.1. do contrato" "não restam, perante a CVM, demais ressalvas aos termos do referido contrato".

## Recurso de Previ e Petros

Dessa decisão recorrem os reclamantes (fls. 01/16 - processo RJ-2005-364), alegando, em síntese: (i) que a renúncia procedida pela CVC/Opportunity não altera a ilegalidade do *Trust*, à luz dos arts. 9º e 17 da Lei de Introdução e do art. 42 do Código de Processo Civil; (ii) que a celebração do *Trust Agreement* representou abuso do poder de controle e (iii) que a renúncia do poder de destituição do *trustee* não devolveu tal poder à Companhia, pois o *Trust Agreement* tornou-se irrevogável, não podendo o *trustee* ser destituído sequer pela administração da companhia.

## Fatos Posteriores

Saliento, por fim, que algumas das demandas que constituíam parte do objeto do *Trust Agreement* (aquelas em que a BRT litigava com a Telecom Itália e seus representantes) foram objeto de transação entre as partes, quando da alienação da participação do Grupo Opportunity na Brasil Telecom Participações e na Brasil Telecom S.A. àquele grupo Italiano, sem que, até onde se saiba, o *trustee* tenha participado de tais negócios, existindo demandas judiciais sobre a validade de tais operações.

Além disto, atendendo a determinação da SEP, foi juntada documentação comprobatória de que a remuneração ajustada pela BRT com o Professor Roberto Mangabeira Unger para exercer a função de *trustee* foi de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares) por mês (fls. 169 - processo RJ-2005-364). Foi também anexada opinião sobre a adequação dessa remuneração (fls. 172/173 - processo RJ-2005-364)

É o Relatório

## VOTO

Parece-me assistir parcial razão aos recorrentes. Com efeito, creio que não devem ser encerradas, no âmbito desta autarquia, as investigações e providências relativas à celebração do *Trust Agreement*, como pode ter parecido ficar decidido pelos termos do ofício recorrido (embora a própria SEP, após a decisão de reconsideração, tenha enviado ofício aos reclamantes asseverando que aquela decisão "não comporta presunção de esgotamento da análise do mérito do processo" - fls. 108 - processo RJ-2005-364).

Minha sugestão é a de que a SEP adote as seguintes providências:

1. Quanto à celebração do *Trust Agreement* pelos administradores da BRT Paulo Pedrão Rio Branco e Carla Cico, análise dos indícios levantados pela Procuradoria quanto à quebra do dever de lealdade à Companhia, pela celebração de contrato em que se teria concedido a terceiro ligado ao Grupo Opportunity o poder de destituir o *trustee* e nomear seu substituto em caso de vacância.

Quanto a este ponto, parece-me que a SEP deve considerar se: (i) a posterior renúncia da empresa ligada ao Grupo Opportunity teve o condão de afastar a suposta falta dos administradores, que teria ocorrido anteriormente a tal renúncia; e (ii) a manutenção da eficácia da cláusula 9.2. do *Trust Agreement* (que foi, como todo o resto do contrato, expressamente ressalvada na renúncia) não teria o condão de manter o poder da empresa ligada ao Grupo Opportunity de nomear o novo *trustee* em caso de renúncia do atual, como ali está previsto, continuando, nessa hipótese, presentes os indícios vislumbrados pela Procuradoria

2. Quanto à eventual existência de abuso de poder de controle parece-me que a SEP poderia investigar se a celebração do *Trust Agreement* foi determinada aos administradores pelo então acionista controlador — o que pode ser feito por meio de mera correspondência aos dois administradores subscritores do contrato. Tal fato, evidentemente, mesmo se comprovado, não afastaria a eventual responsabilidade de tais administradores, mas poderia permitir a vinculação do acionista controlador ao ato em que a Procuradoria enxerga indícios de lesão à Companhia.

No mais, parece-me que o recurso pretende uma declaração de ilegalidade do *Trust Agreement*. Neste ponto, a reclamação, em princípio, deveria ser tomada como consulta, tendo em vista que, como se sabe, os poderes conferidos pela lei à CVM não incluem os de declaração de ilegalidade de negócios jurídicos. Dito isto, eu concordaria integralmente com o muito bem lançado parecer do Sr. Procurador-Chefe. O instrumento, em tese, poderia ser, sim, celebrado no interesse da Companhia, e legalmente.

No entanto, observo que, no caso concreto, não se tratou de consulta em tese, e sim de reclamação tendo em vista o contrato específico. E como nele, após detalhado exame, a CVM encontrou indícios de descumprimento das regras por cuja observância lhe cabe zelar, não me parece que se deva turvar esta relevante discussão com outras, acerca de direito processual e de eficácia da lei no espaço, pois quanto a tais temas, muito interessantes, cabe ao Poder Judiciário pronunciar-se.

Assim, meu voto é no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para determinar que a SEP proceda como explicitado nos itens 1 e 2 acima.

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2005.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente e Relator