

EXTRATO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 14/04

Acusado: Jorge Luiz Rodriguez

Ementa: Suposta violação dos deveres de administrador de companhia. Absolvição.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, por unanimidade de votos, decidiu:

1. Absolver Jorge Luiz Rodrigues das imputações de infração aos artigos 143, 153, 154 e 155, II, da Lei nº 6.404/76; e
2. Em complemento às informações anteriormente prestadas, comunicar o resultado do presente julgamento à Secretaria da Receita Federal, ao Banco Central do Brasil, ao COAF e à Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro.

A CVM oferecerá recurso de ofício da absolvição ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

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

Participaram do julgamento os diretores Eli Loria, Otavio Yazbek e Marcos Barbosa Pinto, relator e presidente da sessão.

Ausentes o diretor Alexsandro Broedel Lopes e a presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana.

Rio de Janeiro, 24 de agosto de 2010.

Marcos Barbosa Pinto

Relator e Presidente da Sessão de Julgamento

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM nº 14/04

Acusado: Jorge Luis Rodriguez

Assunto: Violação dos deveres de administrador

Diretor Relator: Marcos Barbosa Pinto

Relatório

1. Acusação

1.1 À época dos fatos descritos neste processo, a Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. ("Embratel" ou "Companhia") era uma sociedade fechada controlada pela companhia aberta Embratel Participações S.A. ("Embrapar").<sup>1</sup> O acusado, Jorge Luis Rodriguez, era diretor presidente da Embratel e, a partir de 19 de dezembro de 2002, também presidente da Embrapar.

1.2 A partir de uma informação remetida pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras ("COAF"), a CVM passou a investigar pagamentos efetuados pela Embratel a empresas no exterior, a título de aluguel de aeronaves, através de cartão de crédito emitido por instituição financeira internacional.

1.3 A principal beneficiária dos pagamentos feitos pela Embratel foi Euroinvest Ltd. ("Euroinvest"), sociedade com sede nos Estados Unidos. Entre 14 de fevereiro de 2001 e 8 de outubro de 2002, prazo de vigência do contrato e suas sucessivas prorrogações, a Embratel pagou US\$11.253 mil à Euroinvest, o que correspondia a R\$30.416 mil.

1.4 Segundo a comissão de inquérito que conduziu essa investigação, não há comprovação de que esses serviços foram prestados e, supondo que o foram, é difícil admitir que isso ocorreu no interesse da Companhia. A comissão de inquérito chega a essa conclusão a partir de uma série de peculiaridades relacionadas a esses serviços, resumidas a seguir.

1.5 Em primeiro lugar, existe uma contradição sobre as atividades desenvolvidas pela Euroinvest. Segundo o COAF, ela se dedicava à comercialização de materiais eletrônicos. Já de acordo com o acusado, a Euroinvest era uma "business broker", isto é, intermediava negócios diversos.

1.6 Na condição de "business broker", a Euroinvest tinha o objetivo de facilitar a locação ou a compra de aeronaves pela Embratel. A própria Euroinvest, segundo declarações de seus representantes, não era proprietária ou locadora de aeronaves; ela apenas contratava, junto a outras companhias, o frete das aeronaves que em seguida disponibilizava à Embratel.

1.7 Em segundo lugar, são poucos os elementos que comprovam a prestação de serviços pela Euroinvest. Exceto pelos documentos trazidos na defesa e que serão mencionados adiante, a Embratel e a Euroinvest apresentaram apenas as cópias de contratos e faturas.

1.8 A comissão de inquérito buscou outros dados que pudessem confirmar se os serviços contratados foram efetivamente prestados. Foram solicitados, por exemplo: identificação dos comandantes, relação de passageiros e cópias de pedidos de disponibilização de aeronaves. Nem a Embratel nem a Euroinvest apresentaram tais dados.

1.9 Isso contrasta com registros de serviços similares prestados pela Líder Táxi Aéreo S.A. – Air Brasil ("Líder"), para os quais havia farta documentação, incluindo: solicitações por correio eletrônico ou fac-símile, números das solicitações de serviço, horários de decolagem, rotas, tipos de aeronave e alimentação servida.

1.10 Em terceiro lugar, o processo de contratação da Euroinvest teria desrespeitado as normas internas da Embratel. Tais normas previam que as contratações seriam coordenadas por um departamento de contratação ou gerências regionais de administração. No caso da Euroinvest, a contratação teria se baseado apenas na relação prévia entre o representante dessa sociedade e o diretor presidente da Embratel.

1.11 As faturas apresentadas pela Euroinvest eram freqüentemente assinadas pelo diretor presidente e pelo diretor administrativo, para autorização do pagamento, como prevêm as normas internas. Porém, segundo o diretor administrativo, apenas o diretor presidente, que utilizava as aeronaves com freqüência, poderia confirmar se os serviços foram realmente prestados.

1.12 Em quarto lugar, foram detectadas algumas inconsistências nos dados relativos a vôos. A partir das faturas emitidas pela Euroinvest, a comissão de inquérito elaborou uma tabela com 219 registros de pousos e decolagens, submetida à análise da Infraero. A Infraero buscou relacionar vôos registrados em seu sistema de controle aos dados de aeronaves e datas similares aos indicados nas faturas.

