



STF nega pedido da BrT para retorno do Opportunity

O Supremo Tribunal Federal negou seguimento a pedido da Brasil Telecom para reformar decisão do Superior Tribunal de Justiça que impediu a participação do banco Opportunity na Assembleia Geral da empresa. O Superior Tribunal de Justiça suspendeu liminar que garantia o retorno do banco à gestão do Fundo de Investimento de Ações, em favor da Previ.

Em decisão anterior, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região concedeu o pedido de antecipação de tutela feito pela Fundação 14 de Previdência Privada. Contra essa decisão, a Previ ingressou com ação no STJ alegando que a realização da assembleia com base na decisão do TRF-2 produziria consequências catastróficas.

Na decisão do STF, a ministra Ellen Gracie considerou que não há legitimidade ativa da Brasil Telecom para requerer a suspensão da liminar do Superior Tribunal de Justiça. Segundo a ministra, presidente interina do Supremo, “não há de se falar em lesão à ordem, à saúde, à economia ou saúde públicas na hipótese de os detentores do capital da sociedade requerente [BrT] deliberarem pela substituição de seus gestores”.

Leia o voto da ministra Ellen Gracie

PETIÇÃO 3.437-6 RIO DE JANEIRO

RELATORA: VICE-PRESIDENTE

REQUERENTE(S): BRASIL TELECOM S/A

ADVOGADO(A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)

REQUERIDO(A/S): PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 128 NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 200502010044250 DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO)

INTERESSADO(A/S): CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – PREVI

ADVOGADO(A/S): FLÁVIO GALDINO E OUTRO(A/S)

INTERESSADO(A/S) : FUNDAÇÃO 14 DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ADVOGADO(A/S): DILSON GOMES NAVARRO DIAS E OUTRO(A/S)

Por decisão em assembleia realizada em 6.10.2003 (ata de fls. 567-576), o BANCO OPPORTUNITY foi destituído da gestão do FIA (INVESTIDORES INSTITUCIONAIS FUNDO DE INVESTIMENTOS EM AÇÕES), detentor de 45,45% do capital votante do OPPORTUNITY ZAIN S/A, um dos elos da cadeia societária da BRASIL TELECOM S/A.



Essa deliberação foi contrastada mediante ação ordinária () proposta perante a 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, na qual o pedido de tutela antecipada não foi deferido. Recurso de agravo ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (17.05.2005) () garantiu o retorno do BANCO OPPORTUNITY à gestão do fundo (fl. 149).

Requerida a suspensão dessa tutela antecipada perante o Superior Tribunal de Justiça (), seu ilustre Presidente, Ministro Edson Vidigal, deferiu o pedido nos seguintes termos:

“Com olhos voltados à defesa do interesse público, notadamente porque envolvidos vultosos recursos do erário, antevejo ameaçada a ordem econômica.”

“Neste contexto, considero que eventual prejuízo sofrido pelos fundos de investimento, em última análise, será suportado pelo erário, com vistas a garantir a milhares de brasileiros, beneficiários dos mesmos, e que acreditaram nos fundos de pensões e deles dependem, a necessária subsistência.

“Considerarei, também, nas razões de decidir, as informações trazidas pelo requerente que dão conta que a decisão objeto da suspensão entrega a gestão de mais de 10 bilhões de reais em ativos financeiros, materiais e societários ao Grupo Opportunity que, anteriormente, já fora destituído da gestão deste fundo por quebra dos deveres fiduciários, o que, também, recomenda a concessão da contra-cautela.

“Há, ainda, diversas decisões colacionadas pelo requerente, nas quais se vê que a justiça estadual do Rio de Janeiro reconheceu a existência de conflitos de interesses entre o Opportunity e o FIA, nas quais impediu que o Opportunity praticasse atos de gestão, circunstâncias que também não devem ser aqui desconsideradas.

“Com esses argumentos, presente os requisitos autorizadores da medida, defiro a suspensão da decisão liminar proferida nos autos do Agravo de Instrumento 2005.02.01.004425-0.” (fls. 128-129).

