

EXTRATO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO

ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 14/05

Acusados: Alberto Régis Távora
Andreas Walter Brehm
Chequer Hanna Bou-Habib
CSN – Companhia Siderúrgica Nacional
CVRD – Companhia Vale do Rio Doce
Delson de Miranda Tolentino
Estela Maria Praça de Almeida
Henrique Ache Pillar
Hugo Serrado Stoffel
Georg Josef Schmid
Godofredo Mendes Vianna
Guilherme F. Escalhão
Inácio Clemente da Silva
João Paulo do Amaral Braga
Joaquim de Souza Gomes
José Paulo de Oliveira Alves
Julio César Pinto
Julio Fontana Neto
Klaus Helmut Schweizer
Lauro H. Campos Rezende
Luiz Antonio Bonagura
Marcus Jurandir de A. Tabasco
Marianne Von Lachmann
Mauro Rolf Fernandes Knudsen
Minerações Brasileiras Reunidas S/A
Oscar Augusto de Camargo Filho
Otávio de Garcia Lazcano
Pablo Javier Q. Bruggemann
Rinaldo Campos Soares
Roberto Gottschalk
Valter Luis de Sousa
Wanderlei Viçoso Fagundes

Ementa: Má gestão tarifária em benefício de clientes cativos-controladores (entre 1998 e 2002) – recebimento de faturamento extra em condições prejudiciais para a companhia (em 2002) – divulgação incompleta do referido faturamento extra nas demonstrações financeiras do exercício de 2002 - absolvição.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, decidiu, preliminarmente, refutar as alegações de prescrição da pretensão punitiva e de inépcia da acusação e, no mérito, com base na prova dos autos, por unanimidade de votos, absolver todos os acusados de todas as imputações formuladas.

A CVM oferecerá recurso de ofício das absolvições ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Proferiram defesas orais os advogados Cláudio José Gonçalves Guerreiro, José Estevam de Almeida Prado, Júlio Cezar Pereira Campos, Marcus de Freitas Henriques e Paulo Cezar Aragão.

Presente a procuradora federal Julya Sotto Mayor Wellisch, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Presentes os acusados João Paulo do Amaral Braga e Alberto Régis Távora.

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

Rio de Janeiro, 05 de maio de 2009.

Eli Loria
Diretor-Relator

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana
Presidente da Sessão de Julgamento

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 14/05

Interessados: Julio Fontana Neto

Henrique Ache Pillar

Julio César Pinto

Valter Luis de Sousa

Mauro Rolf Fernandes Knudsen

Alberto Régis Távora

Chequer Hanna Bou-Habib

Estela Maria Praça de Almeida

Delson de Miranda Tolentino

Joaquim de Souza Gomes

José Paulo de Oliveira Alves

Marcus Jurandir de A. Tabasco

Oscar Augusto de Camargo Fº

Otávio de Garcia Lazcano

Wanderlei Viçoso Fagundes

Hugo Serrado Stoffel

Roberto Gottschalk

Pablo Javier Q. Bruggemann

Georg Josef Schmid

Guilherme F. Escalhão

Lauro H. Campos Rezende

Luiz Antonio Bonagura

Inácio Clemente da Silva

Klaus Helmut Schweizer

Marianne Von Lachmann

Rinaldo Campos Soares

Godofredo Mendes Vianna

Andreas Walter Brehm

João Paulo do Amaral Braga

Minerações Brasileiras Reunidas S/A

CVRD Companhia Vale do Rio Doce

CSN Companhia Siderúrgica Nacional

Diretor-Relator: Eli Loria

Relatório

Trata-se de acusação apresentada em 31/07/07 pela Comissão de Inquérito designada para a condução do Inquérito Administrativo instaurado para "apurar a eventual ocorrência de irregularidades relacionadas com o estabelecimento de tarifas de transporte ferroviário de cargas pela MRS Logística S.A.", em face de administradores da MRS Logística S.A. ("MRS" ou "Companhia"), nas pessoas de seus diretores-presidentes, diretores das áreas de comercialização, planejamento e financeira, membros do Conselho de Administração, bem como seus acionistas controladores, por condutas decorrentes da gestão tarifária da companhia com infração aos seguintes dispositivos: art. 154, caput e §1º; art. 155, caput e inciso II; art. 142, caput e inciso III; art. 245; e art. 117, caput e § 1º, alínea "f", todos da Lei nº 6.404/76¹.

Em resumo, foi pedida a responsabilização de diversos administradores da MRS principalmente por três irregularidades: (i) má gestão tarifária em benefício de clientes cativo-controladores (entre 1998 e 2002); (ii) recebimento de faturamento extra em condições prejudiciais para a companhia (em 2002); e, (iii) divulgação incompleta do referido faturamento extra nas demonstrações financeiras do exercício de 2002.

Os acusados, a exceção de um, apresentaram propostas de Termo de Compromisso (fls. 3666/3773) que foram rejeitadas pelo Colegiado (fls. 3883/3884), em reunião realizada em 19/08/08, por não haver certeza sobre a cessação da prática do ato ilícito e uma vez que os prejuízos alegados representavam soma superior àquela proposta para celebração do Termo de Compromisso, sendo o Diretor-Relator designado, mediante sorteio, na Reunião do Colegiado realizada em 28/10/08.

Da origem

O presente processo teve início com a denúncia (fls. 28/237), por parte do Clube de Investimento dos Ferroviários da Sudafer – SUDFER, acionista minoritário da MRS, alegando haver prejuízo da companhia e dos acionistas minoritários em decorrência da adoção pela companhia de política tarifária que favoreceria aos acionistas controladores.

A MRS foi constituída, em 30/08/96, sob a forma de sociedade anônima fechada, tendo obtido o registro de companhia aberta em 13/11/98, com a principal finalidade de participar da licitação da malha Sudeste da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA realizado em 30/11/96. O SUDFER foi constituído com o objetivo de adquirir participação na empresa, prerrogativa prevista no Edital em seu capítulo 6, item 6.1 (fls. 121).

Em sua denúncia, foram apresentados, resumidamente, os seguintes pontos:

- a. A MRS venceu o processo licitatório iniciado para realizar a desestatização da RFFSA, firmando contrato de direito de exploração do transporte ferroviário de carga da Malha Sudeste, que representava mais de 50% das atividades da antiga empresa estatal, pelo prazo de 30 anos a partir de 01/12/96;
- b. Haveria conflito de interesses em prejuízo dos acionistas minoritários, uma vez que os acionistas controladores da MRS seriam os maiores clientes da companhia;
- c. Passado determinado tempo, houve a redução do preço da tarifa, e, ainda, teve sua moeda-base alterada do dólar para o real. Tais atitudes teriam feito a tarifa ter seu valor reduzido em 47%;
- d. Conselheiros e diretores, eleitos pelos acionistas controladores, ou estariam também envolvidos nestes expedientes ou então estariam sendo omissos; e,
- e. Apesar do aumento expressivo no volume de serviços (da ordem de quase 50%), os prejuízos teriam aumentado consideravelmente em razão do insucesso na política tarifária.