1.13 Pela resposta obtida, descobriu-se que:<sup>2</sup>

- i. 27 registros não foram confirmados pela Infraero;
- ii. 14 apresentaram divergências de registros de origens ou destinos;
- iii. 8 vôos registrados pela Infraero não constavam nas faturas emitidas pela Euroinvest.

1.14 Em quinto lugar, a comissão de inquérito aponta algumas contradições e desencontros entre os depoimentos do acusado, diretor presidente da Embratel, e de Joffre Gabriel Filho, diretor administrativo:

- i. segundo o diretor administrativo, a decisão de contratar a Euroinvest foi tomada pelo diretor presidente; já o diretor presidente afirmou que apenas apresentou a Euroinvest à Embratel e que a diretoria administrativa optou pela contratação;
- ii. o diretor administrativo reclama para si a responsabilidade por não renovar o contrato com a Euroinvest, devido à situação financeira da Embratel, embora o diretor presidente discordasse dessa decisão; porém, o diretor presidente não se disse surpreendido pelo fim do relacionamento com a Euroinvest, que atribuiu especificamente à situação financeira da Companhia;
- iii. o diretor administrativo afirmou desconhecer que era o responsável pelo cartão de crédito utilizado para pagamento dos serviços prestados pela Euroinvest; para o diretor presidente, era impossível que ele desconhecesse esse fato.

1.15 Além de tudo isso, mesmo assumindo a hipótese de que os vôos contratados junto à Euroinvest tenham sido prestados, a acusação enumera alguns fatores pelos quais considera improvável que esse serviço tenha

sido prestado no interesse da Companhia:

- i. os vôos iniciavam-se em aeroportos norte-americanos e, tanto na vinda ao Brasil como no retorno, transitavam por Miami;
- ii. embora tenham ocorrido várias viagens ao Brasil e algumas para Europa e outros países da América do Sul, houve uso intenso de aeroportos norte-americanos;
- iii. a partir de 20 de julho de 2001, passaram a ser cobrados determinados encargos que antes não vinham sendo cobrados e o valor da hora de vôo passou de US\$3.700,00 para US\$7.550,00;
- iv. antes e durante a vigência do contrato com a Euroinvest, a Embratel também utilizou serviços de locação de aeronaves em território nacional e internacional prestados pela Líder, inclusive com preços menores; e
- v. os deslocamentos de vinda das aeronaves ao Brasil e retorno aos Estados Unidos também eram cobrados, o que acarretou maiores custos à Embratel.

1.16 A comissão de inquérito mostrou-se especialmente desconfiada pelo uso freqüente e contínuo de aeroportos norte-americanos por uma companhia com sede e quase totalidade de suas atividades no Brasil. Essas suspeitas foram reforçadas pelo fato de Jorge Luis Rodriguez e o acionista controlador da Embratel manterem domicílio nos Estados Unidos.

1.17 A acusação também enfatiza que a Embratel não apresentou qualquer evidência da necessidade de adquirir ou arrendar uma aeronave. Nem demonstrou por que teria sido melhor optar por aeronaves estrangeiras, baseadas no exterior, com a intermediação de uma sociedade também estrangeira que atuava em qualquer espécie de negócio.<sup>3</sup>

1.18. Outro dado que chamou atenção da comissão de inquérito foi o possível desrespeito a normas tributárias: parte dos pagamentos à Euroinvest não teria observado a tributação na fonte sobre serviços prestados por empresas estrangeiras.<sup>4</sup>

1.19 Por fim, a acusação aponta que os pagamentos à Euroinvest eram sempre parcelados em valores iguais ou inferiores a US\$99.999,00, o que foi explicado por Joffre Gabriel Filho, como uma limitação do sistema da operadora do cartão de crédito utilizado para o pagamento. Esses pagamentos foram interrompidos quando as investigações começaram.

1.20 Em razão desses fatos, foram formuladas contra Jose Luis Rodriguez as seguintes acusações:

- i. infração ao art. 153 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, por (a) contratar e efetuar pagamentos à Euroinvest sem observar as normas internas de contratação; (b) aprovar faturas e autorizar seus pagamentos sem a comprovação efetiva do serviço; e (c) deixar de observar as normas tributárias nacionais;
- ii. infração ao art. 154, caput, da Lei 6.404, de 1976, por não restar demonstrada (a) a prestação de serviços pela Euroinvest; e (b) o interesse da sociedade na contratação desses serviços;
- iii. infração ao art. 155, II, da Lei 6.404, de 1976, pela contratação de uma aeronave em prejuízo dos interesses da Embratel haja vista que os serviços da Euroinvest eram mais onerosos do que os da Líder.

1.21 A acusação foi limitada apenas ao diretor presidente porque o diretor administrativo, a despeito da designação de seu cargo, não era diretor estatutário, mas sim um empregado da Embratel. Como o colegiado já absolveu Joffre Gabriel Filho em outro processo, sob esse fundamento, a comissão de inquérito não lhe direcionou acusação.

1.22 Todavia, a comissão de inquérito observou que, mesmo sem a formalidade da eleição pelo conselho de administração, Joffre Gabriel Filho era um diretor de fato. Os seguintes dados embasam tal conclusão:

- iv. diversas comunicações internas da empresa confirmaram a hierarquia de seu cargo ao designá-lo diretor de administração e, posteriormente, vice-presidente de administração;
- v. organogramas internos da Embratel apontam o diretor de administração no mesmo nível hierárquico de

outros diretores nomeados pelo conselho de administração e acima dos demais diretores adjuntos;

- vi. Joffre Gabriel Filho tinha procuração para representar a Embratel, mas nos documentos que assinava não se qualificava como procurador;
- vii. Joffre Gabriel Filho fazia jus a uma remuneração diferenciada, que contemplava, por exemplo, vinculação a metas e resultados e participação no programa de stock options.

