

DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE LEALDADE

OMISSÃO DO ACIONISTA CONTROLADOR

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

CASO EMAE – PAS CVM Nº RJ2012/1131

Acusado: Estado de São Paulo	Diretores presentes: Luciana Dias Roberto Tadeu Antunes Fernandes Pablo Renteria Leonardo P. Gomes Pereira
Data do julgamento: 26 de maio de 2015	Diretor relator: Luciana Dias

ASSUNTO:

Discussão sobre se a conduta de inércia do controlador é capaz de ensejar a violação do art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404/1976, principalmente em se tratando de sociedade de economia mista.

FATOS:

O processo originou-se de duas reclamações apresentadas por acionistas minoritários da Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. (“**EMAE**”) envolvendo o tratamento conferido a operações realizadas entre a EMAE e a Companhia de Saneamento do Estado de São Paulo (“**Sabesp**”). A EMAE e a Sabesp são companhias abertas e apresentam como acionista controlador o Estado de São Paulo. A Sabesp retira, dos reservatórios Billings e Guarapiranga (“**Reservatórios**”), de propriedade da EMAE, gratuitamente e supostamente em detrimento da capacidade de geração hidrelétrica da EMAE, 25% da água que utiliza para abastecimento público da Região Metropolitana de São Paulo.

IMPUTAÇÃO:

Violação ao art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404/1976. Descumprimento do dever de lealdade, pelo fato de o acionista controlador ter deixado de agir em atendimento ao interesse dos demais acionistas, quando permaneceu omissos e

inerte em face da relação desvantajosa havida entre a EMAE e Sabesp no que tange à captação de águas.

QUESTÕES RELEVANTES:

Em que medida o acionista controlador pode ser considerado responsável pela solução de problemas enfrentados pelas companhias controladas?

É possível caracterizar uma violação aos deveres previstos no art. 116 da Lei das S.A., em razão de uma omissão do acionista controlador?

Quando o “não fazer” é reprovável, e quando ele é simplesmente uma conduta de respeito às instâncias internas de decisão da companhia?

As questões acima aplicam-se da mesma forma a sociedades de economia mista que prestam serviços públicos?

Haveria uma isenção para que o ente público controlador ou as companhias por ele controladas, sob faculdade de orientar a companhia de acordo com o interesse público que justificou sua criação, deixe de cumprir qualquer parte da regulamentação da sociedade por ações?

ACUSAÇÃO:

EMAE e Sabesp são partes relacionadas

Por estarem sob o controle comum do Estado de São Paulo, EMAE e Sabesp seriam partes relacionadas. Isso teria sido reconhecido, inclusive, pela própria Sabesp, ao divulgar em seu formulário de referência, na parte específica de “transações com partes relacionadas”, a retirada de águas dos reservatórios de propriedade da EMAE.

A retirada de água, pela Sabesp, dos reservatórios de propriedade da EMAE configura transações não comutativas

As retiradas de água dos Reservatórios pela Sabesp configurariam transações não comutativas, porque não havia ato normativo que autorizasse a ausência de remuneração nesse caso, existindo, inclusive, atos que previssem a necessidade de compensação à EMAE.

A omissão do Estado de São Paulo configura infração do dever de lealdade do acionista controlador

A omissão do Estado de São Paulo, diante da gratuidade na retirada de água dos Reservatórios, configuraria infração ao art. 116, parágrafo único, da Lei das S.A. A avaliação do cumprimento do dever de lealdade do acionista

controlador deve se pautar no que o referido acionista efetivamente fez ou deixou de fazer frente a um potencial prejuízo dos acionistas minoritários. No caso, diante da situação confortável em que se encontrava por favorecer a Sabesp, empresa na qual detinha maior participação, a inércia do Estado de São Paulo, como acionista controlador das duas empresas, deve ser entendida como infração ao dever de lealdade para com os acionistas minoritários da EMAE. A gratuidade no fornecimento das águas seria um interesse puramente financeiro do Estado de São Paulo, configurando, portanto, interesse público secundário, perpetuando a impossibilidade de a EMAE explorar seu pleno potencial.

