PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

REF.: PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 05/2006

RELATÓRIO:

1 . Trata-se de Inquérito Administrativo instaurado para *"apurar eventuais irregularidades no adiamento da aprovação de migração tecnológica em operadoras de telefonia celular controladas da Newtel Participações S.A. e na divulgação de fato relevante referente ao assunto"*. (Relatório da Comissão de Inquérito às fls. 1208/1231)

2 . O inquérito originou-se de reclamação, protocolizada nesta CVM em 03.02.04 pelas companhias abertas Telemig Celular Participações S.A., Tele Norte Celular Participações S.A., Telemig Celular S.A. e Amazônia Celular S.A. ("**Companhias**"), acerca da operação de migração tecnológica do padrão TDMA para o padrão GSM ou CDMA, nas redes de telefonia celular da Telemig Celular S.A. e Amazônia Celular S.A. ("**Operadoras**"). (parágrafo 2º do Relatório da Comissão)

3. De acordo com a reclamação, a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - PREVI, a Fundação Petrobras de Seguridade Social - PETROS e a Fundação Embratel de Seguridade Social – TELOS ("**Fundos de Pensão**"), acionistas da Newtel Participações S.A. ("**Newtel**"), controladora indireta das Companhias, ao não aprovarem projeto de migração tecnológica das Operadoras, poderiam levar estas últimas a sofrer substanciais prejuízos mercadológicos e financeiros, em função, entre outras, da perda de datas comerciais daquele ano, como, por exemplo, o "Dia das Mães", quando seria comum ocorrer um acréscimo médio de 11% nas vendas. Afirmaram ainda que a atitude dos Fundos de Pensão impedia a deliberação acerca de suas propostas orçamentárias e de seus planos de negócios para 2004, gerando mais um entrave à consecução de seu fim social. (parágrafos 3º e 4º do Relatório da Comissão)

4. Por outro lado, os Fundos de Pensão enviaram à CVM cópia de considerações e questionamentos remetidos para os outros integrantes do grupo de controle das Companhias(1), relativos à citada migração tecnológica que seria realizada pelas Operadoras, denunciando ainda suposta divulgação imprecisa pelas Companhias, por meio de fato relevante de 05.02.04, informando que as Operadoras efetivariam uma migração tecnológica, sem, no entanto, ter sido apontado que para isso seria necessária a aprovação do respectivo orçamento pelos acionistas. (parágrafos 5º e 6º do Relatório da Comissão)

5. Especificamente quanto à reclamação das Companhias em face dos Fundos de Pensão, concluiu a Comissão de Inquérito que:

