

PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

REF.: PROCESSO ADMINISTRATIVO CVM Nº RJ2006/4234

RELATÓRIO

1. Trata-se de proposta de Termo de Compromisso, apresentada pelo Sr. José Antonio Fernandes Martins, vice-presidente do Conselho de Administração da MARCOPOLO S.A ("Marcopolo"), previamente à instauração de Processo Administrativo Sancionador por parte desta Comissão, nos termos do §3º do art. 7º da Deliberação CVM nº 390/01.

2. O presente processo originou-se de consulta formulada no âmbito do Processo CVM nº SP2006/035, por meio do Relatório de Análise GMA-2/Nº10/2006, em que a Gerência de Análise de Mercado 2 (GMA-2) solicitou esclarecimentos à Superintendência de Relações com Empresas (SEP), quanto a questões relacionadas à negociação de ações da Marcopolo no período em que estava ocorrendo o programa de recompra de ações da companhia, tendo em vista a possível ocorrência de práticas não equitativas e uso de informação privilegiada (Item 2 do MEMO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 163/06, às fls. 295).

3. Tratava-se da aquisição pela Marcopolo de ações de sua própria emissão, a preços de mercado, no prazo de 365 dias, com término previsto para 23.05.06, conforme aprovado pelo Conselho de Administração da companhia em reunião realizada em 23.05.05 ("RCA"). Segundo informação constante dos autos, o respectivo Fato Relevante foi divulgado via Sistema IPE na mesma data de realização da RCA (23.05.05) e publicado nos jornais Valor Econômico e Pioneiro em 24.05.05 (Itens 3, alínea "a", e 7, alínea "d", do MEMO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 163/06, às fls. 295 e 297).

4. No âmbito do Processo CVM nº SP2006/035, o relatório elaborado pela GMA-2 descreveu, dentre outros, que o fato que motivou a análise do comportamento das ações preferenciais de emissão da Marcopolo (POMO4) foi o aumento de volume negociado em 20.05.05 (dia útil anterior à data da referida RCA), bem como a intermediação de POMO4 pela corretora Geração Futuro CV Ltda em 24.05.05 (dia seguinte à divulgação do Fato Relevante), no valor de R\$ 512.500,00, em nome do Sr. José Antônio Fernandes Martins, diretor vice-presidente da Marcopolo e controlador signatário do Acordo de Acionistas arquivado na sede da companhia (Item 3, alíneas "a" e "g", MEMO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 163/06, às fls. 295/296).

5. Após a manifestação da Marcopolo sobre os pontos então abordados pela CVM (fls.184/209), concluiu a SEP pela existência de indícios de irregularidades, considerando que "o Sr. José Antônio Fernandes Martins, vice-presidente da companhia e controlador signatário do Acordo de Acionistas, adquiriu POMO4 em 24.05.05, no período de vigência do programa de recompra de ações (de 23.05.05 a 23.05.06) e cerca de dois meses antes da aprovação da Política de Negociação da companhia – o que torna inaplicável a situação prevista no § 7º do art. 13 - configurando hipótese de infração ao disposto no art. 13, § 3º, Inciso II, da Instrução" (Item 4, alínea "b", MEMO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 163/06, às fls. 296).⁽¹⁾

6. A respeito, concluiu ainda a SEP que "a Geração Futuro C.V. Ltda, contatada em 17.05.05 para intermediar o programa de recompra, operou aquisições de POMO4 em 20.05.05, antes da divulgação do Fato Relevante, em 23.05.05, configurando hipótese de descumprimento, no mínimo, pela corretora e pelo seu diretor Edmundo Valadão Cardoso, ao disposto no art. 13, § 1º, da Instrução" (Item 4, alínea "a", MEMO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 163/06, às fls. 296). Todavia, no que toca à conduta da referida corretora e seu diretor, a SEP encaminhou os autos do Processo Administrativo CVM nº SP2006/035 à GMA-2, para as providências julgadas cabíveis no âmbito de sua competência (MEMO/CVM/SEP/GEA-1/Nº087/2006, às fls. 223/224). Dessa maneira, há que se destacar que o presente relatório restringe-se à conduta do Sr. José Antonio Fernandes, único proponente da proposta de Termo de Compromisso ora em apreço.

7. Diante do exposto, em 30.06.06 a SEP oficiou o Sr. José Antonio Fernandes Martins (OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 340/06), comunicando-o acerca de seu entendimento, assim como o instando a se manifestar, nos termos do art. 6º-B da Deliberação CVM nº 457/02 (acrescentado pela Deliberação CVM nº 504/06), que dispõe que o Superintendente, para formular a acusação, deverá ter diligenciado no sentido de obter do acusado esclarecimentos sobre os fatos descritos no Termo de Acusação (Item 6 do MEMO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 163/06, às fls. 296/297).