DEFESA:

O Estado de São Paulo não sofreu estímulo econômico

Não é possível presumir a existência de estímulo econômico ao favorecimento da Sabesp em detrimento da EMAE, já que o Estado de São Paulo não poderia se aproveitar da valorização das ações da Sabesp, por já se encontrar no limite mínimo de participação em seu capital social, e seria o Estado de São Paulo quem socorreria a EMAE em caso de necessidade financeira da companhia.

O Estado de São Paulo não pode ser responsabilizado, por não ter praticado ação ou omissão voluntária que ensejasse uma infração ao dever de lealdade

O Estado de São Paulo, na condição de acionista controlador da EMAE, não teria praticado ação ou omissão voluntária, uma vez que suas decisões dependiam da análise de diversos órgãos internos, autônomos entre si, inexistindo uma unidade volitiva em relação às diferentes sociedades controladas pelo Estado de São Paulo.

A afirmação de que a EMAE deve ser compensada financeiramente é ilegítima

A compensação supostamente devida pela Sabesp à EMAE é controversa, e ainda não fora decidida. Existiam argumentos sólidos de ambos os lados, não se podendo assumir que a pretensão da EMAE deveria prevalecer sobre a pretensão da Sabesp.

A conduta do Estado de São Paulo no caso concreto foi pautada pela razoabilidade

A conduta do Estado de São Paulo frente à controvérsia entre EMAE e Sabesp foi razoável, tendo em vista que havia diversos órgãos discutindo a

questão (Codec, DAEE, CRH, SIRGRH) e não era competência da assembleia geral, nem do Estado de São Paulo, na qualidade de acionista controlador, sobrepor-se ao conselho de administração da EMAE, órgão que, em tese, seria o mais habilitado para sopesar os benefícios e malefícios de eventual ação contra a SABESP. O Conselho de Defesas das Capitais do Estado de São Paulo (“CODEC”) chegou a sugerir que a controvérsia fosse submetida a arbitragem e, após a sugestão não ser acatada, solicitou que tanto a EMAE quanto a Sabesp apresentassem estudos jurídicos que suportassem as respectivas pretensões.

O Estado de São Paulo não abusou de seu poder de controle

O Estado de São Paulo não violou o art. 116, parágrafo único, da Lei das S.A., pois não se demonstrou “intenção deliberada de frustrar a consecução do objeto social com o propósito de auferir vantagem econômica indevida”, nem há lesão concreta e atual da EMAE (uma vez que inexistia decisão final e vinculativa sobre a controvérsia), o que culminaria com a possibilidade de o Estado de São Paulo ser obrigado indenizar a companhia em decorrência da antijuridicidade do dano sofrido pela EMAE.

ENTENDIMENTO DA CVM:

Ao contrário do tratamento dado aos administradores de sociedades anônimas, a Lei das S.A. não atribuiu categorias de deveres fiduciários ao acionista controlador, mas doutrinariamente se aceita que esse acionista tenha dever de lealdade para com a companhia e os demais acionistas. Não é necessário, contudo, categorizar os deveres do acionista controlador, tendo em vista que os deveres fiduciários impostos pelo art. 116 da Lei das S.A., e que conformam o poder de controle, são amplos.

As obrigações do controlador ultrapassam aquelas inerentes ao exercício do direito de voto, sendo possível responsabilizar o controlador por condutas omissivas.

A verificação de quando o não fazer é reprovável, ou quando tal conduta é de respeito às instâncias internas de decisão da companhia, varia conforme o caso concreto, tendo em vista que os administradores é que são os responsáveis pela condução das atividades da companhia, de forma que a não intervenção do acionista controlador é muitas vezes legítima, e até mesmo uma boa prática.

