

## PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

REF.: PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ 2008/8046

### RELATÓRIO

1. Trata-se de Termo de Acusação (fls. 401/432) instaurado pela Superintendência de Relações com Empresas – SEP em face dos seguintes administradores da Construtora Lix da Cunha S/A: **Marisa Braga da Cunha Marri, Moacir da Cunha Penteado, Renato Antunes Pinheiro, José Carlos Valente da Cunha, Hélio Duarte de Arruda Filho e Fausto da Cunha Penteado.**

2. O presente processo surgiu em decorrência de reclamação de acionista formulada em 18.08.06 acerca do não pagamento de dividendos, apesar de a companhia ter apresentado lucros. (parágrafo 3º do Termo de Acusação)

3. Inicialmente, foi apurado que em assembleia geral realizada em 18.10.01 a companhia promoveu alteração estatutária substituindo o direito das ações preferenciais ao recebimento prioritário não cumulativo de dividendo mínimo não inferior a 6% ao ano por 10% maior do que o atribuído às ações ordinárias. A questão foi objeto do Processo CVM RJ 2001/11267 e levada à apreciação do Colegiado que, em reunião realizada em 01.04.03, decidiu que o estatuto deveria voltar à redação anterior, negando provimento ao recurso da companhia. (1)Diante da decisão do Colegiado, em 26.06.03 a companhia publicou Fato Relevante, divulgando ao mercado que o parágrafo 1º do artigo 5º de seu Estatuto Social voltaria a ter a redação anterior à aludida modificação e que qualquer diferença para mais já recebida pelos acionistas preferenciais não deveria ser devolvida, dada a boa fé existente. (parágrafo 20 do Termo de Acusação)

4. Em consequência, nos exercícios sociais de 2001 e 2002, a distribuição de dividendos às ações preferenciais foi feita com base na alteração que concedia prioridade de 10% maior do que os dividendos atribuídos às ações ordinárias. Entretanto, a partir de 30.04.04, com a ratificação da alteração pela assembleia geral, passou a vigorar novamente a redação antiga que estabelecia o valor mínimo anual de 6%. (2)(parágrafo 21 do Termo de Acusação)

5. Assim, ao examinar a destinação do resultado do exercício social de 2001, a SEP verificou que as ações preferenciais receberam valor superior a que teriam direito se o cálculo fosse feito com base na redação anterior do estatuto social e que as ações ordinárias receberam menos. Verificou, ainda, que apenas parte dos dividendos foi paga ao longo de 2002, embora a assembleia tenha decidido que o pagamento seria efetuado dentro do exercício social. (parágrafos 28 a 33 do Termo de Acusação)

6. Uma outra irregularidade observada diz respeito ao fato de não ter sido registrada nas demonstrações financeiras de 31.12.01 a destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembleia geral, bem como o aumento de capital aprovado na mesma assembleia. (parágrafos 35 e 36 do Termo de Acusação)

7. No exercício de 2002, a SEP verificou que foram praticadas irregularidades semelhantes às observadas em 2001, ou seja, as ações preferenciais receberam mais do que teriam direito e as ações ordinárias receberam menos; e as demonstrações financeiras não registraram a destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembleia geral, bem como o aumento do capital aprovado na referida assembleia. Foi deliberado, ainda, na assembleia que, por enfrentar problemas financeiros, a companhia deixaria de pagar os dividendos, tendo constituído Reserva Especial para Dividendos não Distribuídos, conforme é permitido pelo § 5º do art. 202 da Lei 6.404/76, tendo incluído, indevidamente, a parcela relativa ao pagamento do dividendo mínimo, em prejuízo do direito dos acionistas preferencialistas. (3)(parágrafos 40 a 49 do Termo de Compromisso)