1.23 Como Joffre Gabriel Filho foi designado para o cargo de diretor de administração pelo diretor presidente da Embratel, a comissão de inquérito impôs a Jorge Luis Rodriguez também a acusação de infração ao art. 143, caput, da Lei 6.404, de 1976, ao nomear e manter na diretoria pessoa não eleita ou nomeada pelo conselho de administração.

## 2. Defesa

2.1 Preliminarmente, o acusado salienta que só se tornou presidente da Embrapar em 19 de dezembro de 2002, quando a contratação já havia sido encerrada. Os atos pelos quais está sendo acusado foram tomados na qualidade de diretor da Embratel, companhia fechada, e por essa razão a CVM não tem competência legal para puni-los.

2.2 No mérito, reafirma que a contratação de uma aeronave corporativa atendia os interesses da Companhia, como já havia mencionado em seu depoimento. A utilização da aeronave teria permitido aos seus administradores e funcionários deslocar-se com maior segurança e rapidez.

2.3 Como prova dessa alegação, apresenta declarações de diversos administradores e funcionários da Companhia, para os quais o uso da aeronave de fato aumentou a eficiência da Embratel.

2.4 Foram apresentadas declarações nesse sentido, por exemplo, por: Daniel Eldon Crawford e Jorge Alberto Zapata, à época, respectivamente, presidente do conselho de administração e vice-presidente de vendas para consumidores e pequenas empresas. Além disso, o próprio Joffre Gabriel Filho reconheceu esse fato em seus primeiros esclarecimentos à CVM.

2.5 Muitas pessoas ligadas à Companhia também declararam que elas próprias utilizaram a aeronave, a exemplo de Daniel Eldon Crawford, Jorge Alberto Zapata, John Passauer, Lídio Lins Neto, Frederico Gallart, Angel Garcia-Lascurain, dentre outros.<sup>5</sup> Isso mostra, segundo o acusado, que esses serviços não reverteram em seu proveito pessoal, como a comissão de inquérito afirmou.

2.6 O acusado também destaca que diversas companhias e pessoas faziam e fazem uso desse recurso, segundo informações divulgadas pela imprensa. Em reforço a esse argumento, apresenta trechos de reportagens sobre a ascensão e as boas perspectivas da aviação corporativa.

2.7 Com relação à acusação de falta de diligência, tem a observar que:

- i. conferiu autonomia ao diretor administrativo, profissional experiente e qualificado, para efetuar compras e contratações de serviços em nome da Embratel, inclusive os prestados pela Euroinvest;
- ii. a contratação foi realmente efetuada por Joffre Gabriel Filho, no melhor interesse da Companhia;
- iii. Joffre Gabriel Filho foi diligente ao efetuar essa contratação, como prova a comparação de preços efetuada à época;
- iv. o acusado não tinha e continua não tendo razões para desconfiar da contratação da Euroinvest, especialmente porque as auditorias internas e externas não suscitaram quaisquer dúvidas a esse respeito;
- v. a questão fiscal oriunda do pagamento por meio de cartão de crédito já teria sido solucionada junto à Receita Federal, segundo informação do departamento jurídico da Embratel;
- vi. no período em que os serviços da Euroinvest foram utilizados, a Embratel apresentou melhora em vários indicadores gerenciais.

2.8 Quanto à acusação de infração ao art. 154, caput, da Lei 6.404, de 1976, o acusado traz as seguintes ponderações:

- i. as normas internas da Embratel conferiam à área de administração a responsabilidade pela compra de bens e contratação de serviços;
- ii. foi essa área, sob supervisão de Joffre Gabriel Filho, que negociou e contratou a Euroinvest, conforme declarações de Angel Garcia-Lascurain, Lídio Lins Neto e Ronald Sexton, representante legal da própria Euroinvest;
- iii. também era a área de administração que revia as faturas apresentadas pela Euroinvest, conforme declarado por essa companhia, e evidenciado por autorizações de débitos assinadas pelo próprio Joffre Gabriel Filho.

2.9 Sobre a acusação de falta de lealdade com a Companhia, o acusado reitera a afirmação de que os serviços prestados pela Euroinvest foram utilizados por várias pessoas, em benefício de toda a Companhia. Não teria havido, portanto, vantagem pessoal.

2.10 Ainda sobre esse ponto, o acusado salienta que a Embratel, como a sociedade privada, não está obrigada a contratar os prestadores de serviços que ofereçam preços mais baixos. Os serviços da Líder foram preteridos em prol da Euroinvest por conta de um incidente de perda repentina de altitude, cujas razões não teriam sido explicadas satisfatoriamente à Companhia.<sup>6</sup>

2.11 Essa informação já havia sido prestada pelo acusado em seu depoimento e, anexas à sua defesa, constam declarações de Shamim Khan e Agnaldo Krettli Ferreira que a ratificam.<sup>7</sup>

2.12 Adicionalmente, o acusado destaca que nenhum acionista, membro do conselho fiscal ou membro do conselho de administração questionou as contas apresentadas pela diretoria relativas aos exercícios sociais findos em 31 de dezembro de 2002 e 2003.