Contra essa decisão, a FUNDAÇÃO 14 ajuizou reclamação () sob alegação de usurpação de competência da Presidência do STF (art. 102, I, “I”, da CF).

Impedido no feito o Presidente, Ministro Nelson Jobim, os autos me foram encaminhados. Despachei nos seguintes termos:

“(…) Para fixar a competência do Supremo Tribunal Federal é necessário que a causa tenha fundamento constitucional. No caso em exame, o fundamento possui incontestável natureza infraconstitucional. É que a ação ordinária tem por objeto deliberações ocorridas na Assembléia de Quotistas do CVC FIA. Seu fundamento é que referidas deliberações desconsideraram dispositivos do Regulamento do Fundo de Ações.

A confirmar tal conclusão, destaquem-se os seguintes trechos da inicial da ação ordinária:

‘Ao confiscar o voto da autora e quotista SISTEL, os réus desconsideraram a regra do artigo 45 da



Instrução CVM nº 302/99 e do artigo 20 do Regulamento do CVC FIA, que garante o direito de voto a todos os quotistas do fundo' (fl. 81).

(...)

'as deliberações posteriores que foram tomadas partindo da equivocada e ilegal premissa de desconsideração do voto da quotista SISTEL, são nulas de pleno direito.'

(...)

'Em conclusão, há que se aplicar o artigo 166 do Código Civil que fulmina de nulidade o negócio jurídico quando 'for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto' (inciso II)' (fl. 93)

(...)

"Diante do exposto (...) requer:

declarar a nulidade (artigos 166, 186, 187, 927 e 402 do novo Código Civil) das seguintes deliberações (...)

declarar (...) a nulidade de todas as deliberações adotadas em assembléia (...) e realizadas sob a gestão de administrador nomeado

em desobediência ao Regulamento.' (fls. 100/101)

Destaco, ainda, da liminar concedida no TRF da 2ª Região, as seguintes partes:

'Dentre as regras de funcionamento e operação do CVC FIA, pactuou-se dispositivo de maioria qualificada para algumas decisões mais relevantes. No caso em questão, a regra... exigia a maioria de 90%... para deliberação acerca da substituição do administrador do fundo. É se ler o artigo 20 em cotejo com o artigo 18, III, do regulamento do fundo

(...)

O estabelecimento de maioria qualificada para a destituição de administrador de fundo fechado de investimentos, como o CVC FIA, era permitido, na ocasião, pelas disposições normativas da Comissão de Valores Imobiliários (...) tanto nos artigos 41 e 45 da Instrução n. 302 de 5 de maio de 2004... como ainda hoje o é, consoante atual Instrução n. 411

(...)

a Lei das Sociedades Anônimas, entre outras proteções, permite a execução específica das obrigações assumidas em acordos de acionistas, conforme o parágrafo 3º do artigo 18.' (fls. 163/164)

Não se verificam, assim, as hipóteses de cabimento da reclamação do art. 156 do Regimento do STF, pois, tanto a ação ordinária ajuizada pela SISTEL como a liminar concedida no TRF da 2ª Região não



têm como fundamento normas constitucionais.”

Com tais fundamentos, neguei seguimento à reclamação ().

Entrementes, em 13.06.2005, a BRASIL TELECOM S/A – BT ajuizou perante a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal uma medida cautelar inominada () contra a cadeia societária que controla o seu capital (), mais a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, requerendo provimento liminar para os efeitos de:

(i) suspender a realização de qualquer Assembléia Geral de Acionistas no âmbito da BRASIL TELECOM S/A, bem como das demais empresas que compõem sua cadeia societária, que tenha por objetivo a alteração do controle das companhias mediante a alteração dos respectivos Conselhos de Administração e Diretoria, até que a ANATEL aprecie a possibilidade de alteração no controle da BT à luz dos seguintes aspectos:

(a) suspensão dos efeitos do acordo de acionistas originário firmado no âmbito da OPPORTUNITY ZAIN;

(b) implementação de novo mecanismo de controle previsto no novo acordo de acionistas firmado no âmbito da OPPORTUNITY ZAIN;