8. Em atenção ao OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 340/06, portanto, o Sr. José Antonio Fernandes Martins apresentou algumas considerações à SEP (fls. 279/284), dentre as quais destacamos o que se segue:

- antes de emitir qualquer ordem para negociação de ações, teria o mesmo consultado a AJUR - Assessoria Jurídica da Marcopolo - , a qual lhe informara que após a publicação do Fato Relevante poderia adquirir ações de emissão da companhia, sendo-lhe vedado somente a sua venda, nos dias em que a companhia estivesse comprando suas ações, posto que haveria o risco de que essas ações pudessem ser adquiridas pela própria companhia;
- posteriormente, foi-lhe comunicado que a AJUR havia mudado o seu entendimento, em razão do recebimento, em 04.07.05, de resposta de consulta feita à CVM sobre o assunto. Tal manifestação da CVM foi no sentido de que as vedações à negociação com valores mobiliários de emissão da Marcopolo pela própria companhia, pelos acionistas controladores, diretos indiretos, diretores membros do conselho de administração e demais, deveriam ser mantidas até 23.05.06 (data esta que termina o período de recompra de ações, que perdurou de 23.05.05 a 23.05.06, tendo o fato relevante sido divulgado no dia 23.05.05, a compra pelo Sr. José Antonio Fernandes Martins em 24.05.05 e a primeira recompra de ações pela companhia em 25.05.05);
- após ter recebido o novo parecer da AJUR não realizou mais qualquer operação de compra de ações de emissão da Marcopolo;
- se o mesmo incorreu em erro foi devido à divergência de interpretação na legislação, posto que o seu entendimento para o disposto no art. 13, § 3º, inciso II, da Instrução CVM nº 358/02 era de que apenas não poderia negociar ações da companhia nos dias em que efetivamente estivesse a mesma adquirindo as ações de sua própria emissão, e não o período todo em que a companhia poderia vir a adquirir tais ações;
- o preço pago por ação foi o que, em média, estava sendo praticado pelo mercado, não tendo havido manipulação de preços, tampouco o uso de qualquer informação privilegiada, uma vez que a recompra de ações já era de conhecimento do mercado (já havia sido feita sua divulgação);
- a negociação não teve como contraparte a companhia, a qual ainda não havia iniciado a recompra das ações de sua emissão, o que só veio a acontecer em 25.05.05.

9. Ademais, por ocasião da prestação dos aludidos esclarecimentos à área técnica, o Sr. José Antônio Fernandes Martins manifestou interesse na celebração de Termo de Compromisso, nos termos da legislação aplicável à matéria. Contudo, dado o transcurso do prazo para apresentação de sua proposta completa, a SEP instou o mesmo a fazê-lo no prazo máximo de 2 dias, sob pena de prosseguir-se com o processo em tela.

10. Em resposta, o Sr. José Antonio Fernandes Martins informou que a proposta completa de Termo de Compromisso ainda não havia sido encaminhada à CVM, por entender que o prazo de 30 dias para sua apresentação deveria ser contado a partir da apresentação da defesa propriamente dita, no âmbito de Processo Administrativo Sancionador ainda não instaurado, e não a partir de sua manifestação. Desse modo, foi solicitada a prorrogação do prazo para apresentação da proposta completa de Termo de Compromisso, a qual foi concedida pela CVM em 31.08.06 (Itens 10 e 11 do

11. Assim sendo, em 13/09/06 o Sr. José Antonio Fernandes Martins apresentou a esta CVM sua proposta completa de Termo de Compromisso (fls. 285/288), que dispõe sobre os seguintes compromissos:

"a) Cessar, como de fato já cessou a prática investigada, e que deu origem a investigação no âmbito do Processo CVM RJ-2006-4234;

b. Gestionar junto a Marcopolo S.A. para que, num prazo máximo de até 60 dias, a contar desta data, seja melhorada a redação da Política de Negociação de Valores Mobiliários de Emissão da Marcopolo S.A., de forma a não deixar dúvidas de que 'aos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores e membros do Conselho de Administração, é permitido negociar com ações de emissão da Companhia mesmo que esteja em curso a negociação pela companhia de ações de sua própria emissão, sendo vedada, apenas, nesse caso, a negociação por tais pessoas no mesmo dia em que a companhia estiver vendendo ações em tesouraria ou comprando ações para tesouraria, ainda que tenha sido outorgada opção ou mandato para esse mesmo fim';

c. Embora não se tenha constatado nenhum prejuízo ao mercado, pagar à CVM, como condição de eficácia do Termo de Compromisso, a importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)."