2.13 A assembléia geral ordinária aprovou por unanimidade as contas relativas a esses exercícios sem quaisquer questionamentos, emendas ou ressalvas, o que exonera a responsabilidade dos administradores, nos termos do art. 134 da Lei 6.404, de 1976.

2.14 Finalmente, em relação à acusação de que teria indicado para a diretoria uma pessoa não eleita pelo conselho de administração, contrariando o art. 143 da Lei 6.404, de 1976, o acusado defende-se do seguinte modo:

- i. quem indicou Joffre Gabriel Filho para o cargo que ocupava na verdade foi Dílio Sérgio Penedo, antecessor do acusado na função de diretor presidente da Companhia;
- ii. Joffre Gabriel Filho, embora não tenha sido eleito pelo conselho de administração, tinha autonomia para desempenhar as funções a ele atribuídas, em conformidade com o estatuto e as normas internas da Companhia;
- iii. é prática comum, no Brasil e no exterior, que as companhias não elejam um grande número de diretores estatutários, mas admitam que empregados ocupantes de funções importantes preencham cargos com rótulo de diretor, reportando-se aos diretores estatutários;
- iv. segundo o art. 142, II, da Lei 6.404, de 1976, a eleição dos membros da diretoria cabe ao conselho de administração; e
- v. Daniel Eldon Crawford, então presidente do conselho de administração, afirmou desconhecer a existência de diretores não eleitos pelo conselho de administração.

-----

A Embrapar detinha 99% do patrimônio líquido da Embratel. Esse investimento representava 99% do ativo da Embrapar.

2 Apesar das informações prestadas, a Infraero ressaltou que o resultado de suas buscas não necessariamente corresponde aos vôos e aeronaves usados pela Embratel. A Infraero apenas fez um esforço para correlacionar os registros de seu sistema de controle com vôos nos dias indicados pela comissão de inquérito, em horário e aeronave similares.

3 A comissão de inquérito enfatizou em seu relatório a pouca cooperação da Embratel. A Companhia não apenas teria deixado de fornecer informações que pudessem esclarecer os fatos desse processo, como freqüentemente teria atendido as requisições da comissão de inquérito com documentos confusos, incompletos ou ilegíveis.

4 A comissão de inquérito também levanta a possibilidade de crime contra o sistema financeiro nacional, previsto na Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, em razão da

remessa de divisas para fora do país via pagamento de cartão de crédito, procedimento incomum para o volume e a natureza dos gastos. Segundo a comissão de inquérito, a Polícia Federal estaria investigando esses fatos.

5 John Passauer ocupava o cargo de *controller*; Lidio Lins Neto, diretor de auditoria interna; Frederico Gallart, vice-presidente de vendas para grandes empresas; Angel Garcia-Lascourain, diretor de marketing estratégico.

6 De todo modo, o acusado indica que, conforme a tabela comparativa de preços anexa à sua defesa, os serviços da Euroinvest tinham custo mais atraente que os da Líder. Em seu depoimento, o acusado já havia esclarecido que os preços inicialmente cobrados pela Euroinvest foram subsidiados, por conta da expectativa de que a Embratel adquirisse uma aeronave. Quando essa expectativa se desfez, os preços passaram a ser os de mercado.

7 Shamin Khan era vice-presidente de planejamento e desenvolvimento e estava na aeronave no momento do incidente. Agraldo Kretli Ferreira era chefe de segurança do diretor-presidente e tomou conhecimento do fato à época.

## Processo Administrativo Sancionador CVM nº 14/04

Acusado: Jorge Luis Rodriguez

Assunto: Violação dos deveres de administrador

Diretor Relator: Marcos Barbosa Pinto

### Razões de Voto

#### 1. Diretor de Companhia Fechada

1.1 Em 9 de fevereiro de 2004, a Embrapar reapresentou seu formulário IAN referente a 31 de dezembro de 2002. Nesse formulário, indicava Jorge Luiz Rodriguez como conselheiro e diretor presidente da companhia, eleito em 25 de abril de 2001, com mandato até a assembléia geral ordinária de 2004.

1.2 Porém, consultando as atas de reuniões do conselho de administração, percebe-se que sua indicação para o cargo de diretor presidente da Embrapar ocorreu apenas em 19 de dezembro de 2002, quando o contrato com a Euroinvest já havia se encerrado. Até então, ele havia sido diretor apenas de uma companhia fechada.

1.3 A Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, não permite que a CVM puna administradores de companhias fechadas. Nesse ponto, o art. 9º, V, da Lei é claro:

Art. 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no §2º do art. 15, poderá:

(...)

V – apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado;

(...)

1.4 Portanto, em vista da falta de competência legal da CVM para punir o acusado, voto pela sua absolvição. Caso o colegiado não concorde com esse entendimento, proponho que passemos à análise do mérito, em que também voto pela absolvição do acusado, pelas razões expostas adiante.

1.5 Mas antes de dar prosseguimento ao mérito, gostaria de prevenir possíveis interpretações excessivas da posição que expus acima, esclarecendo que os limites legais à competência da CVM não a impedem de punir, por exemplo:

- vi. controlador de companhia aberta que, por meio de subsidiárias fechadas dessa companhia aberta, abusa de seu poder;
- vii. os administradores de companhia aberta, por infrações cometidas por meio de subsidiárias fechadas, mas com repercussão na própria companhia aberta; e
- viii. administradores de companhia fechada ou quaisquer terceiros que tenham contribuído para a prática da infração praticada por controlador ou administrador de companhia aberta, nos termos do art. 29 do Código Penal.