Em sua manifestação a este respeito (fls. 243/513), a MRS afirma o seguinte:

- a. O SUDFER, a despeito de congregar o maior número de funcionários da MRS, não representa os empregados, mas sim os seus investidores, dentre os quais estão cotistas sem vínculo empregatício com a companhia;
- b. Este mesmo clube de investimentos estaria fazendo tal pressão sobre a companhia, em vez de cobrar seus cotistas, como tentativa de amortecer os impactos das dívidas por ele contraídas;
- c. Que a Malha Sudeste estava em situação precária obrigando a MRS a realizar investimentos de monta (R\$713 milhões no período de 1997 a 2002) levando a um crescimento de cerca de 64% no volume transportado, em especial na chamada carga geral, comparando 2002 com 1996;
- d. A MRS, em suas políticas tarifárias, sempre respeitou o disposto no contrato de concessão, nos ditames da legislação e nas instruções do poder concedente, atentando, ainda, ao princípio da modicidade;
- e. Se as tarifas houvessem sido mantidas com base no dólar, elas superariam os limites máximos postos pelo poder concedente;
- f. A grave situação financeira da companhia estaria atrelada, sobretudo, ao empréstimo empregado na melhoria da infra-estrutura da malha ferroviária, tomado no valor de US\$ 320 milhões junto ao mercado financeiro internacional, tendo sido tal valor multiplicado devido à depreciação sofrida pelo real no início de 1999;
- g. Devido a isto, a companhia não esteve apta a apresentar lucro no período imediatamente posterior a tal fato, apesar de ter computado lucros operacionais crescentes;
- h. Por fim, a companhia estaria sob fiscalização constante por parte do Poder Concedente, passando por inspeções da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e, ainda, sendo auditada pela PriceWaterhouse Coopers Auditores Independentes.

Na data de 27/11/02, a Superintendência de Relações com Empresas - SEP solicitou à ANTT, por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº319/02 (fls. 514/515), informações sobre a regularidade da política tarifária adotada pela MRS.

A ANTT, em sua resposta (fls. 516/517), atestou a inexistência de irregularidades concernentes ao modelo tarifário adotado pela MRS Logística, não verificando, outrossim, variações injustificáveis entre as tarifas adotadas para clientes integrantes ou não do grupo controlador da companhia.

A SEP, por meio do MEMO/CVM/SEP/GEA-3/Nº059/03 (fls. 522/527), datado de 21/03/03, entendeu serem infundadas as denúncias, por estas razões principais:

- a. Haveria convergência entre o posicionamento da ANTT e a manifestação da MRS Logística quanto à política tarifária; e,
- b. Estaria comprovada a correlação entre os prejuízos apresentados pela companhia desde 1996 e o endividamento decorrente do empréstimo de US\$ 320 milhões, agravado devido à depreciação do real no início de 1999.

Dado tal entendimento da SEP, a SOI, em 16/04/03, enviou aos representantes do SUDFER o Ofício/CVM/SOI/GOI-

1/Nº758/03, no qual foi informada a decisão sobre o arquivamento do Processo (fls. 535/536).

Em face de tal entendimento negativo da SEP, o SUDFER apresentou recurso (fls. 538/540), no qual afirma ser insuficiente a base sobre a qual a CVM se apoiou para se posicionar, pois teria levado em consideração tão-somente as informações obtidas pelas partes. Segundo o mesmo clube de investimento, seria necessária uma real apuração dos fatos, com a realização, por exemplo, de inspeções e perícias contábeis.

Diante de tal recurso, a SEP manteve seu entendimento anterior quanto ao não cabimento da denúncia original, em virtude do fato de que a SUDFER, em sua nova peça, não apresentou qualquer fato novo, bem como teria havido, sim, embasamento em outros pontos que não as informações dadas pelas partes para que não fosse acolhida a reclamação (fls. 549/551). Isto estaria exemplificado pela consulta à ANTT, que não verificou quaisquer irregularidades por parte da MRS Logística na condução de sua política tarifária. Assim, tendo a SEP mantido seu entendimento, o processo foi encaminhado ao Colegiado da CVM (fls. 553).

Na Reunião nº 35/03, realizada em 23/09/03, o Colegiado acompanhou voto apresentado pela Diretora-Relatora Norma Parente no sentido de encaminhar o processo à SFI para melhor investigação a respeito dos fatos em comento (fls. 615/623). Foi realizada, então, entre os dias 22/03/04 e 04/11/04, inspeção na MRS, cujas conclusões estão expostas no Relatório de Inspeção CVM/SFI/GFE-1/Nº012/2004 (fls. 04/24) nos seguintes termos, em apertada síntese:

- a. A redução das tarifas e a conversão das mesmas para o Real mereciam uma análise pormenorizada;
- b. O Modelo Tarifário não teria sido aplicado de modo eficaz, por deixar de englobar satisfatoriamente os efeitos das variações cambiais ocorridas a partir de 1999;
- c. A despeito do afirmado pela MRS, houve, de fato, a prática de preços menores, percentualmente, aos clientes cativos em relação aos não cativos no transporte de minério de ferro;
- d. Houve congelamento, para alguns fluxos, nas tarifas cobradas desde dezembro de 1996 até dezembro de 1999, o que evidencia a ineficiência na prerrogativa da utilização do teto tarifário pela companhia; e,
- e. Há indícios suficientes para a instauração de Inquérito Administrativo visando apurar responsabilidades por eventuais descumprimentos à lei societária.

Baseado no citado relatório, o Superintendente Geral emitiu, em 23/08/05, a PORTARIA/CVM/SGE/Nº148 (fls. 01/02), posteriormente alterada pela PORTARIA/CVM/SGE/Nº034/06 (fls. 982), de 30/03/06, designando Comissão de Inquérito que veio trazer seu Relatório (fls. 2165/2244) em 31/07/07.

Dos fatos

A Comissão de Inquérito, em seu Relatório, focou seu exame em três pontos principais: (i) a definição tarifária; (ii) a análise das demonstrações financeiras; e, (iii) as demais justificativas da MRS para os resultados deficitários apresentados no período estudado.

Quanto à Definição Tarifária, o primeiro item analisado pela Comissão foi acerca da contratação da consultoria para a criação de um modelo tarifário adequado para a MRS Logística. A companhia contratou a consultoria internacional Ernst & Young que, segundo seu consultor, teve sua atuação restrita à elaboração de um estudo conceitual do Modelo, não havendo trabalhos de implantação ou acompanhamento do modelo tarifário. O consultor afirmou, ainda, que os parâmetros utilizados para a elaboração de um quadro para a gestão tarifária deveriam ser revisados periodicamente, em virtude de mudança nos cenários nacional e mundial (fls. 939). Em face de tais ocorrências, entendeu a Comissão que, "ao deixar de incorporar alterações macroeconômicas, a empresa incorre em uma fragilidade que pode, no limite, afetar sua continuidade".

Em seguida, tratou especificamente sobre os efeitos da variação cambial ocorrida especialmente a partir de janeiro de 1999 nas finanças da companhia. Quanto a este ponto, a Comissão frisou que a MRS declarou fixar as tarifas no início do ano, de acordo com as expectativas cambiais no decorrer dos doze meses posteriores, sendo que, com frequência, tais tarifas eram subestimadas, gerando um saldo para ser diferido em parcelas mensais até o vencimento das dívidas. Diante disto, a Comissão sublinhou o fato de que a MRS, mesmo com a frequência com que as variações cambiais eram subestimadas, permaneceu não incorporando integralmente o impacto da desvalorização do real nas tarifas de modo imediato.

O referido saldo, resultante da diferença entre a tarifa cobrada e aquela real, inflacionada pela desvalorização do real, somava, no final do ano de 2002, um total de R\$ 184.427.491,49. Para que este saldo fosse realizado pelos seus

clientes cativos, a MRS e a PricewaterhouseCoopers Auditores Independentes (responsável pela auditoria das demonstrações financeiras da companhia até 2002) iniciaram conversações numa tentativa de formalizar esta cobrança. De acordo com a empresa de auditoria, tal pagamento dependeria, dentre outras condições, da confirmação do reconhecimento da dívida por parte dos clientes cativos da companhia.

Apurados os valores e as condições para o pagamento da soma acima citada (referida no Relatório da Comissão de Inquérito como faturamento complementar), o Conselho de Administração da MRS deliberou, em reunião realizada em 11/12/02, aprovar que este faturamento seria realizado pelos clientes cativos (acionistas da própria MRS) em parcelas iguais de 32 parcelas mensais, sem juros nem reajustes, com as parcelas de maior valor se concentrando nas parcelas finais.