> *"112. Como já mencionado, a postura adotada pelos Fundos de Pensão no tocante ao adiamento da aprovação da migração tecnológica originou reclamação por parte das Companhias junto à CVM em relação à possível abuso do direito de veto, com a conseqüente infração aos artigos 115 e 116 da Lei nº 6.404/76, o que motivou o pedido de instauração do presente inquérito administrativo, por parte da SEP.*
>
> *113. Conforme já relatado, em diversas ocasiões tanto as Companhias como as empresas controladoras alertaram os Fundos de Pensão sobre o fato de que a deliberação sobre a questão da migração tecnológica se constituía em medida necessária e urgente.*
>
> *114. De acordo com as Operadoras, em entendimento levado às fundações em 08.01.04, às fls. 120 a 125, a não aprovação da matéria na reunião, convocada para 13.01.04, tornaria impossível a implementação da nova tecnologia antes de junho de 2004, ou seja, a migração tecnológica somente seria implementada em data posterior ao mês de maio, no qual, em razão do 'Dia das Mães', costuma haver um acréscimo das vendas da ordem de 10% para a Amazônia Celular e 11% para a Telemig Celular.*
>
> *115. Em contrapartida, os Fundos de Pensão alegavam a necessidade de uma discussão mais ampla acerca da estratégia de alienação futura das Companhias, uma vez que os Fundos Nacional e Estrangeiro(2) estavam em fase de desinvestimento.*
>
> *116. E, de fato, foi constatado que os argumentos utilizados pelos Fundos de Pensão tinham procedência, uma vez que um processo de alienação das Companhias foi iniciado em 04.03.05. A transação, noticiada em 03.08.07, foi conduzida pela operadora de telefonia celular Vivo, e a compra da Telemig e da Amazônia Celular alcançou a ordem de R$ 1,213 bilhão, segundo fato relevante enviado à CVM (fls. 1173 e 1174).*
>
> *117. A evolução do cenário tecnológico desde aquela ocasião, apresentada nos itens 29 a 35, mostrou que a decisão pela migração para GSM se constituiu a mais acertada para as Operadoras.*
>
> *118. O fato de as Companhias afirmarem que as decisões teriam que ser tomadas até 13.01.04, entretanto, entra em desacordo com a data de autorização concedida pela ANATEL para a migração para o SMP, ocorrida em 19.02.04, e que somente a partir daí seria possível a realização da transição tecnológica.*
>
> *119. Além disso, nos cronogramas de implementação das redes havia uma previsão de 4 meses para conclusão de todo o trabalho, a partir de sua aprovação. Entretanto, de acordo com o Relatório Anual das Companhias para o ano de 2004, foi informado que 'em 2004, promoveu a evolução da sua rede para o padrão GSM/EDGE, o mais avançado em operação no País, construída em apenas sete meses, o que a coloca numa posição de pioneirismo. (...) A nova tecnologia foi posta à disposição dos clientes sete meses depois de definido o padrão GSM/EDGE. A implantação foi feita em tempo recorde no Brasil. Trata-se de uma das primeiras redes das Américas planejada desde o início para ser GSM/EDGE, o que confere um diferencial competitivo para a Companhia' (fls. 1078 e 1088).*
>
> *120. Logo, a migração para GSM ocorreu em um período efetivo de 7 meses, tendo em vista que a Reunião em que finalmente foram aprovados os montantes a serem investidos ocorreu em 22.03.04, e a entrada em produção da nova tecnologia se deu a partir do mês de outubro de 2004. E, segundo as Operadoras, este teria sido um 'tempo recorde'.*
>
> *121. **Ou seja, ainda que a aprovação do montante a ser investido na migração tecnológica tivesse ocorrido no mês de janeiro de 2004, os trabalhos só teriam sido encerrados no mês de agosto, três meses após o 'Dia das Mães'**.* (grifamos)

122. Dessa forma, não ficou configurado que as Companhias incorreram em prejuízo em decorrência do atraso de pouco mais de dois meses para o início da migração tecnológica de sua rede, não podendo, portanto, ser aceita a acusação, aos Fundos de Pensão, de abuso de direito de veto e de infração aos artigos 115 e 116 da Lei nº 6.404/76." (grifamos)

6. Ainda no âmbito da apuração dos fatos, foi detectada possível caracterização de infração ao disposto no artigo 3º, parágrafo 5º, da Instrução CVM nº 358/02, tendo em vista a publicação de fato relevante impreciso ou incompleto a respeito da aprovação do padrão GSM para a migração das redes de Operadoras, bem como de infração ao artigo 157, parágrafo 4º, da Lei nº 6.404/76, pelo fato de não ter sido publicado fato relevante em 22.03.04, quando da aprovação dos montantes a serem investidos na migração. (parágrafos 123 e 124 do Relatório da Comissão)

7. A esse respeito, a Comissão de Inquérito expôs as seguintes conclusões:

"125. Segundo o entendimento da SEP, em sua análise de fls. 02 a 19, 'quando as Diretorias das Companhias resolvem desmembrar o item migração tecnológica em dois, um para definição da tecnologia e outro para definição do investimento, estão, em nosso entendimento, segregando dois assuntos que são interdependentes'.

126. Note-se que, conforme já relatado no item 93 retro, as ordens do dia nas Atas do Conselho de Administração das Companhias foram efetivamente desmembradas, a fim de que as deliberações que obrigassem um quorum qualificado não comprometessem aquela que deliberaria apenas sobre 'a tecnologia a ser implementada pela Telemig/Amazônia Celular no overlay da rede', e que não possuía tal exigência.

127. Anteriormente, nas reuniões de 29 e 30.12.03, e de 13 e 14.01.04, um único item definia uma das deliberações a serem tomadas: '1. Deliberação sobre a evolução tecnológica de rede, considerando o montante a ser investido no projeto pela Telemig/Amazônia Celular S.A. para sua implementação'.

128. Constata-se que, pelo menos naqueles momentos, as Companhias entendiam que, para se deliberar a respeito da evolução tecnológica, haveria de se considerar o montante a ser investido, entendimento este que não se repetiu nas reuniões seguintes, de 04 e 05.02.04.