#### 2. Deveres Fiduciários

2.1 Jorge Luis Rodriguez é acusado de violar diversos deveres fiduciários inerentes à sua condição de diretor presidente da Embratel, infringindo os art. 153, 154 e 155, II, da Lei 6.404, de 1976. Essas acusações partem da premissa de que os serviços de aluguel de aeronaves contratados junto à

Euroinvest não foram prestados ou, se o foram, não beneficiaram a Companhia.

2.2 Para chegar à conclusão de que os serviços não foram prestados, a comissão de inquérito se baseou em uma série de indícios suspeitos:

- ix. durante o período compreendido entre 14 de fevereiro de 2001 e 8 de outubro de 2002, a Embratel fez pagamentos da ordem de R\$30.416 mil à Euroinvest, o que corresponde a uma média mensal de R\$1.448 mil;
- x. segundo o COAF, a Euroinvest se dedicava à comercialização de materiais eletrônicos e não à intermediação de negócios com aeronaves;
- xi. dados fornecidos pela Infraero são inconsistentes com os vôos referidos em algumas das faturas emitidas pela Euroinvest;
- xii. além das faturas, Embratel e Euroinvest não apresentaram qualquer outra comprovação de que os serviços foram prestados, ao contrário do que ocorria quando a contratada era a Líder;
- xiii. os pagamentos foram efetuados por meio de cartão de crédito e tinham valores similares;
- xiv. tributos devidos deixaram de ser recolhidos na operação; e
- xv. os pagamentos foram interrompidos quando as investigações foram iniciadas.

2.3 Contudo, esses indícios não são suficientes para demonstrar que os serviços não foram prestados, diante das seguintes contra-provas existentes nos autos:

- xvi. os registros da Infraero sugerem que ampla maioria dos 219 vôos faturados foi realizada, embora 14 deles apresentassem divergências quanto a origem ou destino; apenas 27 não foram localizados nos registros da Infraero;
- xvii. a Infraero identificou, inclusive, 8 vôos realizados que não constavam das faturas da Euroinvest;
- xviii. a própria Infraero e os demais órgãos da aviação civil brasileira consultados pela CVM deixaram claro que era impossível realizar uma pesquisa completa;
- xix. os seguintes diretores e empregados da Embratel confirmam que os serviços foram prestados:
  - a. Eldon Crawford, presidente do conselho de administração;
  - b. Jorge Alberto Zapata, vice-presidente de vendas para consumidores e pequenas empresas;
  - c. John Passauer, controller;
  - d. Frederico Gallart, vice-presidente de vendas para grandes empresas;
  - e. Angel Garcia-Lascurain, diretor de marketing estratégico;
  - f. Purificación Carpynteyro, diretora de assuntos regulatórios e governamentais; e
  - g. Lídio Lins Neto, chefe de auditoria interna.

2.4 Diante dessas contraprovas, parece-me impossível sustentar que os serviços não foram realmente prestados. Noto que a própria acusação tinha dúvidas em relação a isso, pois sustentou, subsidiariamente, que os serviços contratados não atendiam ao interesse da Companhia.

2.5 Para chegar à essa segunda acusação, a comissão de inquérito aponta que:

- xx) a contratação foi feita pelo presidente da Companhia e não pelo departamento de administração, sem observar os procedimentos usuais da Companhia, previstos em suas normas internas;
- xxi) o preço dos serviços foi majorado de US\$3.700 para US\$7.550 por hora de vôo em 20 de julho de 2001, um aumento de 104%;
- xxii) a Líder prestava os mesmos serviços à Companhia por valor inferior aos cobrados pela Euroinvest; e

xxiii) muito embora os negócios da Companhia fossem centrados no Brasil, a maioria dos vôos realizados tinha os Estados Unidos como origem ou destino, local onde Jorge Luis Rodriguez tinha residência.

2.6 A primeira afirmação acima – de que a contratação desrespeitou as normas internas de contratação da companhia – me parece infundada. É que inúmeras provas que constam dos autos demonstram a participação do departamento de administração tanto na contratação da Euroinvest como no pagamento das faturas:

xxiv) o diretor de administração da Companhia afirmou, em seu primeiro depoimento à CVM, que a área de administração definiu os critérios técnicos para a contratação da Euroinvest;

xxv) o diretor de administração da Companhia confirmou, ainda, que discutiu a celebração do contrato com o representante da Euroinvest em pelo menos uma ocasião;

xxvi) a Euroinvest afirma que o contrato de locação das aeronaves foi negociado pelo diretor de administração e pessoas a ele subordinadas;

xxvii) intérprete contratado pela Companhia confirma ter participado de reunião entre o diretor de administração e representantes da Euroinvest para discutir o preço, termos e condições do contrato de locação das aeronaves;

xxviii) o diretor de administração confirma que autorizava o pagamento das faturas de cartão de crédito que incluíam o valor do aluguel das aeronaves;

xxix) diversas faturas referentes a aluguel de aeronaves da Euroinvest que constam dos autos estão assinadas pelo diretor de administração.

