

PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

REF.: PROCESSO ADMINISTRATIVO CVM Nº RJ2008/10302

RELATÓRIO

1. Trata-se de proposta de Termo de Compromisso (fls. 533/547) encaminhada pela **Pothencia Tecnologia Ambiental Ltda. ("Pothencia")**, 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 investigação sobre a realização, pela Pothencia, de oferta pública de distribuição de valores mobiliários sem prévio registro na CVM, caracterizando possível infração ao artigo 19[1] da Lei nº 6.385/76 e do art. 2º[2] da Instrução CVM nº 400/03 (MEMO/CVM/SRE/GER-2/Nº 182/09, às fls. 548/555).
3. Em 16/10/08, a Superintendência de Proteção e Orientação aos Investidores - SOI recebeu consulta acerca do Projeto denominado "Guanandi Wood 2", referente a investimentos em reflorestamento, divulgado no site www.pothencia.com.br. Diante disso, a SOI solicitou inspeção, visando a apurar a "emissão dos valores mobiliários descritos no art. 2º, IX, da Lei 6.385, *sem prévio registro nessa Autarquia*" (fls. 24). Tal inspeção foi realizada entre os dias 02 e 15/12/08, ocasião em que se obteve cópia, dentre outros, dos Contratos de Arrendamento Rural assinados, Contratos de Arrendamento Rural "padrão", Contratos de Prestação de Serviços assinados, Contratos de Serviços "padrão" e Relação de Clientes. Segundo conclusão constante do Relatório de Inspeção (fls. 193/199), "*não surgiram elementos que permitissem formar convicção a respeito do exercício irregular de atividade no MVM por parte da Pothencia Tecnologia*". Ademais, sugeriu-se a apreciação da Procuradoria Federal Especializada junto à CVM – PFE/CVM, especialmente quanto a parecer apresentado pela Pothencia suportando juridicamente, em tese, as atividades desenvolvidas pela empresa.
4. Em 06/01/09, a PFE/CVM manifestou-se, ponderando notadamente que: "*Ora, diante destes apontamentos, podemos afirmar que o caso em tela não se enquadra na categoria dos contratos de investimento coletivo, haja vista, dentre outras, as cláusulas 2.1.1 e 5.1.1 de fls 96 e 97, que asseguram o exercício de direitos estranhos aos CIC's. In casu, resta também evidente a repartição dos riscos entre o investidor e a empresa, característica que não se coaduna com os contratos de investimento coletivo. Curial também observar a existência de contratos diferenciados entre os investidores (fls. 59/79), o que demonstra a existência de contratos comutativos e não de simples adesão, figura típica dos CIC's" (fls. 202/206). No entanto, devido à aprovação pelo Colegiado, em 13/01/09, de minuta de Deliberação (*stop order*) proposta pela Superintendência de Registro de Valores Mobiliários - SRE em caso semelhante (Investverde Investimentos Sustentáveis Ltda.), a PFE/CVM propôs o encaminhamento do processo à área técnica para as considerações e providências julgadas cabíveis.*
5. Em 16/01/09, a SRE propôs ao Colegiado a edição de deliberação de suspensão de oferta pública irregular de títulos ou contratos de investimento coletivo por parte da Pothencia, nos termos do art. 2º inciso IX, da Lei nº 6385/76, sob a cominação de multa, considerando o que se segue: "*(i) De acordo com a Instrução CVM 270, apenas as sociedades anônimas podem emitir títulos ou contratos de investimento coletivo para distribuição pública, devendo ainda ser registradas na CVM. Este não é o caso da Investverd e da Pothência, pois ambas são sociedades limitadas e não possuem registro na CVM; logo, elas não podem emitir CIC. (ii) O inciso III do art. 5º da Instrução CVM 400 prevê hipótese de dispensa de registro da oferta pública de valores mobiliários feita por microempresa ou empresa ou empresa de pequeno porte, não dispensando o registro da emissora previsto na Instrução CVM 270. (iii) Nos termos da Lei das ME/EPP, sociedades anônimas não podem se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto naquela Lei. Como a Instrução CVM 270 diz que a sociedade que pretenda ofertar CIC tem que ser S/A, uma emissora de CIC não poderá ser ME nem EPP, não podendo, assim, gozar da dispensa prevista no inciso III do art. 5º da Instrução CVM 400. (iv) Ao que parece, as sociedades acima mencionadas também não atendem ao disposto no art. 72 da Lei Complementar nº 123" (fls 266/276).*