(c) participação cruzada da PREVI no bloco de controle da concessionária Requerente e da TELEMAR; e

(d) opção de venda da participação acionária na BRASIL TELECOM S/A outorgada pelos Fundos de Pensão ao CITIGROUP LP; ou

(ii) na hipótese da ocorrência, no momento em que efetivada a medida liminar, alguma deliberação contrária, suspender os efeitos da aludida deliberação;

Afirmou o risco de ocorrência de prejuízos de difícil ou impossível reparação, pois o bloco de controle da BT estaria na iminência de ser alterado de forma ilícita, em violação ao art. 97 da Lei nº 9.472/97 () – Lei Geral de Telecomunicações – e à Resolução ANATEL nº 101/99, que tratam das regras para a transferência no controle de empresas prestadoras de serviços de telefonia.

Os fundamentos da cautelar são as seguintes:

(I) a alteração no bloco de controle da BT sem a prévia e expressa anuência da ANATEL a expõe a graves sanções que podem lhe ser impostas pela referida agência, podendo chegar até mesmo à perda da concessão;

(II) a alteração amplia os poderes de controlador de ente que também participa do controle de uma empresa concorrente da BT, o que é expressamente vetado pelas normas aplicáveis; e

(III) o novo mecanismo para o exercício do controle que se pretende implementar representa o engessamento dos órgãos de administração da empresa, concessionária de serviço público, com a



conseqüente perda de agilidade e mobilidade necessárias à manutenção da qualidade dos serviços prestados a seus usuários.

Em 14.06.2005, o MM Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal deferiu a ordem para proibir “a realização de assembléia geral de acionistas no âmbito das empresas BRASIL TELECOM S/A, BRASIL TELECOM PARTICIPAÇÕES S/A, SOLPART PARTICIPAÇÕES S/A, TECHOLD PARTICIPAÇÕES S/A, INVITEL S/A e OPPORTUNITY ZAIN S/A, que tenha por objetivo a alteração do controle das referidas Companhias, até decisão definitiva da ANATEL que autorize tal alteração, ainda que tacitamente pelo decurso do prazo do Art. 89, do Regimento Interno daquela agência.” (fl. 123)

No dia seguinte, 15.06.2005, a CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – PREVI requereu () ao Presidente do STJ a suspensão da referida decisão liminar, o que lhe foi deferido nos seguintes termos:

“Em antecipação de tutela recursal pedida por Fundação 14 de Previdência Privada e concedida pelo Desembargador Federal Rogério Vieira de Carvalho nos autos do Agravo de Instrumento nº 2005.02.01.004425-0, foram suspensos a deliberação tomada na Assembléia Geral de Quotistas do CVC FIA (atualmente denominado II FIA – Investidores Institucionais Fundo de Investimentos em Ações) realizada em 06/10/2003 – que havia substituído o administrador e gestor originários da CVC FIA -, e os atos subseqüentes praticados pela administração investida naquela data. Em conseqüência, dizia aquela decisão, o CVC FIA, nas Assembléias Gerais Extraordinárias das Empresas OPPORTUNITY ZAIN E FUTURETEL, convocadas para os dias 18 e 19 de maio de 2005, deveria ser representado pelo seu administrador e gestora originários, quais sejam, respectivamente, Banco Opportunity e CVC Administradora.

Às fls. 146/147 deferi o pedido de suspensão dos efeitos dessa decisão, para evitar lesão à economia pública. Em conseqüência, voltou a situação ao status quo ante, permanecendo válidas as deliberações tomadas na Assembléia Geral de Quotistas do CVC FIA, realizada em 06/10/2003, restando indubitoso que a administração e gestão do FIA retornava à Angra Partners (sucessora do Opportunity após sua destituição em 06/10/2003).