129. Na medida em que o montante a ser investido só poderia ser deliberado após a aprovação da migração tecnológica, existia, realmente, uma relação de indissociabilidade entre os itens na pauta.

130. De acordo com a SEP em sua análise, às fls. 2 a 19, o problema 'reside na divulgação incompleta e imprecisa de uma decisão adotada pela Companhia. (...) A fim de tornar o Fato relevante completo e preciso, a Companhia deveria ter mencionado que a efetivação da operação de migração da tecnologia de rede ainda dependia da aprovação de seus investimentos, que estava sujeita ao regime de quorum qualificado, conforme disposto no Acordo de Acionistas de Newtel, que prevê a necessidade do mencionado quorum para a aprovação de assuntos que resultem na aquisição de bens para o ativo permanente em valor superior a 5% do patrimônio liquido das Companhias'.

131. ***Ou seja, ao divulgar o fato relevante, as Companhias poderiam ter tido o cuidado de alertar o público que eventos futuros seriam necessários para efetivação dos negócios nele informados. Ademais, a aprovação dos investimentos necessários à migração tecnológica era condição sine qua non para a implementação do projeto***. (grifamos)

132. Contudo, ainda que as Companhias pudessem ter tido o cuidado de alertar o público de que eventos futuros seriam necessários para efetivação da migração para GSM – no caso, a aprovação do montante de recursos a ser investido –, o fato relevante de 05.02.04 foi focado exatamente na questão da mudança de padrão.

133. Porém, ainda que em suas manifestações, os ex-Diretores de Relações com Investidores tenham afirmado que a aprovação sobre o montante a ser investido não alteraria a decisão sobre a mudança tecnológica, o que é discutível, ***entende-se que, uma vez que houve o desmembramento dos assuntos (mudança de tecnologia e montante de recursos) das assembléias de 04 e 05.02.04, com a posterior preocupação de informar ao mercado, por meio de fato relevante, apenas a nova tecnologia a ser adotada, então caberia a divulgação de novo fato relevante relacionado às decisões posteriores, deliberadas na reunião de Conselho de Administração de 22.03.04, quando finalmente os montantes a serem investidos para a migração foram aprovados***. (grifamos)

134. Por sua vez, as reportagens apresentadas no Jornal Valor Econômico ao longo ano de 2003, por João Cox Neto, onde afirmava que 'o mercado já conhecia a ordem de grandeza dos valores envolvidos na operação', igualmente não podem ser consideradas como informações que pudessem complementar o fato relevante de 05.02.04. Isto porque, a informação não foi divulgada por meio de procedimentos oficiais das Companhias, além do que seria necessário o leitor conhecer o número de clientes de cada uma das operadoras para realizar o cálculo e chegar a um valor estimado para a migração.

135. A título de ilustração, observa-se o caso recente da Operadora de Telefonia Celular Vivo, que divulgou dois Fatos Relevantes, em 2006, acerca da 'evolução tecnológica para o padrão W-CDMA, por intermédio da construção de uma rede GSM/EDGE escalável a W-CDMA, a ser acrescida a sua atual rede CDMA' (fls. 1076).

136. No primeiro fato relevante sobre este assunto, emitido em 30.06.06, a Vivo informou que estaria iniciando estudos objetivando a evolução tecnológica, e que o resultado destes trabalhos seria 'objeto de avaliação e deliberação pela Diretoria e pelo Conselho de Administração'.

137. Em 21.07.07, aquela mesma empresa divulgou novo fato relevante, no qual informava que, 'em continuidade ao comunicado no Fato Relevante firmado em 30.06.2006, o Conselho de Administração apreciou o estudo e a proposta da Diretoria objetivando a construção de uma rede GSM/EDGE escalável a W-CDMA, a ser acrescida a sua atual rede CDMA, que continuará em pleno funcionamento e expansão, e deliberou pela sua aprovação, autorizando a Diretoria a iniciar os processos inerentes ao alcance desse objetivo' (fls. 1077).

138. Constata-se, ainda, no comunicado daquela empresa a preocupação em informar que 'a instalação da rede GSM/EDGE da Vivo será iniciada a partir da assinatura dos contratos de fornecimento. O investimento previsto (CAPEX) para a instalação desta nova rede da Vivo é de aproximadamente R$ 1.080.000.000,00 (um bilhão e oitenta

milhões de reais)'.