2.7 A segunda afirmação, de que o preço dos serviços foi majorado em 104% repentinamente, foi explicada tanto pelo diretor de administração quanto pelo presidente da companhia de maneira consistente. Segundo eles, o preço foi majorado quando a Embratel desistiu da opção de comprar a aeronave, passando a alugá-la segundo preços de mercado.

2.8 Quanto à prestação de serviços por preço mais baixo pela Líder, o acusado afirma – e sua afirmação é corroborada por outros diretores e funcionários da Companhia – que essa empresa foi substituída pela Euroinvest devido a um problema de perda repentina de altitude em um vôo.

2.9 Além disso, o acusado informa que foi realizada uma comparação de preços e serviços entre as empresas, incluindo a Líder, conforme documentos juntados aos autos. Ressalta, porém, que a Embratel é uma companhia privada e, como tal, não tem a obrigação de contratar sempre pelo menor preço; ela pode e deve levar outros fatores em consideração, como comodidade, qualidade e segurança.

2.10 O quarto ponto levantado pela comissão de inquérito, qual seja, o fato de que um grande número de vôos contratados era para os Estados Unidos, sobretudo para Miami, cidade onde o presidente residia, é realmente muito suspeito. O problema é que a comissão de inquérito não foi além das suspeitas; ela não produziu nenhuma prova de que os vôos tenham sido realizados para fins estritamente particulares.

2.11 Por outro lado, o acusado apresentou provas que indicam que os serviços foram utilizados, por diversas vezes, para propósitos empresariais. Ele juntou aos autos, por exemplo, declarações de diretores e empregados da companhia que atestam a utilização dos serviços da Euroinvest para viagens de trabalho.

2.12 Tudo isso torna bastante duvidosa a conclusão a que chegou a comissão de inquérito. É possível que, em alguns casos, os serviços tenham sido utilizados apenas para benefício próprio dos administradores, sem qualquer vantagem para a Companhia. Mas isso não está comprovado nos autos.

2.13 Assim, por mais que algumas circunstâncias envolvendo a contratação e a prestação de serviços pela Euroinvest permaneçam sem explicação convincente, existem dúvidas razoáveis sobre a hipótese desenvolvida pela acusação. Nessa situação, sinto-me obrigado a absolver o acusado da imputação de infração aos artigos 153, 154 e 155, II, da Lei 6.404, de 1976.

### 3 Diretor de Fato

3.1 Jorge Luis Rodriguez é acusado ainda de indicar e manter no cargo de diretor administrativo uma pessoa que não foi eleita pelo conselho de administração. Essa pessoa era Joffre Gabriel Filho, que para a acusação, mesmo não sendo diretor estatutário, contava com todas as prerrogativas inerentes ao cargo.



3.2 A meu ver, essa acusação deve ser rejeitada porque utiliza critérios equivocados para distinguir um diretor estatutário dos demais funcionários de uma sociedade anônima. Em nenhum momento a Lei 6.404, de 1976, legitima que essa distinção seja feita em função do nível de uma determinada pessoa na hierarquia interna ou dos benefícios a que ela faz jus.

3.3 Nos termos do art. 142, II, da Lei 6.404, de 1976, a eleição de diretores compete exclusivamente ao conselho de administração. Essa eleição é o ato constitutivo do regime jurídico de diretor, disciplinado na mesma lei. Se uma pessoa não foi eleita na forma prevista na lei, a consequência disso é que ela não ocupa o cargo de diretor, por mais que suas atribuições e privilégios se assemelhem aos daqueles que exercem tal função.

3.4 Por isso, também proponho absolver Jorge Luis Rodriguez da imputação de infração ao art. 143 da Lei 6.404, de 1976.

Rio de Janeiro, 13 de julho de 2010

Marcos Barbosa Pinto

Diretor-Relator

Processo Administrativo Sancionador CVM Nº 2004/0014

**Declaração de voto do Diretor Eli Loria na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 14/04 realizada no dia 24 de agosto de 2010.**

Jorge Luis Rodriguez é acusado de violar diversos deveres inerentes à sua condição de diretor presidente da companhia aberta Embratel Participações S/A ("Embrapar"). No entanto, como bem anotado pelo Relator em seu voto, a eleição do acusado como presidente da Embrapar deu-se somente na Reunião do Conselho de Administração realizada em 19/12/02 (fls.1007), enquanto os fatos narrados ocorreram entre fevereiro de 2001 e novembro de 2002.

Assim, verifica-se que, à época dos fatos, o acusado era presidente da Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A ("Embratel"), controlada da Embrapar e companhia fechada, e membro do Conselho de Administração da Embrapar.

Dessa forma, acompanho o Voto do Diretor-Relator no sentido de absolver o acusado uma vez que falta competência legal da CVM para puni-lo na condição de dirigente de companhia fechada.

Lembro que, via de regra, a CVM não fiscaliza companhias fechadas, entretanto, a CVM pode averiguar os procedimentos em uma companhia fechada quando objetive apurar irregularidades praticadas por acionista controlador ou administrador de companhia aberta ou, ainda, como participante do mercado.

Anoto que a imputação deveu-se ao fato de seu nome constar como diretor presidente da Embrapar no item "Composição Atual do Conselho de Administração e Diretoria" (fls. 192), das Informações Anuais da companhia, que apontavam ter sido o mesmo eleito "Conselheiro e Diretor Presidente" da companhia aberta na AGO de 25/04/01, com mandato previsto para findar na AGO de 2004.