Notícia, agora, a PREVI (petição nº 80310), que pretendendo suspender a nova Assembléia convocada para hoje, dia 15 de Junho de 2005, a empresa Brasil Telecom S/A ajuizou, perante a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Ação Cautelar Inominada na qual concedida liminar para obstar a realização da Assembléia, alegando, em síntese, estar na iminência de ter irregularmente alterado seu bloco de controle, notadamente diante da ausência de aprovação, por parte da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, das alterações processadas no controle do FIA e do CITIGROUP LP, cujos ativos contém a participação detida por estes na Brasil Telecom.

As alterações processadas no controle do FIA e do CITIGROUP, a primeira em 06/10/2003 e a segunda em 09 de março de 2005, contra as quais se insurgiu a Brasil Telecom na Ação Cautelar antes mencionada, já estavam sendo discutidas judicialmente, inclusive nos autos da Ação Ordinária ajuizada



na 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro e no Agravo de Instrumento nº 2005.02.01.004425-0137120 – fls 55) dela originado, do qual resultou a antecipação de tutela recursal cujos efeitos foram suspensos por esta Presidência.

Assim, independentemente da questão administrativa, relacionada com alegada ausência de aprovação da ANATEL, a regularidade da gestão do FIA e do CITIGROUP já foi objeto de análise judicial, ainda que em cognição sumária, o que não pode ser desconsiderado.

A gestão do FIA e do CITIGROUP está, por ora, entregue ao gestores investidos nas funções por atos que não foram desconstituídos judicialmente, e que se encontram em vigência pela suspensão de liminar deferida por esta Presidência, o que legitima a realização da Assembléia convocada para hoje, dia 15/06/2005, às 11:00hs. Insustentáveis, por conseguinte, entendimentos em sentido contrário, que impossibilitem a realização da dita Assembléia, sob pena de tornar inócuo o entendimento consolidado por ocasião do deferimento da suspensão.”

2. No presente pedido, BRASIL TELECOM S/A busca, portanto, restabelecer a liminar que lhe foi concedida pelo juízo da 4ª Vara Federal do Distrito Federal, para o que requer a suspensão dos efeitos da decisão que o Presidente do STJ proferiu em favor da PREVI.

Sustenta a autora sua legitimidade e invoca o fundamento constitucional decorrente das garantias inscritas nos arts. 5º, LIV e LV, 21, XI, 108, II e 203, §3º.

Afirma que a decisão do STJ agrediu o disposto no art. 4º da Lei nº 8.437/92 que permite “estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes” somente se tiverem objeto idêntico.

A lesão à ordem pública estaria configurada na violação “à separação de poderes e à competência constitucionalmente atribuída à ANATEL” (fl. 16).

Alega a possibilidade de danos “aos usuários de serviços da concessionária” (fl. 19), e também “à concorrência e aos consumidores em geral do mercado de telefonia” (fl. 21).

Enfatiza a necessidade de provimento liminar porque presentes *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Face ao impedimento do Ministro Presidente os autos me foram conclusos.

3. Dispõe a Lei nº 8.437/92:

“Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.”

Este Supremo Tribunal tem, em algumas ocasiões, reconhecido legitimidade às concessionárias de



serviços públicos para comporem o pólo ativo dos pedidos de contracautela. Isto só se dá, entretanto, quando tais empresas persigam, na via judicial, interesse nitidamente público. Assim observou o Ministro Maurício Corrêa em decisão proferida nos autos da SL 34 (DJ de 24.3.2004):

“(...) não é sempre que se pode admitir no pólo ativo dos pedidos de contracautela entidades da administração indireta ou concessionárias de serviço público, mas somente nos casos em que essas pessoas jurídicas estejam investidas na defesa do interesse público, em face da natureza dos serviços públicos sob concessão.”

Naquele caso, o que se discutia eram “as regras e os limites da política tarifária afetos à ANATEL (...) estabelecidas na Lei 8987/95 (artigo 9º) e Lei 9472/97 (artigos 103 e 108)”

Na hipótese presente, porém, sob a alegação de defender interesse público, a BRASIL TELECOM S/A pretende, na verdade, resguardar o interesse particular de seus atuais gestores, cujos mandatos ainda derivam de designação feita pelo administrador destituído dos fundos controladores (BANCO OPPORTUNITY).