12. Ao apreciar a legalidade da proposta (fls. 303/306), nos termos da Deliberação CVM nº 390/01, a Procuradoria Federal Especializada (PFE) manifesta-se pelo atendimento ao requisito do inciso I do §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76, concluindo que não há que se perquirir sobre a cessação de atividade ou atos ilícitos no presente caso, tendo em vista que os fatos imputados ao proponente teriam ocorrido em momento passado determinado, não se tratando de infração continuada.

13. No que tange o disposto no artigo 11, § 5º, II, da Lei nº 6.385/76, entende a PFE que: "(...) embora não seja possível individualizar as pessoas atingidas a fim de reparar o dano causado, a conduta do proponente teria proporcionado um dano difuso ao mercado de capitais, atingindo a higidez e integridade do mesmo, bem como à CVM pelo descumprimento de suas normas. Assim, por não ter ocorrido nenhum prejuízo individualizado, entendemos que o pagamento de importância à CVM constitui uma das formas de indenização dos prejuízos sofridos pelo mercado ou pela CVM". Nesse sentido, ressalva a Procuradoria que a expressão "embora não tenha causado nenhum prejuízo ao mercado" deve ser suprimida da alínea "c" da proposta.

14. Todavia, em relação à proposta de melhorar a redação da Política de Negociação de Valores Mobiliários de Emissão da Marcopolo, manifestou-se a PFE no sentido de que não pode ser assumida pelo promitente, tendo em vista que, nos termos do art. 15 da Instrução CVM nº 358/02, esta providência depende da anuência dos demais membros do Conselho de Administração.

15. Por fim, destacou a Procuradoria que a análise da conveniência e oportunidade e da aptidão da proposta para ressarcir ou minorar os danos causados ao mercado incumbe ao Comitê de Termo de Compromisso e ao órgão Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do art. 8º e 9º da Deliberação CVM nº 486/05.

16. Consoante dispõe o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, com a redação dada pela Deliberação CVM nº 486/05, o Comitê de Termo de Compromisso, em reunião realizada em 13/12/06, decidiu negociar as condições da proposta apresentada.

17. No entendimento do Comitê, a proposta merecia ser aperfeiçoada, por se mostrar desproporcional à gravidade dos fatos apontados na peça acusatória, sendo incompatível com a conduta do proponente. Destacou-se que assim vem decidindo o Colegiado desta Autarquia, ao considerar inconveniente e inoportuna a celebração de Termo de Compromisso quando a proposta apresentada não é comparável à reprovabilidade da conduta imputada aos proponentes (Processos Administrativos Sancionadores CVM nºs RJ2005/8541, RJ2005/5038, RJ2005/8001, RJ2005/7782 e RJ2005/4359).

18. Ademais, o Comitê salientou recente orientação do Colegiado, de que as prestações em Termos de Compromisso não destinadas ao reembolso dos prejuízos devem consistir em pagamento de valor suficiente para inibir a prática de infrações assemelhadas por terceiros (Processos Administrativos Sancionadores CVM nºs RJ2005/9000, RJ2005/9059, SP2005/128, RJ2006/782, RJ2005/8528 e RJ2006/1216).

19. O Comitê entendeu ainda que a proposta de gestionar junto à companhia para que fosse melhorada, no prazo estabelecido, a redação de sua Política de Negociação de Valores Mobiliários não se apresentava adequada no presente caso, considerando-se a dificuldade em se atestar o seu cumprimento no âmbito do Termo de Compromisso porventura celebrado. Vale dizer, tratava-se, em verdade, de compromisso consubstanciado na máxima de "envidar os melhores esforços", já que a alteração da redação da Política em tela, em regra, não competiria exclusivamente ao proponente. Todavia, enfatizou-se que tal tarefa poderia ser levada a efeito pelo mesmo, independentemente da celebração de Termo de Compromisso junto a esta Autarquia.

20. Em linha com a negociação efetuada junto ao Comitê, o proponente apresentou nova proposta (fls. 307/309), através da qual enfatiza que a Marcopolo já teria alterado a redação do artigo 8º da Política de Negociação de Valores Mobiliários de sua Emissão, assim como se compromete nos seguintes termos:

"1. Cessar, como de fato já cessou a prática investigada, e que deu origem a investigação no âmbito do Processo CVM RJ-2006-4234;

2. Pagar à CVM, como condição de eficácia do Termo de Compromisso, a importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)."