Destacou-se, a este respeito, o tratamento diferenciado entre despesa e receita, exemplificado pelo fato de que houve o impacto negativo da variação cambial de 1999 durante quatro anos nas contas da companhia (pela prerrogativa dada pela CVM de reconhecer prejuízos provenientes de flutuação no câmbio num espaço de tempo quadrienal), enquanto a contrapartida nas tarifas seria realizada de acordo com a maturidade da dívida, o que correspondia a um prazo de 7 anos. Estar-se-ia, deste modo, diante de um caso de postergação de recebimento de receitas, uma vez que a receita já era devida pelos clientes.

Outrossim, além desta dilação no prazo para o pagamento de dívidas já consumadas, desconsiderou-se, segundo a Comissão de Inquérito, o valor do dinheiro no tempo, ao dispensar a cobrança de juros equivalentes à taxa praticada no mercado e, ainda, concentrar os maiores valores nas últimas parcelas. Isto infringiria o art. 245 da Lei nº 6.404/76 por não haver, neste negócio com acionistas da companhia, o estabelecimento de condições estritamente comutativas ou mesmo pagamento compensatório adequado, infringindo a lógica de que os recursos da companhia, independentemente de sua origem, devem ser usados da melhor maneira possível na consecução dos objetivos da empresa.

Quanto a este faturamento complementar, a Comissão de Inquérito sublinhou ainda o fato de que a MRS não teria divulgado nas Notas Explicativas do exercício de 2002 informações completas acerca das condições da realização do referido saldo, o que contraria a disposição da Deliberação CVM nº 26/86 que aprova pronunciamento do IBRACON sobre Transações entre Partes Relacionadas. Neste dispositivo, afirma-se a necessidade de haver ampla informação às partes relacionadas no que tange à estipulação das condições das transações (tais como valores ou prazos), para que se examine de modo aprofundado eventuais estipulações não usuais nos contratos.

Superada a questão da formação e efeitos da variação cambial no modelo tarifário da MRS, a Comissão de Inquérito passou a verificar as tarifas de modo concreto, analisando a evolução dos preços cobrados pelos serviços de transporte ferroviário diante do teto tarifário autorizado pelo Poder Concedente e as diferenças nas tarifas cobradas de clientes cativos e não-cativos. Para tal análise, tomou-se como base o transporte de minério de ferro, correspondente, na época, a 70% da receita bruta da concessionária.

Segundo o estudo apresentado no Relatório, as tarifas aplicadas aos clientes cativos (pertencentes ao grupo de controle da MRS) oscilavam entre 48% e 57,4% da tarifa máxima permitida pelo Poder Concedente, enquanto aquelas destinadas aos não-cativos aproximavam-se da igualdade em relação ao teto tarifário. De acordo com a Comissão, esta lógica deveria ser diametralmente oposta, pelas seguintes razões:

- a. Os cativos, por não possuírem independência no que tange ao transporte ferroviário oferecido pela MRS, deveriam ter seus preços mais próximos da margem máxima posta pelo Poder Concedente, tendo este posto exatamente para evitar abuso de poder econômico por parte do concessionário e para manter o equilíbrio econômico do serviço posto em contrato;
- b. A decisão por não aumentar as tarifas dos clientes cativos viria de encontro ao que a companhia necessitava, uma vez que, deficitária à época, estava carente de recursos que poderiam provir de uma cobrança mais ostensiva desta fatia de seu mercado, que representava a grande maioria de suas receitas; e,
- c. Por outro lado, os não-cativos, justamente por poderem se servir de alternativas no transporte de seus produtos, teriam de ter suas tarifas reguladas conforme o mercado, observando a concorrência e oferecendo tarifas de modo a atrair clientes em potencial.

Do modo como se procedeu à definição das tarifas, especialmente aos clientes cativos, entendeu a Comissão de Inquérito que a companhia, ao não aumentar o preço pelo transporte a estes usuários da Malha Sudeste, deixou de manter o equilíbrio econômico do serviço prestado, além de não adequar as tarifas à inflação medida pelo IGP-DI neste período. Caso a lógica da definição de tarifas fosse aquela sugerida pela Comissão, esta entende que, embora a MRS

ainda fosse sofrer prejuízos naquele período, teria ao menos os minimizado, evitando o agravamento da situação.

Iniciou-se, a partir das constatações sobre as alegadas distorções no modelo tarifário da MRS, uma análise sobre as demonstrações financeiras da concessionária durante o período em exame neste processo, com foco nos impactos que a política de tarifas trouxe para as contas da companhia. Foi apurado que, entre 1997 e 2001, a evolução da receita real da MRS foi de 22,67%, enquanto o IGP-DI, indexador utilizado pelo Poder Concedente para a revisão das tarifas homologadas, teve alta de 47,95%. A variação cambial, por sua vez, foi de 108,47% no mesmo espaço de tempo. Isto, de acordo com a Comissão, demonstra que a variação das receitas ficou abaixo da flutuação dos custos, indicados pela inflação e pela desvalorização do real.

No ano de 2002 (ano da denúncia), no entanto, mesmo expurgando o faturamento adicional acima exposto, a receita aumentou 34,69%, apesar do aumento na produção ter se mantido numa linha semelhante aos anos anteriores. Segundo o Relatório da Comissão de Inquérito, esta significativa variação positiva das receitas deveu-se, sobretudo, a uma elevação substantiva do valor das tarifas.

Ainda no que se refere às demonstrações financeiras da MRS, frisou-se que, num resumo de seus resultados no período 1999-2005, constava que a companhia havia obtido "lucro operacional", o que afastaria a hipótese da empresa apresentar desequilíbrio financeiro. Porém, a Comissão de Inquérito, analisando as demonstrações contidas no sistema SAFIAN, apontou que, na realidade, a empresa apresentou resultado operacional negativo.

Por fim, examinaram-se as justificativas apresentadas pela MRS para que esta tenha apresentado resultados deficitários no período em análise neste processo. A justificativa inicial foi o desequilíbrio econômico trazido pela depreciação do real, fazendo com que a dívida gerada pelo empréstimo de US\$ 320 milhões tivesse crescido exponencialmente.

Embora tenha reconhecido a dimensão do prejuízo que a desvalorização do real trouxe à companhia, a Comissão apresentou medidas que, caso houvessem sido tomadas, teriam, se não contornado, ao menos amenizado os impactos negativos iniciados em janeiro de 1999.

A primeira alternativa dada pela Comissão seria aumentar a tarifa até o teto autorizado pelo Poder Concedente, sendo que em determinados fluxos para clientes cativos havia espaço para reajustes de até 100%.

A segunda seria aproveitar a prerrogativa do Contrato de Concessão, segundo a qual seria possível, mesmo tendo atingido o teto tarifário pré-fixado, haver requisição de aumento por parte da MRS numa data determinada em contrato.

A terceira e última alternativa apresentada para amortecer os efeitos da desvalorização do real seria outra cláusula presente no Contrato de Concessão a qual garante à concessionária o direito de solicitar, a qualquer tempo, numa alteração justificada de mercado e/ou de custos permanente que provoque alteração no equilíbrio contratual no serviço prestado, uma revisão nas tarifas de referência.

Outra justificativa dada pela MRS para a manutenção das tarifas para os clientes cativos num patamar baixo em relação ao teto tarifário posto pelo Poder Concedente foi a obediência ao princípio da modicidade das tarifas estabelecido no Contrato de Concessão da Malha Sudeste, cláusula IX, item VIII, acostado às fls. 251. Tal regra geral, segundo a companhia, consiste no impedimento à prática de preços de frete que onerem excessivamente o valor pago pelo consumidor final do produto transportado e impedir que a Concessionária possa abusar de seu eventual poder monopolista (fls. 253). Ainda de acordo com a concessionária, oferecer seus serviços da forma menos onerosa possível teria a função de promover a maior competitividade dos produtos no mercado externo.