6. Em linha com a área técnica, o Colegiado considerou que as propostas de investimento ofertadas pela Pothencia consistiam em valores mobiliários da modalidade contrato de investimento coletivo (inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/76), demandando, pois, registros na CVM. Tendo em vista isso, determinou que a SRE oficiasse a companhia para (i) suspender imediatamente qualquer esforço que pudesse caracterizar oferta pública de tais opções de investimento e (ii) retirar o site da Internet, sob pena de Deliberação de *stop order*. O Colegiado determinou ainda que a Pothencia fosse comunicada sobre o indeferimento do pedido de dispensa automática de registro (inciso III do art. 5º da Instrução CVM nº 400/03), visto que sua concessão dependeria do efetivo reconhecimento da emissora como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, além do registro de empresa emissora de CIC nos termos da Instrução CVM nº 270/98.
7. Diante disso, a Pothencia protocolou expedientes requerendo, dentre outros, a revogação da decisão do Colegiado, arguindo que a CVM teria lhe aplicado restrição sem a observância do devido processo legal, alijando o "*seu direito inequívoco do contraditório e da ampla defesa*". A esse respeito, a PFE/CVM manifestou-se, ponderando que "*(...) a declaração, pelo Colegiado da CVM, de que os títulos objeto de oferta pública são valores mobiliários, e a determinação à requerente que cessasse sua distribuição não tem cunho sancionatório, pois não se aplicou pena por infrações a lei, mas apenas se buscou, em cumprimento às finalidades legais da CVM, prevenir prejuízos futuros aos investidores que, ao adquirirem contratos não registrados na CVM, não teriam acesso ao nível mínimo de informação que a lei reputa essencial a sua tomada de decisão de investimento. Nota-se ainda que a determinação da suspensão das atividades não prejudica a eventual apuração de possíveis infrações passadas e devida aplicação, aí sim, de sanções administrativas – mediante eventual instauração de processo administrativo sancionador apropriado, em que serão decerto asseguradas as sacrossantas garantias constitucionais da defesa – e, após eventual remessa dos autos ao ministério público, e conforme o entendimento deste, mesmo criminais.*
8. Consoante faculta a legislação, em 28/08/09 a Pothencia apresentou proposta de celebração de termo de compromisso (fls. 533/547), na qual afirma o atendimento aos requisitos legais necessários à celebração do ajuste, ressaltando a suspensão do acesso ao site www.pothencia.com.br ao público em geral e informando que os contratos em vigor estariam "*caracterizados como oferta privada, na medida em que preenchem os requisitos excludentes de oferta pública prevista na referida Lei, em especial a oferta a pessoas que já possuem relação comercial e pessoal, estreita e habitual, com o Diretor da Pothencia...*". Ademais, visando a "*comprovar que os atuais clientes particulares da Pothencia não estão sendo prejudicados e que estão cientes que tais contratos não estão sendo fiscalizada (sic) por esta autarquia*", **compromete-se a** entregar a CVM declaração desses clientes informando que: (i) têm conhecimento e experiência em negócios, e antes da celebração do contrato avaliaram e aceitaram os riscos do negócios; (ii) tiveram amplo acesso às informações que julgaram necessárias e suficientes para celebração do negócio; e (iii) que essas atividades da Pothencia não estão submetidas à fiscalização da CVM.
9. Além disso, tendo em vista possível entendimento da CVM acerca da ocorrência de danos difusos ou coletivos no âmbito do mercado de valores mobiliários, a Pothencia **também propõe**: (i) realizar a recuperação florestal de uma área degradada de 200 (duzentos) mil metros quadrados, na cidade de São Paulo (parte do Parque Ecológico do Rio Tietê), por meio do plantio de 40 (quarenta) mil árvores de espécies nativas, envolvendo o custo total de R\$100.000,00 (cem mil reais), conforme detalhado em sua proposta; e (ii) enviar carta ao mercado divulgando o entendimento acerca do tema, para devido enquadramento e ciência por parte de outras empresas que atuam no mesmo mercado e/ou têm objeto social similar ao da Pothencia.