FUNDAMENTOS:

21. O parágrafo 5º do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, estabelece que a CVM poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela CVM e a corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

22. Ao normatizar a matéria, a CVM editou a Deliberação CVM nº 390/01, alterada pela Deliberação CVM nº 486/05, que dispõe em seu art. 8º sobre a competência deste Comitê de Termo de Compromisso para, após ouvida a Procuradoria Federal Especializada sobre a legalidade da proposta, apresentar parecer sobre a oportunidade e conveniência na celebração do compromisso, e a adequação da proposta formulada pelo acusado, propondo ao Colegiado sua aceitação ou rejeição, tendo em vista os critérios estabelecidos no art. 9º.

23. Por sua vez, o art. 9º da Deliberação CVM nº 390/01, com a redação dada pela Deliberação CVM nº 486/05, estabelece como critérios a serem considerados quando da apreciação da proposta, além da oportunidade e da conveniência em sua celebração, a natureza e a gravidade das infrações objeto do processo, os antecedentes dos acusados e a efetiva possibilidade de punição, no caso concreto.

24. A respeito do cumprimento dos requisitos legais necessários à celebração do Termo de Compromisso, verificou-se que, mesmo após a aprovação da Política de Negociação da Marcopolo - que tornara aplicável a situação prevista no §7º do art. 13 da Instrução CVM nº 358/02 - o proponente somente voltou a negociar com ações de emissão da companhia após o término da vigência de seu programa de recompra de ações (findo em 23.05.06), deixando nítido que cessara a prática da conduta apontada pela área técnica (Relatório da Bovespa às fls. 311/316).

25. Outrossim, infere-se que não há nos autos elementos que demonstrem a existência de dano individualizado passível de ressarcimento, o que, contudo, não exclui a ocorrência de prejuízos ao mercado como um todo, consoante enfatizou a PFE em seu parecer.

26. No entanto, o Comitê depreende que a proposta apresentada - dada aquela resultante da negociação efetuada - atende à finalidade do instituto de que se cuida, à medida que vem a reverter em benefício do mercado por intermédio de sua entidade reguladora, além de se mostrar suficiente para inibir a prática de condutas assemelhadas pelo proponente ou por terceiros.

27. Soma-se a isso o fato de que a proposta fora apresentada previamente à instauração de eventual processo administrativo sancionador por parte da CVM, o que, no entendimento do Comitê, há que ser considerado quando de sua apreciação, já que, afinal, não existem ainda acusações imputadas ao ora proponente.

28. Nesse sentido, o Comitê depreende que a aceitação da proposta mostra-se conveniente e oportuna, coadunando-se, em sua essência, com o instituto do Termo de Compromisso de que trata a Lei nº 6.385/76.

29. Por derradeiro, há que se definir o prazo para o cumprimento do compromisso de ordem pecuniária, observando-se que o prazo praticado em obrigações dessa natureza é de 10 (dez) dias, contados da publicação do Termo de Compromisso no Diário Oficial da União. Igualmente faz-se necessário designar a superintendência responsável pelo atesto do cumprimento da obrigação assumida, avertando-se, para tanto, a Superintendência Administrativo-Financeira - SAD.

CONCLUSÃO

30. Em face do acima exposto, o Comitê de Termo de Compromisso propõe ao Colegiado da CVM a **aceitação** da proposta de Termo de Compromisso apresentada por **José Antônio Fernandes Martins**.

Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 2006

Eduardo Manhães Ribeiro Gomes

Superintendente Geral

em exercício

Luis Mariano de Carvalho

Superintendente de Fiscalização Externa

José Carlos Bezerra da Silva

Superintendente de Normas Contábeis e de Auditoria

em exercício

(1) Art. 13. Antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante ocorrido nos negócios da companhia, é vedada a negociação com valores mobiliários de sua emissão, ou a eles referenciados, pela própria companhia aberta, pelos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, ou por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora, suas controladas ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante.

§1º... omissis...

§ 2º ... omissis...

§3º A vedação do caput também prevalecerá: (NR)

I – ... omissis...

II – em relação aos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores e membros do conselho de administração, sempre que estiver em curso a aquisição ou a alienação de ações de emissão da companhia pela própria companhia, suas controladas, coligadas ou outra sociedade sob controle comum, ou se houver sido outorgada opção ou mandato para o mesmo fim. (NR)

§ 4º ... omissis...

§ 5º ... omissis...

§ 6º ... omissis...

§7º As vedações previstas no caput e nos §§ 1o a 3o não se aplicam às negociações realizadas pela própria companhia aberta, pelos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, de acordo com política de negociação aprovada nos termos do art. 15.