Para refutar a alegação da MRS, a Comissão de Inquérito, inicialmente, traz disposição do próprio Contrato de Concessão, no qual está expressa, em sua cláusula 7ª, § 4º, a possibilidade de fixar-se uma tarifa específica que leve em consideração os custos operacionais envolvidos, havendo alta dependência do cliente em relação ao transporte ferroviário oferecido pela concessionária, e, ainda, sendo a tarifa posta considerada prejudicial à competitividade dos produtos daquele que contrata com a MRS.

Ademais, ressaltou-se que a competitividade externa e o princípio da modicidade nas tarifas não poderiam se contrapor à continuidade e rentabilidade da companhia concessionária, uma vez que o objetivo da concessão do Estado ao setor privado seria o benefício tanto ao usuário quanto ao fornecedor do serviço concedido.

Das imputações

Diante dos fatos narrados, a Comissão de Inquérito decidiu por imputar as seguintes condutas aos acusados que seguem:

I. Em razão da má gestão tarifária, caracterizada por tarifas subavaliadas, em benefício dos clientes cativos-controladores, em inobservância dos artigos 154, caput e §1º, e 155, caput e inciso II, ambos da Lei nº 6.404/76, ao deixar de adotar medidas que lograssem os fins e no interesse da companhia, bem como ao se omitir no exercício e na proteção dos direitos da companhia:

- Julio Fontana Neto (Diretor-Presidente no período de 27/10/99 a 25/04/00 e de 14/12/00 a 11/12/04);
- Henrique Ache Pillar (Diretor sem designação em 29/11/96; Diretor Administrativo-Financeiro a partir de 19/04/02, acumulando o cargo de Diretor de Relações com Investidores a partir de 18/07/02);
- Julio César Pinto (Diretor Administrativo e Financeiro de 25/04/00 a 18/07/02);
- Valter Luis de Sousa (Diretor Comercial eleito em 19/09/01, reeleito por 2 anos em 11/12/02);
- Mauro Rolf Fernandes Knudsen (Diretor-Presidente a partir de 31/01/97, acumulando o cargo da área comercial em 17/09/98, até 27/10/99);
- Alberto Régis Távora (Diretor Administrativo-Financeiro de 20/06/97 a 25/04/00).

II. Aos membros do Conselho de Administração em razão da má-gestão tarifária, caracterizada por tarifas subavaliadas, em benefício dos clientes cativos-controladores, configurou-se inobservância do artigo 142, caput e inciso III, da Lei das S.A., ao não fiscalizar os atos de má gestão tarifária praticados pelos diretores acima relacionados:

- Chequer Hanna Bou-Habib (de 11/10/01 a 14/12/02);
- Estela Maria Praça de Almeida (de 04/01/02 a 14/12/02);
- Delson de Miranda Tolentino (eleito em 25/04/00 e reeleito em 14/12/00 pelo prazo de dois anos);
- Joaquim de Souza Gomes (eleito em 25/04/00 e reeleito em 14/12/00 pelo prazo de dois anos);
- José Paulo de Oliveira Alves (eleito em 25/04/00 e reeleito em 14/12/00 pelo prazo de dois anos);
- Marcus Jurandir de Araújo Tabasco (eleito em 30/04/98, reeleito em 07/12/98 e em 14/12/00, pelo prazo de dois anos);
- Oscar Augusto de Camargo Filho (de 25/11/96 a 15/06/00 e de 03/06/02 a 14/12/02);
- Otávio de Garcia Lazcano (de 03/06/02 a 14/12/02);
- Wanderlei Viçoso Fagundes (eleito em 25/11/96, reeleito sucessivamente até 14/12/00, quando reeleito pro dois anos);
- Hugo Serrado Stoffel (eleito em 30/04/98, reeleito sucessivamente até 14/12/00, quando reeleito por dois anos);
- Roberto Gottschalk (de 28/05/01 a 14/12/02);
- Pablo Javier de la Quintana Bruggemann (07/12/98 a 04/01/02);
- Georg Josef Schmid (de 07/12/98 a 28/05/01)
- Guilherme Frederico Escalhão (de 14/12/00 a 03/06/02);
- Lauro Enrique Campos Rezende (de 30/04/98 a 03/06/02)
- Luis Antonio Bonagura (de 25/11/96 a 03/06/02)
- Inácio Clemente da Silva (de 25/11/96 a 02/05/00);
- Klaus Helmut Schweizer (de 25/11/96 a 28/05/01);
- Marianne Von Lachmann (eleita em 25/11/96 e reeleita em 07/12/98 pelo prazo de dois anos);
- Rinaldo Campos Soares (de 25/11/96 a 25/04/00);
- Godofredo Mendes Vianna (de 24/08/99 a 24/12/00);

- Andréas Walter Brehm (de 28/05/01 a 11/10/01);
- João Paulo do Amaral Braga (de 07/12/98 a 03/06/02).

III. Em razão das condições não comutativas pactuadas para o recebimento do faturamento extra, em ofensa ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76:

- Julio Fontana Neto (Diretor-Presidente no período de 27/10/99 a 25/04/00 e de 14/12/00 a 11/12/04);
- Henrique Ache Pillar (Diretor sem designação em 29/11/96; Diretor Administrativo-Financeiro a partir de 19/04/02, acumulando o cargo de Diretor de Relações com Investidores a partir de 18/07/02);
- Valter Luis de Sousa (Diretor Comercial eleito em 19/09/01, reeleito por 2 anos em 11/12/02).

IV. Aos membros do Conselho de Administração em razão das condições não comutativas pactuadas para o recebimento do faturamento extra, configurou-se uma ofensa ao artigo 245 da Lei nº 6.404/76, ao aprovar o modo de realização deste saldo sugerido pelos diretores acima referidos:

- Chequer Hanna Bou-Habib (de 11/10/01 a 14/12/02);
- Estela Maria Praça de Almeida (de 04/01/02 a 14/12/02);
- Delson de Miranda Tolentino (eleito em 25/04/00 e reeleito em 14/12/00 pelo prazo de dois anos);
- Joaquim de Souza Gomes (eleito em 25/04/00 e reeleito em 14/12/00 pelo prazo de dois anos);
- José Paulo de Oliveira Alves (eleito em 25/04/00 e reeleito em 14/12/00 pelo prazo de dois anos);
- Marcus Jurandir de Araújo Tabasco (eleito em 30/04/98, reeleito em 07/12/98 e em 14/12/00, pelo prazo de dois anos);
- Oscar Augusto de Camargo Filho (de 25/11/96 a 15/06/00 e de 03/06/02 a 14/12/02);
- Otávio de Garcia Lazcano (de 03/06/02 a 14/12/02);
- Wanderlei Viçoso Fagundes (eleito em 25/11/96, reeleito sucessivamente até 14/12/00, quando reeleito pro dois anos);
- Hugo Serrado Stoffel (eleito em 30/04/98, reeleito sucessivamente até 14/12/00, quando reeleito por dois anos);
- Roberto Gottschalk (de 28/05/01 a 14/12/02).

V. Em razão dos meios pactuados para o recebimento do faturamento extra, em ofensa ao artigo 117, caput e §1º, alínea "f", da Lei nº 6.404/76, ao haver contratação com a companhia investida, diretamente, em condições não-comutativas, por parte dos seguintes acionistas controladores, à época, da MRS: Minerações Brasileiras Reunidas S.A. (MBR); Companhia Vale do Rio Doce (VALE); e, Companhia Siderúrgica Nacional (CSN).

VI. Em razão da não divulgação nas Notas Explicativas do exercício de 2002 de informações completas acerca das condições pactuadas relativamente ao faturamento extra, contrariando o disposto nos artigos 176, §4º, e 177, §3º, da Lei nº 6.404/76, combinados com o item 2 da Deliberação CVM nº 26/86 através das condutas de:

- Julio Fontana Neto (Diretor-Presidente no período de 27/10/99 a 25/04/00 e de 14/12/00 a 11/12/04);
- Henrique Ache Pillar (Diretor sem designação em 29/11/96; Diretor Administrativo-Financeiro a partir de 19/04/02, acumulando o cargo de Diretor de Relações com Investidores a partir de 18/07/02);
- Valter Luis de Sousa (Diretor Comercial eleito em 19/09/01, reeleito por 2 anos em 11/12/02).