8. No exercício de 2003, observou-se que todo o montante destinado à distribuição de dividendos não foi sequer suficiente ao pagamento do dividendo mínimo às ações preferenciais e que, como a companhia continuava com problemas de disponibilidade financeira, constituiu novamente a Reserva Especial para Dividendos não Distribuídos, em prejuízo do direito dos acionistas preferencialistas de receber os dividendos mínimos. Além disso, da mesma forma que nos exercícios anteriores, as demonstrações financeiras não registraram a destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembleia geral. Uma outra irregularidade observada foi o não encaminhamento à CVM no prazo de 5 (cinco) dias da justificativa de não pagamento do dividendo transmitida à assembleia. (parágrafos 51 a 18 do Termo de Acusação)

9. No exercício de 2004, a companhia apurou prejuízo e absorveu apenas parte dele, quando deveria ter usado o saldo das Reservas de Lucros, uma vez que somente poderá haver saldo na conta de Prejuízos Acumulados se esgotadas todas as reservas de lucros. (parágrafos 59 a 63 do Termo de Acusação)

10. No exercício de 2005, a companhia destinou do lucro líquido dividendos menores às ações preferenciais do que deveria e deliberou em assembleia que o pagamento seria feito quando houvesse disponibilidade financeira, tendo constituído Reserva Especial para Dividendos não Distribuídos, em prejuízo do direito dos acionistas preferencialistas de receber os dividendos mínimos. Aqui também as demonstrações financeiras não registraram a destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembleia geral. (parágrafos 68 a 77 do Termo de Acusação)

11. No exercício de 2006, a companhia novamente destinou do lucro líquido dividendos menores às ações preferenciais do que deveria e deliberou em assembleia que o pagamento seria efetuado quando houvesse disponibilidade financeira, tendo constituído Reserva Especial para Dividendos não Distribuídos, em prejuízo do direito dos acionistas preferencialistas de receber os dividendos mínimos. Entretanto, ao contrário dos exercícios anteriores, as demonstrações financeiras passaram a refletir a destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembleia geral. (parágrafos 79 a 87 do Termo de Acusação)

12. No exercício de 2007, a companhia continuou destinando do valor total do lucro líquido dividendos menores às ações preferenciais do que deveria e, por incompatibilidade de pagamento devido à situação financeira, constituiu Reserva Especial para Dividendos não Distribuídos, em prejuízo do direito dos acionistas preferencialistas de receber os dividendos mínimos. (parágrafos 89 93 do Termo de Acusação)

13. A SEP apurou, ainda, que as demonstrações financeiras de 31.12.04 e 31.12.05 foram elaboradas com atraso e que as respectivas assembleias gerais ordinárias também não foram realizadas nos 4 (quatro) meses seguintes ao término do exercício social (parágrafos 98 e 99 do Termo de Acusação)

14. Assim, uma vez obtidos os esclarecimentos pelos administradores da companhia, a SEP concluiu pela prática das seguintes irregularidades:

- a. "destinação, às ações ordinárias, de dividendos relativos aos exercícios de 2001 e 2002 menores aos que faziam jus, em desacordo com os arts. 5º, §1º, e 31 do estatuto social e art. 17, §4º, da Lei nº 6.404/76;

