

## RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO DO CONTROLADOR

## ABUSO DO PODER DE CONTROLE

## TRANSAÇÃO ENTRE PARTES RELACIONADAS

*BUSINESS JUDGEMENT RULE*

## CASO PETROBRAS I - PAS CVM Nº RJ2015/10677

<b>Acusados:</b> União Federal	<b>Membros do Colegiado presentes:</b> Henrique Moreira Pablo Renteria Leonardo Pereira
<b>Data do julgamento:</b> 07 de fevereiro de 2017	<b>Diretor Relator:</b> Henrique Moreira

## ASSUNTO:

Trata-se de Termo de Acusação elaborado pela Superintendência de Relações com Empresas (“SEP”) em face da União Federal (“União”), na qualidade de acionista controladora da Petróleo Brasileiro S.A. (“Petrobras”), por impor à companhia custos de subsidiar a geração de energia elétrica, por meio da omissão diante da reiterada inadimplência da Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (“Amazonas Energia”) e da posterior novação da dívida resultante dessa inadimplência, em dezembro de 2014, em termos desvantajosos para a Petrobras.

## FATOS:

Em 01.06.2006, a Petrobras celebrou os seguintes contratos de compra e venda de gás (“Contratos”): (i) Contrato Upstream (celebrado entre o fornecedor e a distribuidora de gás) com a Companhia de Gás do Amazonas (“Cigás”) – sociedade de economia mista concessionária exclusivamente responsável pela distribuição de gás no Estado do Amazonas; e (ii) Contrato Downstream (celebrado entre a distribuidora de gás e seus clientes) com a Amazonas Energia – subsidiária integral da Eletrobras –, por meio do qual a

Cigás revende à Amazonas Energia o gás fornecido pela Petrobras, para fins de geração termelétrica, figurando no contrato a Eletrobras como fiadora e devedora solidária das obrigações contraídas pela Amazonas Energia.

Os Contratos celebrados pela Petrobras trazem a regra de que, na hipótese de inadimplência da Amazonas Energia perante a Cigás, os créditos da Cigás contra a Amazonas Energia devem ser cedidos em favor da Petrobras. Dessa forma, devido ao inadimplemento da Amazonas Energia com a Cigás a partir de janeiro de 2011, a Petrobras passou a ser detentora dos referidos créditos, garantidos pela Eletrobras.

Com relação ao inadimplemento, foi constatado que a Amazonas Energia não possuiria recursos para cumprir com suas obrigações perante a Petrobras, por dois motivos principais: (i) os Fundos Setoriais não teriam realizado integralmente as devidas transferências que seriam direcionadas ao financiamento de geração de energia elétrica nos denominados Sistemas Isolados, localizados em sua maior parte na região Norte do país; e (ii) a Eletrobras não teria se predisposto a investir recursos na sua subsidiária integral que fossem suficientes para compensar a indisponibilidade orçamentária dos Fundos Setoriais.

Em 31.12.2014, a Petrobras e a Amazonas Energia celebraram “Instrumento Particular de Confissão de Dívida” (“Instrumento de Confissão de Dívida”), no qual a Amazonas Energia reconheceu dever à Petrobras a quantia de R\$ 3,26 bilhões, relativos ao fornecimento de gás entre fevereiro de 2013 e novembro de 2014. Nos termos do Instrumento de Confissão de Dívida, a Amazonas Energia comprometeu-se a liquidar a dívida junto à Petrobras em 120 prestações mensais e consecutivas (vencendo a primeira em 20.02.2015), com juros moratórios equivalentes à taxa Selic, sendo ainda estabelecido que a União prestaria “garantia fidejussória irrevogável e irretroatável”. Tal garantia, contudo, estava vinculada a contragarantia que deveria ser outorgada à União pela Eletrobras e pela Amazonas Energia até 15.02.2015, ou a Eletrobras passaria à condição de fiadora e devedora solidária da dívida.

No entanto, a referida garantia a ser prestada pela União não teria sido efetivada, pois a União não entregara à Petrobras as vias da garantia que deveriam ficar na posse da estatal, sob a alegação de que, na data da celebração do Instrumento de Confissão de Dívida, a Petrobras encontrar-se-ia inscrita no Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (CADIN). Isso porque, não obstante a celebração do Instrumento de Confis-

são de Dívida referente às dívidas da Amazonas Energia junto à Petrobras até 05.12.2014, a Amazonas Energia teria continuado a não efetuar os devidos pagamentos pelos fornecimentos realizados pela Petrobras após a celebração do instrumento.