Das defesas

Devidamente intimados (fls. 2246/2309), os acusados apresentaram defesas tempestivas (fls. 2426/3662) ², nas quais foram destacados os seguintes pontos, aqui citados resumidamente:

- **Ocorrência de prescrição**

Alguns defendentes alegam a ocorrência de prescrição, sedimentada em dois pontos diversos: houve, por parte de

uma parcela dos defendentes, a alegação de que o prazo prescricional de cinco anos teria transcorrido sem que, no mesmo período, tivesse surgido algum ato inequívoco que importasse apuração dos fatos, considerando que a primeira ação nesta qualidade teria sido a instauração de inquérito em 23/08/05; outros alegaram ainda que a intimação teria sido recebida após este lapso temporal.

- **Inépcia da acusação**

Argumentou-se também acerca da inépcia da acusação em razão do fato de que não teria havido a necessária individualização das condutas, prevalecendo a acusação indiscriminada a diretores e membros do conselho de administração imputados neste processo, o que feriria também o princípio da Ampla Defesa e do Contraditório.

- **Business Judgment Rule**

O princípio da impossibilidade de revisão dos atos gerenciais tomados de modo informado, refletido e desinteressado foi argüido por parte dos defendentes, em razão destes alegarem não se beneficiar de modo algum dos efeitos de suas decisões e por terem procedido de modo adequado para um modelo tarifário à companhia, ao contratar a Ernst & Young, renomada consultoria internacional, para que esta traçasse a linha mestra do mesmo.

- **Adequação do Modelo Tarifário**

Alegou-se que, a despeito do afirmado pela Comissão de Inquérito em seu relatório, o modelo tarifário adotado pela MRS Logística era, sim, um plano adequado que satisfazia as necessidades da companhia, em acordo com práticas internacionais do transporte ferroviário. Isto estaria comprovado pelo fato de que, a longo prazo, os preços praticados pela concessionária fizeram-na uma companhia altamente rentável, demonstrando que os prejuízos experimentados pela MRS entre 1997 e 2002 teriam sido fruto, sobretudo, da grande depreciação que a moeda brasileira experimentou a partir de 1999. Outrossim, a estrutura acionária e administrativa da companhia impediriam que privilégios fossem concedidos a quaisquer acionistas, tornando uma prática desta natureza inexecutável e inviável economicamente aos acionistas controladores.

- **Ausência de favorecimento no pagamento do Faturamento Complementar**

Foi argumentado que, pelo fato do faturamento complementar ter se originado de um evento exógeno imprevisto (como foi a massiva depreciação do real frente ao dólar a partir de 1999), este tipo de cobrança não se adequaria ao modus operandi de dívidas previamente conhecidas e não pagas, com o estabelecimento de juros, entendimento este embasado pelo Professor Luiz Gonzaga Belluzzo. Ainda, em razão do fato de que não havia obrigatoriedade, por parte dos clientes, de pagar a quantia calculada à época (R\$ 184 milhões), necessitando de uma aceitação por parte destes (que foi posteriormente negociada e conseguida pelos administradores da MRS), faz com que o pagamento desta quantia seja enaltecido, dando crédito, e não tecendo críticas, aos membros da Diretoria e do Conselho de Administração da companhia.

É o Relatório.

Rio de Janeiro, 5 de maio de 2009.

Eli Loria
Diretor-Relator

1"Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não eqüitativas"

"Art. 142. Compete ao conselho de administração:

III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;"

"Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

§ 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres."

"Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;"

"Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo."

2fls. 2998/3376 (Julio Fontana Neto, Henrique Ache Pillar, Julio César Pinto, Valter Luis de Sousa, Mauro Rolf Fernandes Knudsen, Estela Maria Praça de Toledo, Joaquim de Souza Gomes, José Paulo de Oliveira Alves, Pablo Javier de la Quintana Bruggemann, Andréas Walter Brehm e Companhia Siderúrgica Nacional); fls. 2884/2928 (Companhia Vale do Rio Doce e Minerações Brasileiras Reunidas); fls. 2797/2844 (Marianne Von Lachmann e Godofredo Mendes Vianna), 2426/2559 (João Paulo do Amaral Braga); fls. 2929/2997 (Chequer Hanna Bou-Habib, Oscar Augusto de Camargo Filho, Wanderlei Viçoso Fagundes, Hugo Serrado Stoffel, Roberto Gottschalk, Guilherme Escalhão e Inácio Clemente da Silva); fls. 2720/2796 (Delson de Miranda Tolentino, Marcus Jurandir Tabasco e Rinaldo Campos Soares); fls. 2560/2604 (Alberto Régis Távora), 2605/2719 (Georg Josef Schmid e Klaus Schweizer); fls. 2847/2883 (Luiz Antonio Bonagura); fls. 3377/3521 (Lauro Campos Rezende); e, fls. 3522/3662 (Otávio de Garcia Lazcano).

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 14/05

Interessados: Julio Fontana Neto

Henrique Ache Pillar

Julio César Pinto

Valter Luis de Sousa

Mauro Rolf Fernandes Knudsen

Alberto Régis Távora

Chequer Hanna Bou-Habib

Estela Maria Praça de Almeida

Delson de Miranda Tolentino

Joaquim de Souza Gomes

José Paulo de Oliveira Alves

Marcus Jurandir de A. Tabasco

Oscar Augusto de Camargo F^o

Otávio de Garcia Lazcano

Wanderlei Viçoso Fagundes

Hugo Serrado Stoffel

Roberto Gottschalk

Pablo Javier Q. Bruggemann

Georg Josef Schmid

Guilherme F. Escalhão

Lauro H. Campos Rezende

Luiz Antonio Bonagura

Inácio Clemente da Silva

Klaus Helmut Schweizer

Marianne Von Lachmann

Rinaldo Campos Soares

Godofredo Mendes Vianna

Andreas Walter Brehm

João Paulo do Amaral Braga

Minerações Brasileiras Reunidas S/A

CVRD Companhia Vale do Rio Doce

CSN Companhia Siderúrgica Nacional

Diretor-Relator: Eli Loria

VOTO

Conforme relatado, trata-se de acusação formulada pela Comissão de Inquérito "Comissão" para "apurar a eventual ocorrência de irregularidades relacionadas com o estabelecimento de tarifas de transporte ferroviário de cargas pela MRS Logística S.A.", em face de administradores da MRS Logística S.A. ("MRS" ou "Companhia"), bem como seus acionistas controladores, por condutas decorrentes da gestão tarifária da companhia.

A Comissão pede a responsabilização dos acusados por infração aos artigos 154, caput e §1º; 155, caput e inciso II; 142, caput e inciso III; 245; e 117, caput e § 1º, alínea "f", todos da Lei nº 6.404/76, em virtude de três principais irregularidades relatadas: má gestão tarifária em benefício de clientes cativos-controladores (entre 1998 e 2002); recebimento de faturamento extra em condições prejudiciais para a companhia (em 2002); e, (iii) divulgação incompleta do referido faturamento extra nas demonstrações financeiras do exercício de 2002. Com foco nelas, estruturarei meu voto.

Em preliminar alegou-se a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva estatal. Alguns defendentes alegam o decurso do prazo quinquenal previsto art. 1º da Lei 9.873/99¹, sem que, no mesmo período, tivesse surgido nenhum fato interruptivo de tal prazo, na dicção do art. 2º². Isto porque a reclamação foi protocolada em 18/10/02; o inquérito instaurado em 23/08/05 e a intimação dos acusados para apresentação de defesa ter sido recebida no mês de setembro de 2007.