10. Consoante dispõe a Deliberação CVM nº 390/01, a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM – PFE/CVM manifestou-se acerca da legalidade da proposta apresentada, tendo concluído pela inexistência de óbice a sua análise. (MEMO/PFE-CVM/GJU-1/Nº 452/09 e respectivos Despachos às fls. 608/610 e 611).
11. Visando a subsidiar sua análise, o Comitê de Termo de Compromisso, em reunião realizada em 17/11/09, decidiu requerer à proponente informações e documentos adicionais, nos seguintes termos: (Comunicado às fls. 634/636)

"Diante da complexidade e das particularidades que permeiam a proposta apresentada pela Pothencia, o Comitê vislumbrou a necessidade da apresentação de descrição detalhada dos compromissos assumidos, englobando mas não se limitando a:

1. Informar qual a efetiva participação da Pothencia no projeto de recuperação florestal. Nesse tocante, esclarecer: (i) se a participação da Pothencia restringe-se ao repasse do capital necessário à sua implementação (R\$ 100.000,00). Caso afirmativo, identificar quem executará o projeto e informar como se dará o repasse desse dinheiro; ou (ii) se a Pothencia executará o projeto (orçado em R\$ 100.000,00), fornecendo os recursos requeridos, tais como material e mão-de-obra;

2. Informar eventual vantagem fiscal a ser auferida pela Pothencia a partir de sua participação no projeto denominado "Bosque da Amizade Brasil Japão":[\[3\]](#)

3. Apresentar minuta do Termo de Parceria a ser firmado entre a Pothencia, a OISCA Brasil e a Associação Brasileira dos Imigrantes Japoneses;

4. Apresentar documento pelo qual a OISCA Brasil e a Associação Brasileira dos Imigrantes Japoneses manifestem sua anuência com a celebração do Termo de Parceria. Faz-se mister ainda que a proposta de Termo de Compromisso estabeleça prazo para a assinatura do Termo de Parceria, contado a partir da data da publicação do Termo de Compromisso (eventualmente firmado com a CVM) no Diário Oficial da União.

Especificamente quanto à obrigação de "envio de correspondências ao mercado", o Comitê entende que o precedente no qual a proposta em tela se baseia (PAS CVM nº RJ2007/11305) apresenta particularidades que o diferem substancialmente do caso concreto. Em tal precedente, considerou-se o caráter sócio-educativo de declaração prestada por agente político, na qualidade de representante do acionista controlador estatal, como medida capaz de nortear a atuação dos participantes do mercado de valores mobiliários, tomando-se em conta o grau de publicidade alcançado. O mesmo não se verifica no caso concreto, de sorte que o envio de tais correspondências não aparenta eficaz ao Comitê, no escopo de desincentivar a prática de condutas assemelhadas, em atendimento à finalidade preventiva do instituto do Termo de Compromisso, conforme orientação do Colegiado a respeito. Não obstante, enfatiza-se que ao Termo de Compromisso eventualmente celebrado com esta Autarquia será dada a devida publicidade, a partir de sua divulgação no Diário Oficial da União e no site da CVM, o que poderá igualmente ser efetuado no site da proponente.

Isto posto, o Comitê assinala o prazo de 10 (dez) dias úteis para que a proponente apresente as informações e documentos ora requeridos."

12. Em 07/12/09, a Pothencia encaminhou petição (fls. 637/650) esclarecendo que, ao enviar à OISCA Brasil e à Associação Brasileira dos Imigrantes Japoneses a solicitação da carta de anuência e a minuta dos termos de parceria, foi surpreendida com a súbita desistência dessas organizações de continuar o projeto de ampliação do Bosque da Amizade Brasil-Japão.
13. Argumentando ser uma "evidente demonstração de boa-fé", a proponente relata que, tão logo comunicada da inviabilidade do projeto no Estado de São Paulo, entrou em contato com a municipalidade de Maringá, no Estado do Paraná [\[4\]](#), questionando-a acerca do interesse em uma parceria análoga à anteriormente proposta.
14. Diante da resposta positiva, a Pothencia se compromete a celebrar um Termo de Parceria com a Prefeitura Municipal de Maringá através da Secretária do Meio Ambiente – SEMA, para reflorestar 50.000 m², com 10.000 mudas de espécies nativas da bacia hidrográfica do Córrego Guaiapó. Nesse tocante, a Pothencia anexou carta firmada pelo Secretário da SEMA, dispondo acerca da autorização para celebração de parceria com a Pothencia para o reflorestamento da aludida área degradada, concedida pela Prefeitura de Maringá (fls. 646/650).
15. Algumas informações complementares foram prestadas pela proponente: a) a própria será a responsável pelo plantio e manutenção das árvores por um período de 2 anos; b) não se beneficiará de nenhuma vantagem fiscal; c) o custo total para a realização do projeto é de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme planilha abaixo:

ATIVIDADE	VALOR
Produção e aquisição de mudas	R\$ 11.250,00
Retirada de espécies exóticas invasoras	R\$ 7.000,00
Preparo do solo e plantio	R\$ 15.000,00
Estaqueamento das árvores	R\$ 6.600,00
Substituição de mudas	R\$ 6.900,00
Manutenção por dois anos	R\$ 20.500,00
Segurança do local	R\$ 14.400,00
Isolamento da área	R\$ 18.350,00
TOTAL	R\$ 100.000,00

16. A proponente apresentou ainda um cronograma de execução do projeto:

Atividade	Mês 01	Mês 02	Mês 03	Mês 04	Mês 05	Mês 06	Mês 07	Mês 08	Mês 09	Mês 10	Mês 11	Mês 12	Mês 13/29	Mês 30
Produção e aquisição de mudas	X	X	X											
Retirada de espécies exóticas		X	X											
Pré-Plantio			X	X	X									
Plantio						X								
Estaqueamento das árvores							X							
Certificado de implantação								X						
Substituição de mudas							X	X	X	X	X	X	X	X
Segurança do local						X	X	X	X	X	X	X	X	X
Certificado de Conclusão														X

* Assinatura do Termo de Compromisso – 10 dias após publicação pela CVM no Diário Oficial. O Cronograma se inicia a partir desta

17. Com relação à comprovação de execução do projeto, a Pothencia informa que a prefeitura de Maringá emitirá dois certificados, sendo o primeiro ao término do plantio ("Certificado de Implantação") e o segundo ao término do projeto ("Certificado de Conclusão"), comprovando a manutenção do plantio pelo período de 2 (dois) anos.
18. Por fim, a proponente apresentou minuta de "Termo de Compromisso de Preservação Ambiental" a ser firmado junto à SEMA [\[5\]](#) (fls. 651/654), destacando que suas cláusulas (específicas) poderão sofrer alterações, à medida que, regra geral, tal documento somente seria elaborado após a aprovação e publicação do Termo de Compromisso firmado com a CVM. Esclarece que para cada projeto é desenvolvido um Termo específico discutido entre as partes, com todas as particularidades do projeto de acordo com o que foi aprovado pelo Órgão responsável, envolvendo o Departamento jurídico da empresa e a Procuradoria da Prefeitura.