A acusação apoiou-se, ainda, no depoimento do acusado (fls. 1077), de 09/04/07, no qual o próprio afirma ter assumido o cargo de Diretor Presidente da Embratel Participações S/A "a partir do primeiro semestre de 2002".

Ademais, considerando que o voto do Relator adentrou ao mérito, também o faço, ainda que em sentido diametralmente oposto.

Uma das acusações formuladas refere-se à suposta nomeação e manutenção de pessoa não eleita ou nomeada pelo Conselho da Administração no exercício de Diretoria da companhia, em infração ao art. 143, "caput"<sup>1</sup>.

Aqui discordo do diretor-relator para quem não seria possível a usurpação da função do Conselho de Administração pelo acusado. Em verdade, existem casos em que há de ser reconhecido o administrador de fato, utilizando-se para tanto da teoria da aparência, em especial na proteção de terceiros de boa fé que contratam com a companhia.

Em outra seara, o reconhecimento do administrador de fato pode levar o mesmo a responder tributariamente nos

termos do art. 135, III, do CTN, bem como a responder penalmente no âmbito da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, ao teor de seu art. 179<sup>2</sup>.

A Mensagem nº 204/76 do Poder Executivo, acompanhando a Exposição de Motivos nº 196/76 do Ministério da Fazenda ao projeto de lei que se converteria na Lei nº 6.404/76, por seu turno, trata o acionista controlador como administrador de fato: "b) a essa liberdade devem corresponder regras estritas de responsabilidade dos administradores, de direito e de fato (o acionista controlador)". Aliás, o "administrador de fato" também pode responder penalmente por seus atos na condução da companhia.

A lei societária, por seu turno, em seu art. 144<sup>3</sup>, autoriza a constituição de mandatários, desde que os atos ou operações que poderão ser praticados sejam especificados no instrumento, bem como a duração do mandato, que poderá ser por prazo indeterminado somente no mandato judicial. Ressalte-se que a delegação de poderes gerais é vedada pela lei societária, nos termos de seu art.139<sup>4</sup>.

No caso, foi apresentada uma procuração (fls.887), por instrumento particular, datada de 08/04/02, outorgada a Joffre Gabriel Filho por Jorge Luis Rodriguez e pelo Diretor de Serviços, ambos nomeados pelo Conselho de Administração, com validade até 08/04/03, para "assinar contratos, estabelecer, firmar e discutir cláusulas contratuais, concordar e discordar, receber e dar quitação e em seu nome praticar todos os demais atos necessários ao fiel cumprimento deste mandato".

Verifica-se que o acusado, em 08/12/99, com fundamento no "Regimento da Sociedade" (fls.1091/1098), aprovado como Regimento Interno na Reunião do Conselho de Administração de 28/10/99 (fls.1099), criou o cargo de Diretor Superintendente de Administração, designando Joffre Gabriel Filho para ocupá-lo, que passou a assinar as Comunicações Internas como Diretor de Administração.

Em 11/07/00, por meio de Comunicação Interna o Diretor Joffre Gabriel Filho participa que o Presidente da Embratel aprovou nova estrutura organizacional (fls.1062), constando seu nome do organograma anexado como Diretor de Administração, não sendo apresentado qualquer documento que suportasse a nomeação. Esse cargo foi alterado para Vice-Presidente de Administração em novembro de 2003.

Acrescente-se que do documento Prática Gerencial - Alçadas e Competências – Embratel (fls. 414/438), verifica-se que para as alçadas mais elevadas, acima de R\$10 milhões, eram exigidas, juntamente com a assinatura do Presidente, a assinatura do Diretor de Administração ou do Vice-Presidente Econômico-Financeiro.

Conforme estatuto social (fls.333/349), o Conselho de Administração tinha poderes para a definição das Diretorias por meio do Regimento da Sociedade, de dois a trinta membros, e o cargo de Diretor de Administração deveria ser ocupado por um membro eleito (fls. 343) uma vez que a Diretoria Executiva era formada por um Presidente e oito membros (fls.1091).

Por fim, note-se que o "Termo de Compromisso" e seus aditivos (fls. 893/908), assinados entre a Embratel e Joffre Gabriel Filho, assegura diversos benefícios indiretos e remuneração variável bem como, durante 15 anos, a partir do seu desligamento, cobertura de todas as despesas decorrentes de possíveis demandas judiciais propostas em face de sua atuação na companhia, e utiliza a expressão "exercendo as funções de diretor".

Dessa forma, concluo que Joffre Gabriel Filho atuou no exercício da Diretoria de Administração como diretor de fato, uma vez que não eleito pelo Conselho de Administração, fato que constitui uma irregularidade, em face do disposto no art. 143, combinado com os artigos 139 e 144, parágrafo único, todos da Lei nº 6.404/76.

O outro conjunto de acusações se refere aos serviços de aluguel de aeronaves contratados pela companhia junto a Euroinvest que, supostamente, não foram prestados ou não beneficiaram a Companhia.