O mote para o argumento acima se encontra na tese de que o ato inequívoco de apuração dos fatos, interruptivo do prazo prescricional, somente existe quando é de ciência bilateral. No entanto, conforme posicionamento já sedimentado nesta Autarquia o ato inequívoco é ato administrativo regular, de existência legal e indubitável, que dá impulso ao processo, não necessariamente de ciência bilateral³.

Assim, reconheço no desenrolar do processo atos inequívocos de apuração dos fatos e interruptivos do prazo prescricional. Dentre outros, é possível citar aqui o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº319/02 (fls. 514/515) enviado à ANTT consultando-a sobre a legalidade do modelo tarifário adotado pela MRS; ou ainda a própria reunião do Colegiado de 23/09/03 (fls. 615/623) que deliberou pela instauração do inquérito e, dessa forma, rejeito a alegação de ocorrência de prescrição da pretensão punitiva desta autarquia.

Já a defesa dos conselheiros de administração da MRS alega incompetência da CVM por suposta falta de poderes para fiscalizar ou mesmo fixar a adequação da política tarifária adotada pela MRS, sendo a ANTT o órgão governamental competente para regular tais questões. A esse respeito, cumpre distinguir que os bens jurídicos tutelados pela ANTT e pela CVM são distintos, cada qual possuindo sua competência própria.

A CVM, pela Lei nº 6.385/76⁴, é competente para regulamentar da lei societária e punir o seu descumprimento e este processo analisa justamente se a política tarifária adotada pela MRS infringiu dispositivos da Lei nº 6.404/76. Nessa medida, resta evidente a adequação do objeto deste processo à competência legal conferida a esta Autarquia, inexistindo a alegada incompetência.

Por fim, ainda em sede preliminar, alega-se a inépcia da acusação que teria sido formulada genericamente a diretores e membros do conselho de administração, sem a individualização das condutas e sem a verificação da efetiva participação de cada um dos acusados nas supostas infrações. Neste ponto, deve-se lembrar que o caso trata de condutas que dizem com a lisura do estabelecimento de um modelo de gestão tarifária pelos administradores, aliada à hipótese de abuso de poder de controle e de má divulgação de informações.

No meu entender, em consonância com o disposto no estatuto da companhia, estão envolvidos todos aqueles que poderiam ter participação no estabelecimento daquele modelo tarifário, os membros do Conselho de Administração e os diretores presidente, comercial e financeiro, bem como o responsável pela correta divulgação do pacto firmado no faturamento complementar, o diretor de relações com investidores.

Assim, entendo que a alegação de inépcia da acusação porquanto genérica não merece prosperar e, portanto, superadas as questões preliminares, passo à análise das questões suscitadas nas imputações.

O modelo tarifário e a regulação do setor

Os artigos 21, XII, "d"⁵ e 175⁶ da Constituição Federal estabelecem o modelo de exploração do transporte ferroviário no Brasil, ditando os parâmetros básicos para a sua estruturação e, para viabilizar esse modelo, foi editada a Lei nº 10.233/01⁷, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre e cria, entre outras entidades, a Agência Nacional de Transportes Terrestres ("ANTT").

Nesse sentido, o art. 20, II⁸ da citada lei estabelece como objetivo das agências regular ou supervisionar as atividades de prestação de serviços de transporte exercidas por terceiros, tendo como atribuição, dentre outras, a de harmonizar os objetivos dos usuários, concessionários e permissionários, respeitado o interesse público, arbitrando possíveis conflitos de interesses e mesmo situações que firam a livre concorrência e a ordem econômica.

Na esfera específica de atuação da ANTT, encontra-se a exploração da infra-estrutura ferroviária e o transporte ferroviário (art. 22, incisos I e II⁹), estando entre suas atribuições a promoção de estudos concernentes às definições de tarifas, preços e fretes (art. 24, II¹⁰).

Já o art. 17¹¹ do Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado pelo Decreto nº 1.832/96, trata da tarifa, do valor cobrado pelo deslocamento de uma unidade de carga entre estações de origem e destino, e o parágrafo 1º trata da possibilidade de negociação dessa tarifa entre o usuário e o concessionário, tendo como parâmetro o teto fixado pelo Poder Concedente.

Estabelecido esse parâmetro legal, temos que a competência para o estabelecimento da tarifa do transporte ferroviário pertence à entidade reguladora, porquanto é ela quem estipula o preço máximo a ser cobrado. No entanto, abaixo desse teto não há óbices à negociação das tarifas pela concessionária e os usuários.

Com efeito, isso não significa que haveria uma permissão em tese para exageros. A discricionariedade da concessionária deve respeitar os cânones da equidade e da livre concorrência, princípios que a lei fez a entidade reguladora guardião. Desta feita, qualquer discordância em razão do valor da tarifa deverá ser submetida à entidade reguladora, tendo em vista seu papel como árbitro nos casos de conflito de interesses e de promotora dos estudos sobre os valores de preços, tarifas e fretes, acima referidos.

Nesse sentido, a consulta feita pela CVM à ANTT acerca da regularidade e legalidade da tarifa praticada pela MRS, por intermédio do OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº319/02 (fls. 514/515), teve o condão de sanar exatamente a dúvida fulcral pertinente a esse processo: se a cobrança da tarifa feita aos clientes componentes do bloco de controle era de fato desproporcional considerando-se o restante dos clientes.

No meu entender, respeitando a independência das esferas de atuação dos órgãos reguladores, CVM e ANTT, a resposta negativa da ANTT (fls.516/517) tende a retirar qualquer dúvida sobre a regularidade da gestão tarifária. Naquela manifestação, a ANTT não só afirmou taxativamente que a MRS não cometera qualquer irregularidade no que tange à cobrança tarifária, como também que em sua missão de fiscalização em 2002 não constataria "qualquer variação relevante em relação às tarifas praticadas para clientes participantes ou não do grupo controlador da empresa" (fls. 515/516).

Cabe ressaltar que a tarifa máxima deve ser fixada pelo poder concedente, de maneira que o concessionário poderá elaborar estudos que complementem a atividade do poder concedente ou mesmo outros tendentes à revisão das tarifas. Toda proposta, estudo ou atitude unilateral do concessionário no tocante à tarifa deverá ser submetida ao poder concedente, que poderá aceitar ou rejeitar a proposta do concessionário.

No que tange aos pedidos de revisão, o procedimento e os critérios já devem estar previstos no edital. Para o reajuste, o procedimento deverá ser mais simples, tendo em vista que a revisão exige a declinação e comprovação dos motivos que ensejaram "as modificações nos custos, encargos e vantagens do concessionário"¹². O poder concedente é quem instaura de moto próprio o procedimento de reajuste enquanto o procedimento de revisão deve ser iniciado pelo concessionário.

Isso não obstante, cabe verificar se a atitude dos administradores corrobora, de fato, todos os argumentos despendidos pela defesa no sentido de provarem a isenção da cobrança da tarifa feita aos clientes dos fluxos cativos.

Além disso, para a elaboração do modelo, entre outras medidas, foi contratada a Ernst Young que preparou um estudo específico (fls. 253) que embasou a atividade dos administradores. Essa atividade foi supervisionada por um comitê de

modelagem tarifária e em 02/02/98 esse modelo foi submetido à aprovação do Conselho de Administração (fls. 444/451).

No que tange à possibilidade de abuso de poder de controle, deve ser lembrado que os controladores usuários dos fluxos cativos não eram os únicos, razão pela qual, tendo em vista a estrutura do capital votante, não se podendo conceber que um controlador (usuário de fluxo cativo) se beneficiasse à custa de outro (não usuário).

Pelo apresentado, existiam travas cujo intuito era limitar as situações de quebra dos deveres de diligência e lealdade. O acordo de acionistas dispunha que a administração seria composta por executivos profissionais e estabelece os "princípios básicos da companhia" ali aduzindo expressamente que os acionistas usuários da malha ferroviária não terão qualquer privilégio específico ou tratamento diferenciado, inclusive no que diz respeito às tarifas¹³. Ademais, a composição do capital era distribuída de tal maneira que nenhum acionista usuário da malha ferroviária detinha maioria suficiente para sozinho determinar alterações na política tarifária.