FUNDAMENTOS

19. 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.
20. 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.
21. 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.
22. Vale lembrar ainda que, nos termos do art. 11, §6º da Lei nº 6.385/76, a celebração do Termo de Compromisso põe fim ao procedimento administrativo, não importando em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, o que deve ser considerado na análise da adequação do compromisso assumido e, portanto, da conveniência e oportunidade na aceitação da proposta apresentada.
23. No caso em tela, o Comitê foi submetido a uma proposta peculiar: o reflorestamento de uma área degradada, em projeto orçado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por meio de assinatura de Termo de Parceria com entidade pública. Nesse tocante, cumpre reiterar orientação do Colegiado, no sentido de que as propostas de Termo de Compromisso não destinadas à indenização de prejuízos (individualizados) devem contemplar obrigação suficiente para fins de desestimular a prática de condutas semelhantes, em atendimento à finalidade preventiva do instituto de que se cuida.
24. Alguns aspectos objetivos foram analisados pelo Comitê: em primeiro lugar, depreendeu-se que se trata de uma proposta vinculada ao ramo de atividade da proponente. Com efeito, o Comitê entendeu haver razoabilidade em uma proposta nesses moldes por uma empresa de tecnologia ambiental. Superada essa questão, pesou favoravelmente também o fato de estarmos diante de um projeto público. A proposta envolve expressa anuência da prefeitura de Maringá – PR, a qual disponibilizou inclusive um modelo do Termo de Compromisso de Preservação Ambiental a ser assinado entre a proponente e a Secretaria de Meio-Ambiente do Município. Cabe registrar ainda que estamos diante de uma proposta apresentada antes de haver uma acusação formulada pela CVM.
25. A proponente apresentou ainda, ao longo do processo de debate, respostas satisfatórias a algumas questões levantadas pelo Comitê. Por exemplo, foi esclarecido que não haverá benefício fiscal à Pothencia. Cronograma, prazos e o controle do projeto pela Prefeitura de Maringá também foram expostos: haverá a expedição de dois certificados pela prefeitura. Ademais, a minuta do Termo de Compromisso de Preservação Ambiental prevê sanções à proponente em caso de inadimplência de quaisquer das cláusulas do acordo (no caso de inadimplência, é estabelecido o pagamento de R\$10,00 por m² da área que deixou de ser recuperada ou mantida).
26. No entender do Comitê, o cumprimento de eventual Termo de Compromisso junto à CVM não deveria ficar vinculado ao cronograma estabelecido para a execução do projeto de reflorestamento e à emissão dos certificados pela Prefeitura, tendo em vista que tal projeto engloba ainda a manutenção do plantio pelo período de dois ou três anos [\[6\]](#) e considerando especialmente as obrigações impostas à Pothencia no âmbito do

Termo de Compromisso de Preservação Ambiental, que constitui título executivo extrajudicial. Nesse sentido, o Comitê depreende suficiente e razoável que o cumprimento em tela seja atestado a partir da celebração do citado Termo com o Município de Maringá - PR.

27. Diante do exposto, o Comitê conclui que a aceitação da proposta afigura-se conveniente e oportuna, sugerindo a fixação do prazo de 90 (dez) dias para assinatura do Termo de Compromisso de Preservação Ambiental, contados da publicação do Termo de Compromisso junto à CVM no Diário Oficial da União, bem como a designação da Superintendência de Registro de Valores Mobiliários – SRE para o respectivo atesto, nos termos acima sugeridos.

CONCLUSÃO

28. 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 **Pothencia Tecnologia Ambiental Ltda.**

Rio de Janeiro, 13 de janeiro de 2010.

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

MAURÍCIO LUIZ LEMOS
Superintendente de fiscalização Externa

JOSÉ ORLANDO GONÇALVES DA SILVA
Superintendente de Processos Sancionadores em exercício

ANTONIO CARLOS DE SANTANA
Superintendente de Normas Contábeis e Auditoria

[1] Art. 19 - Nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão.

[2] Art. 2º Toda oferta pública de distribuição de valores mobiliários nos mercados primário e secundário, no território brasileiro, dirigida a pessoas naturais, jurídicas, fundo ou universalidade de direitos, residentes, domiciliados ou constituídos no Brasil, deverá ser submetida previamente a registro na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, nos termos desta Instrução.

[3] O coordenador geral da OISCA Brasil afirmou à proponente por escrito que não mais seria possível o reflorestamento na área do Parque Ecológico do Tietê, porque o governo do Estado de São Paulo está duplicando a Marginal do Tietê e para isto estão sendo removidas muitas árvores do antigo canteiro central da Marginal. Informou ainda que o supramencionado governo teria assumido Termos de Compensação Ambiental pelos quais deverá plantar 80.000 mudas em áreas próximas à Marginal Tietê.

[4] Segundo a proponente, em "Proposta de Ajustamento de Conduta" protocolada em janeiro de 2009, a Pothencia já teria indicado que a área degradada a ser reflorestada poderia alternativamente estar localizada na cidade de Maringá (PR) ou na cidade de São Paulo (SP).

[5] Tal minuta, inclusive, é assinada pelo Secretário de Meio-Ambiente do Município de Maringá.

[6] A minuta do Termo de Compromisso de Preservação Ambiental estabelece o prazo de 3 (três) anos.