Diante de tal situação, em 03.03.2015 foi realizada reunião com representantes do Tesouro Nacional, do Ministério de Minas e Energia, da Petrobras, da Eletrobras e da Amazonas Energia, na qual ficou acordado que, em substituição à garantia da União, seria celebrado “Contrato de Penhor em Garantia” por meio do qual seriam empenhados em favor da Petrobras os créditos detidos pela Amazonas Energia junto à Conta de Desenvolvimento Energético (“CDE”). O “Contrato de Penhor em Garantia” entre a Petrobras e a Amazonas Energia foi celebrado em 23.03.2015, compreendendo penhor em favor da Petrobras do valor de R\$ 851,4 milhões decorrentes dos referidos créditos da Amazonas Energia junto à CDE. Posteriormente, em maio de 2015, foi celebrado aditivo ao “Contrato de Penhor em Garantia”, aumentando para R\$ 2,1 bilhões o valor dos créditos detidos pela Amazonas Energia em face da CDE, e penhorados a favor da Petrobras. Após o segundo aditivo a Eletrobras permaneceu como fiadora e devedora solidária exclusivamente quanto ao montante restante da dívida da Amazonas Energia (R\$ 2,4 bilhões).

A SEP sustentou que o Instrumento de Confissão de Dívida firmado entre a Petrobras e a Amazonas Energia teria caracterizado, na realidade, uma novação das dívidas inadimplidas. Isso porque: (i) o Instrumento de Confissão de Dívida consistiria em novo contrato celebrado entre a Petrobras e a Amazonas Energia, indicando o ânimo de ambas as partes pela realização do negócio, sendo que a confissão de dívida depende apenas da declaração do devedor, sem a intervenção do credor (art. Art. 585, II, do Código de Processo Civil de 1973); e (ii) o negócio realizado entre a Petrobras e a Amazonas Energia teria alterado obrigações do contrato de compra e venda de gás original – por meio da estipulação de prazo de dez anos para a quitação da dívida, por exemplo –, o que não poderia ser feito por meio da confissão de dívida.

#### IMPUTAÇÃO:

A União, na qualidade de acionista controladora da Petrobras, foi acusada de ter cometido abuso do poder de controle por omissão, infringindo o art. 116, 1º, da Lei nº 6.404/76.

**QUESTÕES RELEVANTES:**

Qual o fundamento normativo para a responsabilização do acionista controlador por abuso de controle por omissão? Quais circunstâncias podem mitigar a sua caracterização?

De quem é a competência para conduzir a negociação que precede a contratação, em nome da companhia, com terceiros?

O controlador pode ser automaticamente responsabilizado diante da constatação de irregularidades em atos de gestão?

Qual a diferença entre as responsabilidades do acionista controlador e dos administradores da companhia no âmbito da realização de operações entre partes relacionadas?

A análise pela CVM das condutas do controlador e dos administradores em casos envolvendo partes relacionadas deve se dar em termos procedimentais ou substanciais? Há diferença na análise de cada um dos casos?

**ACUSAÇÃO:**

**Abuso do poder de controle por omissão pela União.** A SEP acusou a União, na qualidade de acionista controladora da Petrobras, de violação ao art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76 devido à sua omissão diante da reiterada inadimplência da Amazonas Energia e da posterior novação da dívida resultante dessa inadimplência em termos desfavoráveis à Petrobras, impondo à companhia custos a fim de subsidiar a geração de energia elétrica na região norte do país. Nesse sentido, a SEP argumenta que a Petrobras não só possuía o direito de cobrar em juízo os créditos detidos contra a Amazonas Energia, como também contava com considerável poder de barganha para buscar o pagamento sem intervenção do judiciário, o que tornaria injustificável a manutenção durante longo período de tempo do fornecimento de gás sem qualquer contrapartida. Ademais, a novação da dívida teria sido desvantajosa para a Petrobras pelo fato de a nova dívida possuir valor presente líquido inferior aos R\$ 3,26 bilhões da dívida substituída – que seria líquida e exigível em 2014 –, além de não ser amparada por garantia real quando da repactuação.

A acusação sustentou ainda que o uso da Petrobras em desacordo com a lei teria se dado em benefício de sua acionista controladora, a União. Isso porque a participação da União no capital social seria de 46%, no caso da Petrobras, e de 67,2%, no caso da Eletrobras – da qual a Amazonas Energia

é subsidiária integral –, de modo que, com a novação da dívida em termos desfavoráveis para a Petrobras, a União teria perdido menos como acionista da Petrobras do que ganhou como acionista da Eletrobras. Além disso, a União teria se beneficiado do fato de não precisar transferir imediatamente recursos para os Fundos Setoriais com o fim de que pudessem quitar sua dívida com a Amazonas Energia, uma vez que a novação da dívida em termos desfavoráveis à Petrobras teria subsidiado a atividade da Amazonas Energia.