- b. não pagamento dos dividendos relativos ao exercício de 2001 dentro do exercício social de 2002, nos termos do §3º do art. 205 da Lei nº 6.404/76;
- c. destinação, às ações preferenciais, de dividendos menores que aqueles devidos nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, em desacordo com o art. 203 da Lei nº6.404/76;
- d. falta de registro, nas demonstrações financeiras de 2001, 2002, 2003 e 2005, da destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembleia geral, conforme dispõe o art.176, §3º, da Lei nº6.404/76;
- e. constituição, nos exercícios de 2002, 2003, 2005, 2006 e 2007, da Reserva Especial para Dividendos não Distribuídos prevista no art. 202, §4º, da Lei nº6.404/76, em prejuízo ao direito dos acionistas preferencialistas de receber os dividendos mínimos a que tem prioridade, em descordo com o art.203 da Lei nº6.404/76;
- f. não encaminhamento à CVM, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da realização da assembleia, da exposição justificativa da informação transmitida na assembleia, relativa à proposta de não pagamento do dividendo obrigatório referente aos exercícios de 2003 por incompatibilidade com a situação financeira da companhia, nos termos do §4º do art.202 da Lei nº6.404/76;
- g. não absorção dos prejuízos do exercício de 2004 pelas Reservas de Lucro, em desatenção ao parágrafo único do art.189 da Lei nº6.404/76 e ao parágrafo único da Instrução CVM nº59/86;
- h. elaboração em atraso das demonstrações financeiras relativas a 2004 e 2005, em infração ao art.176 da Lei nº6.404/76; e
- i. realização das assembleias gerais ordinárias relativas aos exercícios de 2004 e 2005 fora do prazo previsto no art. 132 da Lei nº6.404/76."

15. Vale ainda destacar que, uma vez questionados pela CVM, os administradores da companhia informaram que os acionistas preferencialistas tiveram seu direito a voto garantido após a AGO relativa ao exercício de 2003, o que poderia ser constatado pelo percentual indicado na AGO/E de 21.12.06 e livro de presença, assim como na AGO/E de 30.04.07. (parágrafo 17, alínea "r" do Termo de Acusação)

16. Quanto à destinação, às ações ordinárias, de dividendos relativos aos exercícios de 2001 e 2002 menores aos que faziam jus, em desacordo com os arts. 5º, §1º, e 31 do estatuto social e art.17, §4º, da Lei nº 6.404/76, os administradores encaminharam planilha com os valores ajustados a serem pagos (e que estariam de acordo com o cálculo efetuado pela SEP). No entanto, segundo a área técnica, a companhia aparentemente não teria procedido a tal pagamento (vez que não divulgado Aviso de Acionistas a respeito, além de não haver informação do pagamento no formulário IAN/07), tampouco estipulado prazo para fazê-lo. (parágrafos 100 a 102 do Termo de Acusação)

17. Diante disso, a SEP propôs a responsabilização dos seguintes administradores da Construtora Lix da Cunha S/A: (parágrafo 122 do Termo de Acusação)

a) **Marisa Braga da Cunha Marri, Moacir da Cunha Penteado e Renato Antunes Pinheiro, na qualidade de Diretores**, pelas seguintes infrações:

*"(i) destinação, às ações ordinárias, de dividendos relativos aos exercícios de 2001 e 2002 menores aos que faziam jus, em desacordo com os arts. 5º, §1º, e 31 do estatuto social e art.17, §4º, da Lei nº 6.404/76(4);*

i. não pagamento dos dividendos relativos ao exercício de 2001 dentro do exercício social de 2002, nos termos do §3º do art. 205 da Lei nº 6.404/76(5);

*(iii) destinação, às ações preferenciais, de dividendos menores que aqueles devidos nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, em desacordo com o art. 203 da Lei nº6.404/76(6);*

*(iv) falta de registro, nas demonstrações financeiras de 2001, 2002, 2003 e 2005, da destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembleia geral, conforme dispõe o art.176, §3º, da Lei nº6.404/76(7);*

i. constituição, nos exercícios de 2002, 2003, 2005, 2006 e 2007, da Reserva Especial para Dividendos não Distribuídos prevista no art. 202, §4º, da Lei nº6.404/76(8), em prejuízo ao direito dos acionistas preferencialistas de receber os dividendos mínimos a que tem prioridade, em descordo com o art.203 da Lei nº6.404/76;

ii. não encaminhamento à CVM, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da realização da assembleia, da exposição justificativa da informação transmitida na assembleia, relativa à proposta de não pagamento do dividendo obrigatório referente aos exercícios de 2003 por incompatibilidade com a situação financeira da companhia, nos termos do §4º do art.202 da Lei nº6.404/76;