139. ***Isto posto, conclui-se que as Companhias deveriam ter divulgado novo fato relevante acerca da aprovação dos investimentos necessários (cerca de R$ 500 milhões) para a migração tecnológica, como forma de evitar que seus investidores fossem levados a tomar decisões equivocadas acerca dos seus valores mobiliários****."*** (grifamos)

8. Diante de todo o verificado, a Comissão de Inquérito propôs a responsabilização de **João Cox Neto**, na qualidade de Diretor de Relações com Investidores da Telemig Celular Participações S.A. e da Tele Norte Celular Participações S.A., à época dos fatos, e de **Ricardo Del Guerra Perpetuo**, Diretor de Relações com Investidores da Telemig Celular S.A. e da Amazônia Celular S.A., à época dos fatos, **por infração ao artigo 157, parágrafo 4º, da Lei nº 6.404/76, em vista da não publicação de fato relevante, em 22.03.04, acerca da aprovação do montante a ser investido na migração tecnológica das redes de telefonia celular**. (Parágrafo 140 do Relatório da Comissão)

9. Consoante faculta a Deliberação CVM nº 390/01, ambos os acusados apresentaram proposta de Termo de Compromisso, nos termos a seguir:

1. **Proposta de João Cox Neto (fls. 1531/1533):** compromete-se a pagar à CVM o valor de R$ 50 mil, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da publicação do Termo de Compromisso.
2. **Proposta de Ricardo Del Guerra Perpetuo (fls. 1534/1537):** igualmente se compromete a pagar à CVM o valor de R$ 50 mil, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da publicação do Termo de Compromisso.

10. Nos moldes da legislação aplicável à matéria, a Procuradoria Federal Especializada – PFE apreciou os aspectos legais das propostas apresentadas, tendo concluído pelo preenchimento dos requisitos insertos nos incisos I e II do § 5° do art. 11 da Lei nº 6.385/76, não havendo óbice para a análise pelo Comitê de Termo de Compromisso acerca da conveniência e oportunidade na celebração dos compromissos assumidos. (fls. 1539/1541)

11. Consoante faculta o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, em reunião realizada em 06.05.08, o Comitê decidiu negociar com ambos os proponentes as condições das propostas de termo de compromisso que lhe pareciam mais adequadas, nos termos a seguir reproduzidos:(fls. 1542/1545)

"No entendimento do Comitê, a proposta merece ser aperfeiçoada, por se mostrar desproporcional à gravidade dos fatos apontados na peça acusatória, sendo incompatível com a conduta atribuída ao proponente. Nesse sentido 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.

Adicionalmente, segundo recente orientação do Colegiado, as prestações em Termos de Compromisso não destinadas ao reembolso de prejuízos individualizados devem consistir em pagamento de valor suficiente para inibir a prática de infrações assemelhadas pelos próprios acusados e por terceiros que se encontrem em situação similar à daqueles, em atendimento à finalidade preventiva do instituto de que se cuida.

Nesse tocante, o Comitê entende que a propositura de obrigação pecuniária em favor da CVM, da ordem de R$ 100 mil, aparenta mais adequada ao instituto do Termo de Compromisso, posto que estaria em consonância com a orientação do Colegiado em casos dessa natureza, tal qual os processos administrativos CVM nºs RJ2007/3820 e RJ2007/3821, revertendo em benefício do mercado por intermédio de seu órgão regulador, ao qual incumbe, dentre outros, assegurar o funcionamento eficiente e regular desse mercado (art. 4º da Lei nº 6.385/76). Observa-se ainda que o prazo praticado em compromissos dessa natureza é de 10 (dez) dias, a contar da publicação do Termo de Compromisso no Diário Oficial da União.

Por fim, cabe frisar que este não é o momento próprio à análise de argumentos de defesa, à medida que o seu eventual acolhimento somente pode ser objeto de julgamento final pelo Colegiado desta Autarquia, sob pena de caracterizar uma extrapolação dos estritos limites da competência deste Comitê, convolando-se o instituto em verdadeiro julgamento antecipado.