**Uso da sociedade de economia mista para satisfação de interesse público diferente daquele que justifica a sua existência.** No Termo de Acusação original, a SEP imputava à Petrobras violação ao art. 238 da Lei nº 6.404/76, segundo o qual a sociedade de economia mista não pode ser instrumento de satisfação de interesse público diferente daquele que justifica a sua existência. De acordo com a acusação, a União teria infringido o dispositivo ao utilizar a Petrobras para, por meio da repactuação da dívida em condições favoráveis à Amazonas Energia, manter hígida a distribuição de energia elétrica na região norte do país, o que não se coadunaria com o objetivo de criação da companhia – o qual, segundo a Lei nº 2.004/1954, seria o de promover o abastecimento nacional de petróleo e seus derivados e o aproveitamento de outros carbonetos.

No entanto, a Procuradoria Federal Especializada da CVM (“PFE”) emitiu parecer divergindo de tal entendimento da SEP, destacando que a Lei nº 2.004/1954, que criou a Petrobras, fora revogada pela Lei nº 9.478/1997. Segundo a PFE, o novo diploma teria redefinido o objeto social da Petrobras, para nele incluir atividades correlatas ao abastecimento nacional de petróleo e de seus derivados, de modo que no presente caso não teria havido desvio da Petrobras em relação aos fins que justificam sua existência.

Desse modo, a SEP retirou do Termo de Acusação a imputação à União de violação ao art. 238 da Lei nº 6.404/76, mas manteve registrada a controvérsia em questão para que o Colegiado pudesse considerá-la em sua decisão.

**DEFESA:**

**Ausência de prejuízo à Petrobras na repactuação da dívida.** A União, por meio da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”), apresentou defesa sustentando, inicialmente, que a acusação não teria conseguido provar que a repactuação da dívida da Amazonas Energia teria se dado em termos desvantajosos para a Petrobras. Nesse sentido, segundo a defesa, a SEP teria ignorado o contexto fático, jurídico e econômico em meio ao qual se desenvolveu

a renegociação da dívida. Isso porque, em primeiro lugar, haveria dúvida acerca da liquidez e certeza da dívida originária, uma vez que o fornecimento de gás à Amazonas Energia fora feito, até 2013, sem um contrato formal. Além disso, haveria incerteza também quanto às chances de êxito da Petrobras em uma eventual cobrança judicial, já que com a judicialização da questão a Amazonas Energia poderia discutir amplamente o mérito da dívida, sendo que dificilmente o Poder Judiciário autorizaria o corte do fornecimento de gás. Por fim, a repactuação da dívida teria permitido que a Petrobras começasse a receber seus créditos imediatamente, passando a contar com garantia real prestada pela Amazonas Energia. Dessa forma, a defesa concluiu que, diversamente do sustentado pela acusação, a repactuação da dívida teria sido vantajosa para a Petrobras.

**Não caracterização de participação direta da União na repactuação da dívida.** Com relação à repactuação da dívida, a defesa sustentou que, diferentemente daquilo alegado pela acusação, a União não teria participado efetivamente das tratativas ocorridas entre a Amazonas Energia e a Petrobras. Segundo a defesa, toda a operação de negociação da dívida teria sido conduzida exclusivamente pela administração da Petrobras, sendo que a União não teria interferido quanto à conveniência e oportunidade do negócio. Nesse sentido, o envolvimento da União teria se limitado ao oferecimento de garantia ao negócio, o que não faria dela participante da operação de confissão de dívida realizada pelas administrações da Petrobras e da Amazonas Energia.

**Improcedência da acusação de omissão por parte da União em vista de a repactuação da dívida tratar-se de matéria de gestão.** A União alegou ainda que seria improcedente a acusação de omissão diante do inadimplemento da Amazonas Energia perante a Petrobras, uma vez que não caberia à controladora tomar medidas para o recebimento do crédito. Nesse sentido, segundo a defesa, a conveniência e oportunidade, bem como a análise dos riscos, referentes às medidas tomadas para cobrar os valores devidos pela Amazonas Energia consistiriam em matéria eminentemente de gestão e, portanto, seriam de inteira responsabilidade dos administradores da Petrobras. Dessa forma, nos termos dos arts. 138 e 139 da Lei nº 6.404/76, a decisão de demandar ou não a devedora caberia à Diretoria e ao Conselho de Administração da Petrobras, não sendo possível imputar à União responsabilidade por não ter intervindo na questão.