O interesse público invocado residiria num hipotético risco de interrupção (ou quebra de qualidade) na prestação do serviço público concedido ou de prejuízo a este serviço, ou a seus consumidores, ou aos acionistas da companhia (?) em decorrência da provável imposição pela ANATEL das sanções cabíveis, caso verificadas práticas societárias irregulares (participações cruzadas).

Observe, de início, que a decisão ora impugnada não afastou, cerceou ou impediu o exercício da atividade regulatória e fiscalizadora da ANATEL. Este é, na verdade, argumento novo acrescentado () para justificar a resistência ao cumprimento da determinação judicial anterior () que garantia a realização de assembléias, dentro da cadeia societária, com participação dos novos gestores do FIA e do Fundo Citigroup.

A finalidade última da atual suspensão de liminar é impedir a realização de assembléias que tenham por objetivo (1) alterar o controle das companhias por meio da eleição de novos administradores e (2) suspender os efeitos das assembléias que já se realizaram.

Torna-se ainda mais evidente a ausência de interesse público envolvido no litígio quando se lê no pórtico da petição inicial endereçada ao Juízo Federal do Distrito Federal que a ação cautelar “tem por finalidade a preservação dos interesses sociais da (...) BT” (fl. 54).

A toda evidência, a substituição de administradores assalariados não pode ser tida como transferência de controle no seio das companhias, mas, sim, como mera reestruturação interna.

As participações acionárias nas empresas requerente e requeridas obedecem a uma complexa “engenharia societária”, distribuída em vários níveis. Há nos autos gráficos demonstrativos desse organograma de participações.

A alteração (já ocorrida) no 1º nível de empresas (Fundos Nacional e Estrangeiro – FIA e Citigroup LP) extinguiu o poder de gestão (ou, como equivocadamente referido inúmeras vezes, de “controle”) do



Banco Opportunity, mas nada foi transferido a terceiros. Os controladores continuam a ser os mesmos.

A realização das assembleias objetiva – como se viu e a própria requerente informa – tão somente a substituição dos atuais administradores (Diretoria e Conselho da Brasil Telecom e das companhias de nível intermediário) que ainda são aqueles vinculados ao gestor destituído dos fundos nacional e estrangeiro, investidores majoritários na companhia requerente. Não há notícia de intenção de transferências acionárias nas referidas AGEs. E os investidores que lá estão já foram previamente aprovados. É o que demonstram, com clareza, os pareceres anexados aos autos da lavra dos Profs. Tercio Sampaio Ferraz Junior (fls. 316-343) e Carlos Ari Sundfeld (fls. 344-375).

O argumento de que a Brasil Telecom S/A poderia sofrer sanções mais graves, como, por exemplo, a declaração de caducidade da concessão que lhe foi outorgada, foi expressamente refutada pelo Informe nº 101 da ANATEL (fls. 381-389), bem como pela manifestação do Procurador-Geral da referida agência (fls. 390-391).

Não há, portanto, o alegado risco de potencial inadequação ou descontinuidade na prestação dos serviços públicos concedidos, fator essencial para a caracterização do interesse público indispensável à contracautela pretendida. Nem, tampouco, de invasão da competência da agência reguladora pela decisão judicial ora atacada.

Em suma, não há se falar em lesão à ordem, à saúde, à economia ou à saúde públicas na hipótese de os detentores do capital da sociedade requerente deliberarem pela substituição de seus gestores.

Assim sendo, não reconheço legitimidade ativa à requerente para o presente pedido de suspensão da liminar. Não é ela pessoa jurídica de direito público nem se coloca, como se viu, na defesa de interesse público.

Ressalte-se que a suspensão de liminar não serve a corrigir eventual errônea da decisão impugnada, a qual se sujeita aos recursos próprios.

4. Isto posto, nego seguimento à presente petição, prejudicado o requerimento de liminar.

Publique-se.

Brasília, 13 de julho de 2005.

Ministra Ellen Gracie

Vice-Presidente

(art. 37, I do RISTF)

Date Created

13/07/2005