Isto posto, o Comitê assinala o prazo de 10 (dez) dias úteis para que o proponente apresente suas considerações e, conforme o caso, adite a proposta apresentada, ocasião em que será encerrada a fase de negociação de que trata o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, com o conseqüente encaminhamento de parecer ao Colegiado."

12. Em 21.05.08, o Sr. **Ricardo Del Guerra Perpetuo** apresentou expediente (fls. 1546/1549), no qual aceita os termos sugeridos pelo Comitê de pagamento à CVM de R$100 mil (cem mil reais). Nesse sentido, pede que lhe seja concedido o prazo de 20 dias para realizar o pagamento da quantia acordada, visto que o pagamento à CVM será realizado com recursos provenientes de seguro de responsabilidade civil de administradores de empresa (D&O), contratado pela Companhia para casos como o presente. Ainda, aduz que o uso desse procedimento em nada prejudica os acionistas da Companhia, por se tratar de uma prática lícita e comum no mercado, e pelo fato da celebração de Termo de Compromisso não configurar uma condenação, de forma que não se poderia dizer que recursos sociais estariam sendo destinados ao cumprimento de penalidade aplicada ao ex-administrador.

13. Na mesma data, o Sr. **João Cox Neto** apresentou expediente de idêntico teor (fls. 1550/1551), no qual aceita os termos sugeridos pelo Comitê e requer a extensão do prazo sugerido para 20 dias pelas mesmas razões expostas, ressaltando que tal seguro foi contratado em favor do compromitente na forma legal e estatutariamente requerida, fazendo-o jus à utilização da indenização devida.

FUNDAMENTOS:

14. 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.

15. 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.

16. 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.

17. Por ocasião da análise das propostas, cumpre verificar não somente o atendimento aos requisitos legais necessários à celebração do Termo de Compromisso, como também a sua adequação ao instituto em tela, especialmente a proporcionalidade entre os compromissos assumidos e a reprovabilidade da conduta imputada aos proponentes, evidenciando a conveniência e oportunidade na celebração do ajuste de que se cuida.

18. Face à negociação realizada, os proponentes aditaram suas propostas contemplando o valor sugerido pelo Comitê, entendido como bastante para desestimular condutas assemelhadas, em atendimento à finalidade preventiva do instituto de que se cuida. Com relação ao prazo requerido pelos compromitentes, o Comitê não manifesta oposição, entendendo-o razoável para o cumprimento da obrigação assumida.

19. Deste modo, o Comitê considera que, além do preenchimento dos requisitos legais insertos nos incisos I e II do §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76, a nova proposta apresentada coaduna-se com o instituto em tela, mostrando-se conveniente e oportuna sua aceitação.

20. Por fim, é de se sugerir a designação da Superintendência Administrativo-Financeira – SAD para o seu atesto.

CONCLUSÃO

21. Em face do acima exposto, o Comitê de Termo de Compromisso propõe ao Colegiado da CVM a **aceitação** das propostas de Termo de Compromisso apresentadas por **João Cox Neto** e **Ricardo Del Guerra Perpetuo.**

Rio de janeiro, 04 de junho de 2008.

Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Superintendente Geral

Elizabeth Lopez Rios Machado

Superintendente de Relações com Empresas

Waldir de Jesus Nobre

Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários

Fábio Eduardo Galvão F.Costa

Superintendente de Processos Sancionadores

Antonio Carlos de Santana

Superintendente de Normas Contábeis e Auditoria

(1) Em outubro de 1998, os Fundos de Pensão, a Opportunity Mem S.A. (controladora à época da Newtel) e outros acionistas minoritários da Newtel firmaram Acordo de Acionistas que garantia às fundações alguns direitos, notadamente por meio da submissão da deliberação de certas matérias relevantes a um regime de quorum qualificado. (parágrafo 10 do Relatório da Comissão)

(2) Destaca-se que 100% das ações ordinárias da Opportunity Mem S.A. (controladora da Newtel) eram detidas pela Futuretel S.A., cuja distribuição acionária era dividida, na sua maior parte, entre os fundos Investidores Institucionais FIA e CVC International Brazil LP, respectivamente denominados "**Fundo Nacional**" e "**Fundo Estrangeiro**". À época dos fatos relatados no Inquérito, os referidos fundos eram administrados pelo Banco Opportunity S.A., o que fazia com que o controle gerencial das Companhias fosse exercido por esta instituição. (parágrafo 23 do Relatório da Comissão)