**Ausência de fundamento normativo na acusação de abuso de poder de controle por parte da União.** Por fim, a acusada alegou que a SEP não teria apontado, no Termo de Acusação, em qual modalidade de poder abusivo presente no art. 117 da Lei nº 6.404/76 a União teria incorrido. Desse modo, segundo a União, a acusação teria prejudicado ou mesmo impossibilitado a defesa e, portanto, violado os direitos fundamentais de ampla defesa e do contraditório, o que ensejaria a nulidade da acusação.

#### ENTENDIMENTO DA CVM:

#### VOTO DO DIRETOR RELATOR HENRIQUE MOREIRA

**Possibilidade de responsabilização do acionista controlador por conduta omissiva com base no parágrafo único do art. 116 da Lei nº 6.404/76**

Em sua decisão, o Diretor Relator, em sede preliminar, afastou o argumento da defesa de que não estariam presentes os requisitos necessários para a configuração do ilícito de abuso do poder de controle, na medida em que a acusação não teria apontado qual modalidade de abuso existente no art. 117 da Lei nº 6.404/76 a União teria cometido. Segundo o Diretor Relator, o Colegiado da CVM já teria firmado o entendimento de que é possível responsabilizar o acionista controlador por condutas omissivas em função dos deveres estabelecidos no art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76. Nesse sentido, depreender-se-ia da leitura do dispositivo que, caso o acionista controlador não utilize seu poder para realizar o objeto social da companhia, fazer cumprir a sua função social ou atender direitos e interesses dos demais acionistas, ele violará um dever de agir imposto por lei. Dessa forma, seria plenamente possível a acusação imputar à União a infração de abuso por omissão com base no parágrafo único do art. 116.

**Atribuição de diferentes deveres e responsabilidades ao controlador e aos administradores em operações entre partes relacionadas pela Lei nº 6.404/76**

O Diretor Relator destacou que a Lei nº 6.404/76 atribuiu diferentes responsabilidades ao acionista controlador e aos administradores da companhia no âmbito das operações entre partes relacionadas, matéria que seria objeto do presente processo. Nesse sentido, o art. 245 impôs aos administradores o dever de zelar, com especial diligência, para que os negócios entre partes relacionadas sejam equitativos. E sendo esse um dever eminentemente procedimental, a aferição de seu cumprimento deve se dar por meio da análise da conduta dos administradores no curso da negociação que antecedeu a contratação, em vista

das circunstâncias do caso concreto. Já em relação ao acionista controlador, o art. 117, parágrafo 1º, alínea “f”, vedou o uso do poder sobre a administração para contratar com a companhia em condições não equitativas. E aqui, diferentemente, a análise de conduta há de ser substancial, configurando-se o abuso apenas mediante a demonstração de que a transação se deu em termos que favoreceram o controlador em detrimento da sociedade.

#### **Administradores como os responsáveis pela condução de negociações em nome da companhia com terceiros**

Com relação à acusação de abuso de controle por omissão pela União, o Diretor Relator sustentou que compete à administração da companhia a condução do processo de negociação que precede a contratação, em nome da companhia, com terceiros (arts. 138 e 139 da Lei nº 6.404/76). Dessa forma, caso sejam identificadas falhas no processo de negociação, não se poderia atribuir automaticamente responsabilidade ao controlador, sendo necessário, para caracterizar o abuso, a identificação do grau de influência do acionista controlador na administração da companhia ou no desfecho de determinado negócio, ou ainda sua omissão de forma a violar os seus deveres perante a companhia. No entanto, de acordo com o Diretor Relator, teria ficado claro que toda a negociação fora conduzida pela administração da Petrobras, sendo que o envolvimento da União ter-se-ia limitado ao oferecimento da garantia à operação – o que, inclusive, seria do interesse da Petrobras.

#### **Mitigação da acusação de abuso do controle por omissão pela União em vista da atuação proativa da administração da Petrobras**

Com relação à acusação de que a União teria cometido abuso do poder de controle por omissão, o Diretor Relator argumentou haver dificuldade em se delimitar com precisão o momento a partir do qual a omissão do acionista controlador é repreensível, uma vez que cabe aos administradores a condução do dia-a-dia da companhia. No entanto, o Diretor Relator entende que, no presente caso, a acusação de omissão seria mitigada pelo fato de a administração da Petrobras ter demonstrado atuação proativa no sentido de resolver a pendência financeira da sociedade sob controle comum, sendo que em março de 2014 já existiria proposta de renegociação da dívida da Eletrobras junto à Petrobras. Dessa forma, uma vez que os administradores da Petrobras não ficaram inertes em face da dívida com a Amazonas Energia, não se poderia dizer que União foi omissa enquanto acionista controladora.