A título de exemplo, cite-se a informação trazida pela defesa da CSN, que aponta desproporção entre o percentual acionário por ela detido e o percentual de utilização da malha ferroviária, sendo o primeiro superior ao segundo, o que demonstra, sendo o controle acionário da MRS detido por companhias com interesses diversos, não ser razoável supor que um acionista aceitaria um prejuízo decorrente de benefício a outro acionista.

Sob este ponto de vista, não haveria motivos para se intentar uma redução da tarifa para economizar o frete pago por alguns controladores que usavam a linha, porquanto implicaria prejuízo para diversos acionistas integrantes do bloco de controle da MRS. Ora, se a aprovação de matérias em assembléia exigia a união de pelo menos três acionistas, não se poderia conceber que um acionista estaria disposto a aceitar subsidiar a outro.

Deve ser lembrado, ainda, que não obstante o serviço seja explorado em situação monopolística, vige, para a construção do modelo tarifário, a atenção ao princípio da modicidade¹⁴, isto é, ao contrário do pretendido pela Comissão de Inquérito, não seria possível a exploração, pela MRS, da situação monopolística para obtenção de vantagens.

Explica-se: o termo "cliente cativo" faz referência à dependência que existe para um determinado fluxo de transporte, de maneira que não diz com o cliente, mas com o fluxo escolhido. Como para esse fluxo há uma avaliação distinta para imposição da tarifa, torna-se complicada a comparação entre o modo normal de cálculo baseado na quantidade de mercadoria transportada e o modo de cálculo para o fluxo cativo.

Empresas prestadoras de serviços tendem a oferecê-los a preços menores àqueles clientes que deles fazem uso com maior frequência. A tarifa máxima é aplicada para os fluxos de transporte menos rentáveis e para os fluxos mais rentáveis a tarifa é negociada.

Tal raciocínio para o estabelecimento das tarifas leva em consideração o já citado princípio da modicidade, razão pela qual parece descabido cobrar dos usuários dos fluxos cativos valor próximo ao teto tarifário, transferindo-lhes custos que não os custos do serviço.

Destaco, inclusive, a manifestação do Conselheiro Relator do processo de aprovação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)¹⁵ da exploração da malha Sudeste da RFFSA pela MRS, que, após analisar justamente a possibilidade de os acionistas da MRS fixarem as tarifas em benefício próprio, concluiu que a política tarifária adotada pela MRS "tem beneficiado o transporte de carga geral, não cativa, que necessita de preço competitivo com o transporte rodoviário", indicando que o aumento da participação da carga geral no faturamento da empresa é reflexo do esforço de atrair clientes não cativos (fls. 454). Em seguida, analisando os diferentes mercados e interesses dos acionistas da MRS, mencionado Conselheiro afasta a possibilidade de algum acionista desejar usar a política tarifária da MRS para atingir concorrentes.

Assim, pelas razões expostas, não vejo como imputar de irregular o modelo de gestão tarifária adotado pela MRS. Com efeito, o fato de tal gestão ter sido fixada não só em observância aos parâmetros mínimo e máximo estabelecidos pelo poder concedente, mas com base em modelo desenvolvido por terceiro profissional e independente e, finalmente, de a própria ANTT ter se manifestado expressa e taxativamente pela absoluta regularidade das tarifas praticadas impedem qualquer conclusão diversa. Ademais, a acusação não trouxe elementos suficientes para evidenciar a inobservância pelos administradores de seus deveres fiduciários para com a companhia.

O faturamento complementar

Conforme relatado, em 1997 a MRS tomou um empréstimo no valor de 320 milhões de dólares e, valendo-se da prerrogativa estabelecida pelas Deliberações CVM nºs 294/99, 404/01 e 409/01, preferiu reconhecer as variações

cambiais mediante amortização linear em até 4 anos para os exercícios de 1999 e 2001.

Como a MRS não fazia a transmissão direta do impacto da variação cambial às tarifas, foi gerado um descasamento, cujo valor, no ano de 2002, somava R\$184 milhões, razão pela qual o Conselho deliberou em reunião de 11/12/02 aprovar o reconhecimento da receita, tendo a MRS emitido, ainda no ano de 2002, faturamentos complementares, com vencimentos mensais e sucessivos para 2003, 2004 e 2005, para cada um dos seus clientes cativos, totalizando 32 parcelas.

Como não foram embutidos juros e nem reajuste mensal nesse faturamento complementar, entendeu a Comissão de Inquérito que houve afronta ao disposto no art. 245 da lei societária, porquanto não teriam sido adotadas condições totalmente comutativas pelos administradores, entendeu, ainda, ter o controlador infringido o disposto no art. 117, alínea "f" do diploma societário pela mesma razão de contratação com a sociedade em condições não comutativas.

Tal entendimento, entretanto, merece uma reflexão mais detalhada uma vez que o resultado da postergação do recebimento dos valores devidos foi vantajoso para a companhia, uma vez que a taxa de câmbio utilizada na liquidação da dívida foi favorável (R\$2,38/US\$) em comparação com aquela usada no cálculo da mesma dívida (R\$3,53/US\$) (fls. 989).

Conforme explicitado acima sobre o cálculo adequado do modelo tarifário, sabe-se que não seria possível repassar aos consumidores os custos não envolvidos na prestação do serviço no curto prazo. Fica claro que tais custos, como os custos de aquisição de capital (no caso os custos referentes à variação cambial), tornam-se, no longo prazo, custos do serviço. Portanto, argumenta-se que não seria possível repassar imediatamente para a tarifa os custos inerentes à variação cambial.

Ademais, a decisão de tomar empréstimo no exterior, por meio da emissão de títulos de dívida, sujeita a riscos, não poderia ter reflexos no valor repassado ao usuário, já que essa não era a única forma da companhia se capitalizar.

Outrossim, o primeiro impacto da desvalorização era contábil, não havendo mais nenhuma forma de prejuízo e o faturamento complementar, conforme bem explicitado, não poderia ser considerado um empréstimo, mas fruto de uma negociação entre a companhia e os clientes dos fluxos cativos, com o intuito de sanar os problemas advindos da variação cambial.

Isto é, tratou-se de um acordo envolvendo o pagamento da quantia correspondente ao prejuízo advindo da referida variação e que, tendo em vista o fato das parcelas terem sido fixadas para coincidirem com o prazo do vencimento das dívidas em moeda estrangeira, em um período em que o real voltava a se valorizar, acabou se revelando vantajoso para a companhia.

Posto isto, dos argumentos apresentados e das provas juntadas aos autos, constato que a causa dos prejuízos à empresa fora a variação cambial e não a falta de comutatividade no acordo pactuado exatamente para saná-lo. Como anotado, o prejuízo alegado fora contábil, não impactando o caixa da empresa, já que as dívidas não venciam naqueles exercícios sociais. Por último, constato que o pacto encerrado entre a MRS e os clientes do fluxo cativo não prejudicaram sua situação financeira, tendo presente o fato de houve coincidência entre os prazos de vencimento das dívidas e o de recebimento das receitas oriundas do faturamento complementar.

Há ainda outra questão apontada pela Comissão segundo a qual a MRS não teria divulgado nas Notas Explicativas (tampouco no corpo das demonstrações contábeis), do exercício de 2002, informações completas acerca das condições acordadas no tocante a valores discriminados, quantidade de parcelas e prazos, descumprindo o disposto no item 9 do Pronunciamento IBRACON sobre transações com parte relacionadas, aprovado pela Deliberação CVM nº 26/86. Segundo a Comissão, a não divulgação de todos os elementos em nota explicativa (considerada a função desse documento), impediu o questionamento da operação pelos demais acionistas.

