

### Voto

Trata-se de embargos de declaração opostos pelos Srs. Roberto Graziano Russo e Miguel Graziano Russo (peça 173) e pelo Sr. Luciano Galvão Coutinho (peça 183) contra o acórdão 1412/2017-TCU-Plenário, que tratou de representação com vistas a examinar os indícios de irregularidades relacionadas à operação de participação acionária do BNDES na empresa Independência Participações S.A., determinada pelo acórdão 3011/2015-TCU-Plenário.

2. Conheço dos embargos, por preencherem os requisitos estabelecidos no art. 287 do RI/TCU.

3. A parte dispositiva do acórdão contestado é a seguir transcrita:

“9. Acórdão: VISTO, relatado e discutido o presente processo de representação com vistas a examinar os indícios de irregularidades relacionadas à operação de participação acionária do BNDES na empresa Independência Participações S.A., determinada pelo item 9.4.1 do acórdão 3011/2015-TCU-Plenário.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do RI/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. determinar a conversão da presente representação em tomada de contas especial, com fundamento no art. 47 da Lei 8.443/1992 c/c art. 252 do RI/TCU, devendo, nos termos do art. 41 da Resolução TCU 259/2014, ser autuado processo específico para esse fim, ao qual será apensado o processo em exame;

9.3. desconsiderar, com base nos acórdãos do TCU 83/2000-Plenário, 182/2000-Plenário, 1300/2009-1ª Câmara, 1525/2009-1ª Câmara, 791/2009-Plenário e 779/2009-Plenário, a personalidade jurídica da empresa Independência Participações S/A - CNPJ 08.794.684/0001-52, a fim de responsabilizar seus sócios administradores, em solidariedade com os responsáveis constantes do item 3.5 do relatório, o Sr. Miguel Graziano Russo – CPF: 051.332.318-06 e o Sr. Roberto Graziano Russo – CPF: 055.596.918-52, pelo débito aos cofres do BNDESPar do valor original de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais);

9.4. dar ciência desta deliberação aos responsáveis e interessados;”

### II

4. Os Srs. Roberto Graziano Russo e Miguel Graziano Russo alegam omissão no acórdão 1412/2017-TCU-Plenário, em razão de a Câmara Arbitral de Mercado da BM&FBOVESPA já ter examinado a matéria, de forma que a matéria já estaria integralmente resolvida pela via arbitral.

5. Especificamente, os embargantes alegam que o juízo arbitral afastou por completo as ilações feitas pela BNDESPAR acerca da qualidade das informações financeiras fornecidas pela Independência Participações S.A. e reconheceu a absoluta higidez dos números apresentados, o que representaria omissão do acórdão atacado, tendo em vista que a proposta de deliberação condutora do referido acórdão concluiu que “a Câmara Arbitral de Mercado não opinou sobre a ocorrência ou não de fraude nas informações contábeis, porque esse não era o objeto direto da controvérsia, mas opinou no sentido de que a BNDESPAR poderia ter identificado a real situação financeira da Independência S.A. a partir das demonstrações financeiras apresentadas”.

6. Tendo em vista a decisão da câmara arbitral, segundo os embargantes, corroborando a higidez das demonstrações contábeis do Grupo Independência, teria o Tribunal afrontado a coisa

julgada material, porque o acórdão recorrido teria reaberto discussão sobre matéria expressamente já decidida.

7. A leitura atenta da proposta de deliberação condutora do acórdão 1412/2017-TCU-Plenário permite a conclusão de que o Tribunal afastou a premissa de ocorrência de fraude nas demonstrações contábeis do Grupo Independência sustentada pelo BNDESPAR e pela unidade técnica do Tribunal:

“31. Nesses termos, discordo das conclusões da unidade técnica e do BNDES de que as demonstrações financeiras apresentadas ao banco estivessem, comprovadamente, fraudadas, tendo em vista que os pareceres dos especialistas não afirmaram a ocorrência de fraude, bem como ante a inexistência de ações administrativas e/ou judiciais sobre a questão.

32. Nenhum pronunciamento de profissional investido de competência legal para opinar sobre a inadequação dos trabalhos de auditoria independente e/ou sobre a qualidade das demonstrações financeiras da Independência S.A. foi acostada aos autos.

33. Assim, não é possível afirmar objetivamente que as demonstrações financeiras do Grupo Independência S.A. estavam fraudadas.”

8. Não procede a afirmação de haver omissão quanto a essa questão no acórdão ou na proposta de deliberação, tendo em vista que a conclusão do Tribunal foi no sentido de afastar a alegação de fraude contábil como base para o julgamento do processo.

9. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa Independência Participações S.A. teve por base a solicitação da empresa, assinada pelo Sr. Roberto Graziano Russo, que demonstrava a descaracterização da operação inicialmente proposta ao banco no mês de julho de 2008:

“106. Nesse contexto conturbado, o Grupo Independência formalizou, em 18/11/2008, solicitação para que a condicionante de extinção do Loan Agreement, celebrado entre a empresa e o JP Morgan Chase Bank, fosse alterada para um aditamento em que a empresa Independência S.A., braço operacional do grupo, assumiria a dívida, o que permitiria liberar o penhor das ações da Independência Participações S.A., gravadas pelo Loan Agreement.

107. O que interessa desse documento (peça 53, p. 6-9), para fins do contexto aqui discutido, são as razões que embasaram a solicitação.

108. Primeiramente, é apresentado pelo grupo Independência o impacto da crise financeira nas suas operações:

‘Crise Financeira Em função da grave crise financeira internacional, que vem se agravando a cada semana, a manutenção de liquidez (recursos de caixa) vem se mostrando fator cada vez mais importante, tanto para manutenção de linhas de capital de giro da COMPANHIA quanto com fornecedores de matéria-prima (gado), que neste momento de crise têm exigindo, eventualmente, pagamentos à vista de forma a testar a solidez de seu cliente (frigorífico).’

109. Esse parágrafo é uma confissão de que a situação de liquidez do Grupo Independência era dramática, pois o grupo corria muitos riscos, inclusive o de não conseguir pagar seus fornecedores.

110. A seguir, o documento relata que as premissas iniciais que embasavam a operação inicial não mais subsistiam:

‘Solução inicialmente concebida Para atender à condição prévia e manter sua posição de liquidez no momento mais grave da crise de crédito, a intenção da COMPANHIA era a de, uma vez aprovada a operação pelo BNDES e antes do primeiro aporte, contratar um novo empréstimo na OPERACIONAL, para com os recursos desse novo empréstimo pagar o ‘Loan’, preservando sua situação de liquidez anterior ao aporte. Essa solução, implicitamente, tinha como premissas (i) um ambiente de normalidade nos mercados financeiros e de capitais, (ii) que a melhor estrutura de capital decorrente da capitalização aprovada pelo BNDES viabilizaria a contratação do novo empréstimo dispensando o gravame sobre as ações e (iii) que seria possível

realizar a contratação do novo empréstimo com celeridade, após a aprovação da operação pela diretoria da BNDESPAR. Ocorre que a COMPANHIA, uma vez aprovada a operação pela diretoria da BNDESPAR, verificou ser impossível realizar tal solução em tempo satisfatório para a mesma. Isto porque:

(i) em razão da grave crise econômica e da decorrente forte e súbita depreciação cambial, a dívida líquida da OPERACIONAL sofreu, em razão da taxa de câmbio acentuadamente mais elevada, uma elevação de sua dívida líquida que a levou ao limite dos 'covenants' para contratação de dívida adicional, de tal forma que o novo empréstimo só pode ser realizado após a integralização de capital da OPERACIONAL (o que depende, como etapa anterior, da integralização de capital da COMPANHIA pela BNDESPAR);

(ii) a COMPANHIA verificou junto ao Banco Central do Brasil que o pagamento do 'loan' com a simultânea abertura do novo empréstimo na OPERACIONAL mediante procedimento de câmbio simbólico, ou seja, sem efetivo fluxo de recursos não é exequível em tempo que satisfaça a COMPANHIA, o que acaba por inviabilizar a hipótese de extinção do Loan simultaneamente com a assinatura de novo empréstimo na OPERACIONAL sob condição suspensiva da integralização de recursos.

Outra hipótese seria de extinção do Loan simultaneamente com a assinatura de novo empréstimo na OPERACIONAL sob condição suspensiva da integralização de recursos sem o procedimento de câmbio simbólico, ou seja, com o efetivo fluxo de recursos. Porém, a COMPANHIA, além de estar exposta a variações de câmbio, ficaria sem o caixa no interim compreendido entre o pagamento do Loan, integralização de capital pela BNDESPAR e trâmites no Banco Central do Brasil concernentes ao novo empréstimo.

Além disso, considerando a crise econômica, ainda que haja um novo contrato de empréstimo assinado, caso haja saída de caixa, a COMPANHIA entende existir o risco de que os recursos possam não estar disponíveis para retornar à COMPANHIA num momento posterior.'

111. O documento relata o impacto da crise internacional e do enxugamento da liquidez interna e externa nas finanças do grupo com elevação da dívida líquida, por conta da exposição cambial, chegando a considerar a hipótese de que, havendo a saída de caixa dos recursos para liquidar o financiamento junto ao JP Morgan, a companhia poderia ter que paralisar as suas atividades. Nesse segundo excerto do documento, fica patente que o risco não era apenas de liquidez, mas já se encontrava na seara da solvência.