No presente caso, houve dois elementos que subsidiaram o entendimento de reprovação do acionista controlador por omissão: (i) tratar-se de transação com parte relacionada; e (ii) o fato de a controvérsia entre EMAE e Sabesp

existir há muito tempo (iniciou-se na década de 1990), quedando-se o acionista controlador inerte por um longo período. Além disso, as incertezas sobre quais seriam os direitos concretos da EMAE ao ressarcimento não são uma justificativa válida para a inércia do acionista controlador diante de uma transação com partes relacionadas não comutativa.

A interpretação conjunta dos arts. 235 e 238 da Lei das S.A. é a essência da regulação da relação entre o ente estatal e os acionistas minoritários em uma sociedade de economia mista. De um lado, o acionista minoritário deve estar ciente de que o acionista controlador poderá dar prioridade ao interesse público, em detrimento do retorno financeiro. De outro, o ente estatal (acionista controlador) deve observar todas as demais regras previstas na Lei das S.A., sem afastar quaisquer das responsabilidades atribuídas a qualquer acionista controlador. O acionista controlador somente tem autorização diferenciada para conduzir as atividades da sociedade com o fim de atingir o interesse público que motivou a constituição da companhia.

No caso concreto, não se está discutindo interesse público (não se trata de discussão sobre a destinação de recursos hídricos), mas sim a omissão do Estado de São Paulo com relação aos interesses privados dos acionistas da EMAE. A destinação de recursos hídricos à Sabesp é legítima, e pauta-se pelo interesse público, mas os Reservatórios não são de propriedade do Estado e, por isso, deve haver uma compensação por sua utilização. A consecução do objeto social da EMAE depende do nível dos Reservatórios, e a retirada de água pela Sabesp prejudica a produção de energia elétrica da EMAE. Projetando-se o reflexo disso ao longo do tempo, além do prejuízo dos acionistas (que não recebem dividendos em decorrência de prejuízos da companhia e necessidade de constituição de reservas), há risco de inviabilidade financeira e de inviabilidade da própria companhia. É nesse contexto que a omissão do Estado de São Paulo se mostra irregular, evidenciando-se pelo longo período em que subsiste o conflito entre EMAE e Sabesp, pela frágil situação financeira da EMAE e pelo fato de a administração da EMAE ter tentado resolver, junto ao Estado de São Paulo, o impasse com a Sabesp.

TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL:

- O acionista controlador deve agir proativamente, sendo sua omissão reprovável quando verificar sinais de alerta.

- A legislação societária não atenua o papel e as responsabilidades do Estado na qualidade de acionista controlador.

PENA:

O Acusado foi condenado à pena pecuniária de R\$ 400.000,00

OBSERVAÇÕES:

A Superintendência de Relações com Empresas da CVM (“SEP”) considerou a possibilidade de imputar ao Estado de São Paulo, além do art. 116, parágrafo único, da Lei das S.A., a violação ao art. 117, § 1º, “g”, da mesma lei, pois as operações entre EMAE e Sabesp não constavam na divulgação das demonstrações financeiras da EMAE em relação aos exercícios de 2005 a 2009. Porém, a Procuradoria Federal Especializada (“PFE”), manifestou-se contrariamente, visto que não haveria elementos suficientes que caracterizassem o abuso de controle pelo acusado. Isso porque a atuação do Estado de São Paulo não poderia ser desvinculada de um interesse público primário, já que se tratava de atividades de abastecimento de água e prestação de serviços de geração de energia elétrica.

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIAIS REFERIDOS:

- Abuso do poder do acionista controlador: PAS CVM nº RJ2005/1443 julgado em 10.05.2006;
- Controle de sociedades de economia mista: PAS CVM nº 11/1996, julgado em 29.06.2005; e
- Relação entre a União e os acionistas de sociedades de economia mista: Processos Administrativos CVM nº RJ2007/10879 e RJ2007/13216, julgados em 24.10.2008.