No meu entender, não obstante a constatação de que a nota explicativa poderia ter sido mais bem elaborada, declinando todos os aspectos referentes ao pacto em questão, não se pode pretender a punição daqueles que a elaboraram por omissão no tocante a não divulgação do acordo. Estão lá mencionados seus principais termos, quais sejam, a aprovação de um faturamento complementar de R\$ 184 milhões "referente a variação cambial de empréstimos a longo prazo, ocorrido nos anos de 1999 a 2001, o qual foi emitido em 30 de dezembro de 2002 com vencimentos mensais e sucessivos em 2003, 2004 e 2005"¹⁶, que permitem total ciência do ocorrido pelos investidores.

Conclusão

Diante de todo o exposto e com base na prova dos autos, Voto pela absolvição dos acusados de todas as imputações formuladas.

É o Voto.

Rio de Janeiro, 05 de maio de 2009.

Eli Loria
Diretor-Relator

1º Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado."

2º Art. 2º Interrompe-se a prescrição:

I - pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível."

3º Ver, entre outros, o PAS CVM nº 32/99, de relatoria de Marcelo Fernandez Trindade.

4º Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades:"

5º Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;"

6º Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado."

7º Depois sobre a reestruturação dos transportes aquaviários e terrestres, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.

8º Art. 25. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

II - regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

II) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

III) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e autorizadas, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição impermissível ou infração da ordem econômica;"

9º Art. 26. Competem ao Poder Público:

I - a concessão, a outorga, a autorização e a outorga de uso de serviços de transporte;

II - a outorga de uso de serviços de transporte;

III - a outorga de uso de serviços de transporte;

IV - a outorga de uso de serviços de transporte;

V - a outorga de uso de serviços de transporte;

VI - a outorga de uso de serviços de transporte;

VII - a outorga de uso de serviços de transporte;

VIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

IX - a outorga de uso de serviços de transporte;

X - a outorga de uso de serviços de transporte;

XI - a outorga de uso de serviços de transporte;

XII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

XV - a outorga de uso de serviços de transporte;

XVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

XVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

XX - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

XL - a outorga de uso de serviços de transporte;

XLI - a outorga de uso de serviços de transporte;

XLII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XLIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XLIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

XLV - a outorga de uso de serviços de transporte;

XLVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

XLVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XLVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

XLIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

L - a outorga de uso de serviços de transporte;

LII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXV - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXVIII - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXIX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXX - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXI - a outorga de uso de serviços de transporte;

LXXXXXXXII - a out

Senhora presidente, gostaria, inicialmente, de declarar que acompanho o voto do diretor-relator, mas, gostaria também de trazer alguns esclarecimentos quanto a pontos que pesaram na minha interpretação dos fatos. Isso porque concordo apenas em parte com uma das posições ali adotadas e gostaria de reiterar algumas consequências dessa minha discordância.

Com efeito, não acompanho plenamente a interpretação de que, diante do regime adotado para a fixação de tarifas, seria possível dizer, ainda que remotamente, que essas seriam definidas pelo ente regulador. Creio que há, aqui, uma mera anuência, isso porque, a meu ver, no modelo que decorre da cumulação do disposto no art. 24, inciso II, da Lei nº 10.233/2001, com o disposto no art. 17 do regulamento aprovado pelo Decreto nº 1.832/96, o regulador exerce um controle sobre a regularidade e adequação das tarifas cobradas, mas não estabelece esses valores.

A função do regulador, nesse sentido, é a de assegurar que a contrapartida pela prestação dos serviços não incorpore distorções antieconômicas, ou práticas abusivas. Mas, ainda assim, vigora no regime vigente uma significativa margem para a exploração das potencialidades do sistema tarifário pelos agentes envolvidos.

Verifica-se aqui que, em última instância, estamos lidando com dois extremos: um deles em que o concedente, ou regulador, definiria o valor das tarifas, sendo facultado ao concessionário alterar tal valor motivadamente; outro em que o concedente oferece tetos ou pisos, balizadores, dentro dos quais as concessionárias definiriam as tarifas cobradas. Tal distinção mostra-se relevante, na minha opinião, e isso porque, seguindo-se essa segunda via, que me parece ser a mais correta, fica claramente evidenciado o conteúdo empresarial da decisão por meio da qual, no caso em tela, se define o modelo tarifário.

Tal decisão poderia ser questionada em algumas instâncias, sob um prisma regulatório, ou concorrencial, como ocorre na ANTT e no CADE. Para o CADE, impõe-se a análise das questões em que se está lidando com a posição de mercado da MRS e com o eventual abuso dessa posição, que pode se manifestar também sob a forma de distorção tarifária. Para a ANTT, cumpre analisar o modelo tarifário sob o prisma da sustentabilidade do modelo de prestação dos serviços, das chamadas condições econômico-financeiras do empreendimento. Fica evidenciado nos autos que, nos dois casos, tais análises foram levadas a efeito, concluindo-se tanto pela adequação do modelo do ponto de vista concorrencial, dada a posição de mercado da MRS Logística, quanto pela adequação do ponto de vista da idoneidade da estrutura financeira do empreendimento.

Entendo que, além dessas análises, entramos no campo da chamada *Business judgement rule*: a decisão negocial de cunho discricionário. A discricionariedade dos administradores é, frise-se, aquela que se desenvolve livremente, dentro de um espaço que é deliberadamente deixado para estes, observados os demais mecanismos de controle da sociedade e as demais instâncias decisórias. A rigor, parece-me que é isso que se está questionando: o juízo dos administradores acerca de determinadas opções.

É bem verdade que, para se considerar a decisão como negocial, há que se afastar uma outra acusação que se faz no caso concreto: a de que principais beneficiados por tal decisão estariam representados e desempenhariam papéis determinantes no processo decisório da companhia. As tarifas seriam definidas, em suma, para beneficiá-los. Há aqui mais de um fator a se considerar. Ainda que não se leve em conta o fato de que os acionistas e os administradores não se confundem necessariamente, entendo que a situação peculiar da companhia, cujo bloco de controle é formado por empresas com interesses conflitantes entre si, assim como a estrutura de governo adotada e os variados graus de dependência em relação aos serviços prestados acabam por afastar essas alegações.

Entendo, ademais, que a detalhada descrição do modelo tarifário e de seus pressupostos, assim como a descrição dos critérios adotados para faturamento complementar e os procedimentos adotados para tal são muito claros. Para mim, trata-se de decisão empresarial, motivo pelo qual não creio que se possa validamente atacar ou validar o seu conteúdo e tão pouco daí tirar a consequência pretendida em termos de responsabilização dos administradores.

É o meu voto, 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 14/05 realizada no dia 05 de maio de 2009.

Acompanho o voto do diretor-relator e os comentários do diretor Otávio Yazbeck.

A Comissão de Inquérito entendeu cabível substituir-se na decisão empresarial tomada pelos administradores da MRS, formulando acusação baseada em seu julgamento de que o modelo tarifário deveria ter adotado a tarifa máxima e não a tarifa praticada. Contudo, como se sabe, a doutrina do *Business judgment rule*, já plenamente adotada por este Colegiado, rejeita essa substituição, impondo o respeito ao mérito da decisão empresarial sempre que não haja demonstração de infração aos deveres legais por parte dos administradores.

E, do ponto de vista que cabe aqui avaliar para julgar este processo, entendo que não ficou demonstrado que a decisão tomada pelos administradores pode ser questionada em seu mérito, considerando as características da política tarifária e os critérios adotados para o faturamento complementar.

Isto posto, proclamo o resultado do julgamento, em que o Colegiado desta Comissão, por unanimidade de votos, decidiu absolver todos os acusados das imputações feitas e encerrou a sessão de julgamento, informando que a CVM interporá recurso de ofício das absolvições ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana
PRESIDENTE

¹⁶Conforme consta do original disponível no sítio internet www.cvm.gov.br.