112. A leitura detalhada da solicitação do grupo Independência revela que, naquele momento, em 18/11/2007, a operação proposta já não tinha o objetivo de propiciar a expansão operacional das empresas, mas apenas de prestar socorro financeiro.

113. Nesses termos, a hipótese de descaracterização das condições iniciais da operação ficou materializada.

(...)

122. Diante do exposto, o argumento de descaracterização da operação original ficou patente e expresso com a solicitação protocolada pelo Grupo Independência. Os termos da solicitação, juntamente com a análise do valuation elaborado pelo BNDES, demonstram que a operação era temerária, tendo em vista os riscos iminentes de liquidez e solvência, sendo que a sua aprovação excedeu os limites da prudência.

123. A descaracterização da operação proposta originalmente também serve de base para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Independência Participações S.A., haja vista a confissão de socorro financeiro documentada na solicitação de aditamento protocolada em 18/11/2008. Naquele momento, a perspectiva de expansão das operações do grupo não passava de mero exercício de simulação cuja realização era muito improvável.

124. Assim, os sócios da empresa Independência Participações S.A. devem ser chamados a responder solidariamente pelo débito de R\$ 250.000.000,00, juntamente com os signatários do relatório de análise (peça 50) e da informação padronizada (peça 53).

123. A descaracterização da operação proposta originalmente também serve de base para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Independência Participações S.A., haja vista a confissão de socorro financeiro documentada na solicitação de aditamento protocolada em 18/11/2008. Naquele momento, a perspectiva de expansão das operações do grupo não passava de mero exercício de simulação cuja realização era muito improvável.

124. Assim, os sócios da empresa Independência Participações S.A. devem ser chamados a responder solidariamente pelo débito de R\$ 250.000.000,00, juntamente com os signatários do relatório de análise (peça 50) e da informação padronizada (peça 53).”

10. Nestes termos, fica patente que a desconsideração da personalidade jurídica determinada pelo acórdão 1412/2017-TCU-Plenário não se fundamentou na premissa de fraude contábil, mas na descaracterização da operação proposta originalmente pelo próprio Grupo Independência ao BNDES. Assim, os embargos devem ser rejeitados.

### III

11. O Sr. Luciano Galvão Coutinho argumenta haver contradição, tendo em vista que seu nome consta do rol de responsáveis do relatório e do acórdão 1412/2017-TCU-Plenário sem que, contudo, a unidade técnica tenha imputado qualquer responsabilidade a ele no processo de exame da conformidade da operação de participação acionária do BNDES na empresa Independência Participações S.A.

12. Sua principal preocupação reside na conclusão de que a conversão dos autos determinada pelo item 9.3 do acórdão 1412/2017-TCU-Plenário implicaria a inclusão do seu nome no rol de responsáveis da tomada de contas especial.

13. Ademais, o embargante alega que seu nome não deveria ter sido incluído na representação originária que redundou na tomada de contas especial, porque não houve menção a quaisquer atos de sua gestão nos autos.

14. Primeiramente, cumpre esclarecer que o nome do Sr. Luciano Galvão Coutinho constou do rol de responsáveis da representação originária porque ele era o dirigente máximo do BNDES no período em que ocorreram as negociações e a transação com a empresa Independência Participações S.A.. Como o objeto da representação era o exame da regularidade dos atos de gestão que resultaram na operação, os nomes de todos os gestores e funcionários que participaram da gestão do processo – análise, acompanhamento e aprovação – deveriam constar do rol de responsáveis.

15. O fato de a SecexEstataisRJ não ter identificado irregularidades associadas a atos de gestão de pessoas constantes do rol de responsáveis não significa que esses atos não tenham sido examinados. Esses agentes públicos praticaram atos de gestão relativos à operação sob exame e seus atos compunham o escopo da auditoria realizada. Assim, seus nomes deveriam compor o rol de responsáveis da representação que avaliou a operação entre o BNDES e a empresa Independência Participações S.A..

16. Relativamente à automática inclusão do nome do embargante no rol de responsáveis na tomada de contas especial, relembro que o item 9.3 do acórdão 1412/2017-TCU-Plenário, acima transcrito, foi específico ao determinar que fossem responsabilizados pelo débito os sócios administradores da empresa Independência Participações S.A., juntamente com os responsáveis constantes do item 3.5 do relatório.

17. Dessa forma, o nome do Sr. Luciano Galvão não deverá constar do rol de responsáveis da tomada de contas especial, porque não consta do item 3.5 do relatório, a não ser que algum fato posterior venha a ser revelado que imponha a sua responsabilização pelo débito apontado no relatório da unidade instrutiva.

18. Assim, não há contradição no acórdão atacado e os embargos devem ser rejeitados.

Diante do exposto, voto pela aprovação do acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de setembro de 2017.

**WEDER DE OLIVEIRA**  
Relator