Os dispositivos violados, segundo a acusação, são os artigos 153<sup>5</sup> (dever de diligência), 154<sup>6</sup>(finalidade das atribuições e desvio de poder) e 155 (dever de lealdade), inciso II<sup>7</sup>, todos da Lei nº 6.404/76 e considerados infração grave, nos termos da Instrução CVM nº 131/90, e, portanto, ensejariam a aplicação das penalidades previstas nos incisos III e VIII do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, consoante seu §3º<sup>8</sup>. No meu entender, tais acusações se apresentam em concurso formal, analogicamente ao art. 70 do Código Penal.

De pronto, causa estranheza o fato de que a Euroinvest, empresa com sede no estado do Kansas, EUA, pertencer ao ramo de comercialização de material eletrônico, segundo informação do COAF (fls.14) ou ser business broker, conforme informou o acusado em seu depoimento (fls. 1082) e não estar ligada a serviços aeronáuticos.

Ademais, note-se, conforme a acusação, que no caso das aeronaves da Líder Táxi Aéreo é atestada a prestação dos

serviços prestados encontrando-se inúmeros documentos anexados às faturas, sendo mantidos arquivos com toda a documentação (fls.1103/1879), enquanto com relação à Euroinvest nenhum documento, nem mesmo os relativos a proposta para prestação dos serviços, ainda que solicitados (fls. 458/459), foi apresentado.

Outro indício da ocorrência de irregularidade é a mudança na forma de pagamento dos serviços que passou de remessa de numerário por via bancária para débito em cartão de crédito internacional.

Ademais, de 219 registros de pousos e decolagens relacionados pela Euroinvest, foi verificado, junto à Infraero do Rio de Janeiro e de Manaus, que 27 registros não foram confirmados, número bastante expressivo e que representa 12% do total, e, ainda, 14 divergências de registros de origem ou destinos em relação ao constante da fatura da Euroinvest, representando 6% do total, além de 8 vôos registrados pela Infraero e que não constam da fatura da Euroinvest.

Acrescente-se que o acusado afirmou, às fls.1083, ter sido ele quem apresentou a Euroinvest à Embratel, por intermédio de Ronald Sexton, seu conhecido há 10 ou 15 anos, com quem trabalhou em outras empresas para as quais este ofereceu serviços similares aos contratados pela Embratel.

Este fato foi corroborado por depoimento do diretor de administração que afirmou, às fls. 883, que o acusado veio do exterior na própria aeronave acompanhado por Ronald Sexton, representante da Euroinvest.

Por outro lado, as escusas da defesa carecem de verossimilhança, não logrando apresentar contra-indícios suficientes a afastar a acusação.

Entretanto, como já comentei, considerando que o acusado à época dos fatos não ocupava o cargo de administrador da Embrapar, companhia aberta, e sim da Embratel, companhia fechada, acompanho o Voto do Diretor-Relator pela absolvição do acusado de todas as imputações formuladas.

Voto, ainda, por informar o resultado do presente julgamento à Secretaria da Receita Federal, Banco Central do Brasil, COAF e Procuradoria da República no Rio de Janeiro, em complemento às comunicações anteriores.

É o meu Voto.

Rio de Janeiro, 24 de agosto de 2010.

Eli Loria

Diretor

-----  
"Art. 143. A Diretoria será composta por 2 (dois) ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração, ou, se inexistente, pela assembléia-geral, devendo o estatuto estabelecer:"

2 "Art. 179. Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, **de fato** ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade." (grifei).

3 "Art. 144. No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do conselho de administração (artigo 142, n. II e parágrafo único), competirão a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular.

Parágrafo único. Nos limites de suas atribuições e poderes, é lícito aos diretores constituir mandatários da companhia, devendo ser especificados no instrumento os atos ou operações que poderão praticar e a duração do mandato, que, no caso de mandato judicial, poderá ser por prazo indeterminado."

4 "Art. 139. As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto."

5 "Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios."

6 "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."

7 "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;"

§ 3º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, as penalidades previstas nos incisos III a VIII do caput deste artigo somente serão aplicadas nos casos de infração grave, assim definidas em normas da Comissão de Valores Mobiliários." (Redação dada pela Lei nº 9.457/97).

## **Declaração de voto do Diretor Otavio Yazbek na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 14/04 realizada no dia 24 de agosto de 2010.**

Também acompanho o diretor-relator pela absolvição com base na falta competência da CVM para punir o réu na condição de dirigente de companhia fechada.

Gostaria de deixar registrada, porém, a minha divergência quanto aos argumentos do diretor-relator referentes à

impossibilidade de usurpação da competência do Conselho de Administração para a eleição de Diretor. O argumento do relator baseia-se no fato de que a eleição pelo Conselho é ato constitutivo do regime jurídico do diretor e que, por isso, sendo feita a escolha por um terceiro, o eleito nunca poderia ser caracterizado como tal.

Ora, mas a eleição irregular - que, deixo claro, não se confunde com a mera nomeação de procuradores – pode produzir efeitos diversos, internamente e perante terceiros. E aquele que nomeou irregularmente alguém que atuava como se diretor fosse, a este havendo outorgado poderes que não podia outorgar, pode sim ter usurpado a competência do Conselho de Administração.

Daí porque, sem adentrar na análise do caso concreto, mesmo porque ela envolve questões organizacionais diversas e, ademais, parece-me que tais considerações devam cessar com a preliminar que foi reconhecida, gostaria apenas de deixar registrada a minha discordância quanto a este ponto.

É o meu voto.

Rio de Janeiro, 24 de agosto de 2010.

Otavio Yazbek

Diretor