#### **Ausência de desvantagem para a Petrobras na repactuação da dívida**

Por fim, o Diretor Relator entendeu que o argumento da acusação de que a repactuação da dívida da Amazonas Energia teria sido desvantajosa para a Petrobras seria improcedente. Isso porque, no momento da repactuação, a administração da Petrobras não estaria avaliando novas opções de investimentos – que poderiam ter sido feitos caso a dívida da Amazonas Energia tivesse sido cobrada –, mas sim buscando reaver recursos da companhia por meio da negociação de uma dívida, o que requer a consideração de outros aspectos além da análise do maior retorno possível para o capital – tais como a capacidade de pagamento do inadimplente. Ademais, alertou o Diretor Relator que a CVM não poderia colocar-se no lugar do administrador e determinar qual deveria ter sido o desfecho ideal para determinado negócio, já que não competiria à Autarquia adentrar no mérito da decisão, aplicando-se às circunstâncias a regra da decisão negocial (*business judgement rule*).

#### **PENA:**

Por unanimidade, o Colegiado decidiu pela absolvição da União da acusação de violação ao art. 116 da Lei nº 6.404/76 pelo abuso de poder por omissão.

#### **TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL:**

- O fundamento normativo para o abuso do poder de controle por omissão é o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 6.404/76, sendo que o controlador comete abuso caso se omita relativamente aos deveres a ele impostos pelo dispositivo;
- Em operações entre partes relacionadas, a análise da conduta dos administradores da companhia deve se dar em termos procedimentais, ou seja, com base na condução das negociações pelos administradores em face das circunstâncias do caso concreto. Já a análise da conduta do acionista controlador deve se dar em termos substanciais, configurando-se o abuso do poder de controle apenas mediante a demonstração de que a transação se deu em termos que favoreceram o controlador em detrimento da sociedade;
- A caracterização do abuso do poder de controle por omissão pode ser mitigada diante da constatação de uma atuação proativa por parte da administração da companhia controlada;

- A identificação de falhas no processo de negociação não pode resultar em responsabilização automática do controlador, sendo necessário, para caracterizar o abuso, a identificação do grau de influência do acionista controlador na administração da companhia ou no desfecho de determinado negócio, ou ainda sua omissão de forma a violar os seus deveres perante a companhia;
- Compete à CVM avaliar o processo que levou até a decisão tomada pela administração de uma companhia, mas não cabe à autarquia colocar-se no lugar do administrador e adentrar o mérito da decisão, aplicando-se às circunstâncias a regra da decisão negocial (*business judgement rule*).

#### OBSERVAÇÕES:

##### Declaração de impedimento

O Diretor Gustavo Tavares Borba declarou-se impedido de participar da Sessão de Julgamento.

##### Termo de compromisso

A União apresentou proposta de celebração de Termo de Compromisso, posteriormente retirada diante da manifestação adversa da PFE relativamente ao cumprimento dos requisitos legais necessários à celebração do ajuste.

#### ANTECEDENTES JURISPRUDENCIAIS REFERIDOS:

- A Lei nº 6.404/76 atribuiu à pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista os mesmos deveres e responsabilidades conferidos ao controlador privado (arts. 116 e 117), ressalvada a possibilidade de se orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação: PAS CVM nº RJ2013/6635, julgado em 26.05.2015;
- A Lei nº 6.404/76 atribuiu diferentes responsabilidades ao acionista controlador e aos administradores da companhia no âmbito das operações entre partes relacionadas: PAS CVM nº RJ2012/11199, julgado em 22.03.2016;
- A inércia do acionista controlador em relação aos deveres impostos pelo art. 116 configura abuso de controle por omissão: PAS CVM nº RJ2012/1131, julgado em 26.05.2015;

- As operações entre controlador e controlada colocam um ônus maior sobre os administradores envolvidos, exigindo-se cuidado e diligência redobrados: PAS CVM nº 25/2003, julgado em 25.03.2008;
- Não compete à CVM adentrar no mérito da decisão, aplicando-se às circunstâncias a regra da decisão negocial (*business judgement rule*): PAS CVM nº RJ2005/0097, julgado em 15.03.2007; PAS CVM nº 25/2003, julgado em 25.03.2008; PAS CVM nº 8/2005, julgado em 12.12.2007; PAS CVM nº 21/2004, julgado em 15.05.2007; e PAS CVM Nº 9/2003, julgado em 25.01.2006.