iii. não absorção dos prejuízos do exercício de 2004 pelas Reservas de Lucro, em desatenção ao parágrafo único do art.189 da Lei nº6.404/76(9) e ao parágrafo único da Instrução CVM nº59/86 (10); e

iv. elaboração em atraso das demonstrações financeiras relativas a 2004 e 2005, em infração ao art.176 da Lei nº6.404/76 (11);"

b) **José Carlos Valente da Cunha, na qualidade de Presidente do Conselho de Administração, Hélio Duarte de Arruda Filho e Fausto da Cunha Penteado, na qualidade de membros do Conselho de Administração**, pela convocação e realização das assembleias gerais ordinárias relativos aos exercícios de 2004 e 2005 fora do prazo previsto no art. 132 da Lei nº 6.404/76(12), em infração ao art. 142, inciso IV, bem como pelo descumprimento do art. 142, incisos III e V, da Lei nº 6.404/76(13), por não terem se manifestado contrariamente quanto à (ao):

i. "destinação, às ações ordinárias, de dividendos relativos aos exercícios de 2001 e 2002 menores aos que faziam jus, em desacordo com os arts. 5º, §1º, e 31 do estatuto social e art.17, §4º, da Lei nº 6.404/76;

ii. não pagamento dos dividendos relativos ao exercício de 2001 dentro do exercício social de 2002, nos termos do §3º do art. 205 da Lei nº

6.404/76;

- iii. *destinação, às ações preferenciais, de dividendos menores que aqueles devidos nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, em desacordo com o art. 203 da Lei nº6.404/76;*
- iv. *falta de registro, nas demonstrações financeiras de 2001, 2002, 2003 e 2005, da destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembleia geral, conforme dispõe o art.176, §3º, da Lei nº6.404/76;*
- v. *constituição, nos exercícios de 2002, 2003, 2005, 2006 e 2007, da Reserva Especial para Dividendos não Distribuídos prevista no art. 202, §4º, da Lei nº6.404/76, em prejuízo ao direito dos acionistas preferencialistas de receber os dividendos mínimos a que tem prioridade, em desacordo com o art.203 da Lei nº6.404/76;*
- vi. *não encaminhamento à CVM, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da realização da assembleia, da exposição justificativa da informação transmitida na assembleia, relativa à proposta de não pagamento do dividendo obrigatório referente aos exercícios de 2003 por incompatibilidade com a situação financeira da companhia, nos termos do §4º do art.202 da Lei nº6.404/76;*
- vii. *não absorção dos prejuízos do exercício de 2004 pelas Reservas de Lucro, em desatenção ao parágrafo único do art.189 da Lei nº6.404/76 e ao parágrafo único da Instrução CVM nº59/86."*

18. Devidamente intimados, os acusados apresentaram sua defesa, bem como proposta conjunta de Termo de Compromisso (fls. 681/687). Inicialmente, alegam que a companhia vem enfrentando desde 2001 sérias dificuldades financeiras em decorrência do não recebimento de créditos de entidades da Administração Pública que deixaram de pagar por obras realizadas e que se encontram em cobrança judicial. Arguem que em razão das regras contábeis aplicáveis à companhia, esta registrou os créditos considerados certos (ou seja, decorrentes de faturas não pagas ou decisões judiciais transitadas em julgado) em seus resultados, gerando um aumento de seus lucros sem que houvesse, de fato, um efetivo ingresso de recursos em seu caixa. Deste modo, tal procedimento teria produzido apenas um lucro contábil, que não se conciliava com a real situação das disponibilidades financeiras da companhia. Assim, a proposta, abordando cada item da acusação, leva em conta a grave situação financeira e a imprevisibilidade do recebimento dos créditos:

**(i) Proposta em relação à acusação sobre a destinação, às ações ordinárias, de dividendos relativos aos exercícios de 2001 e 2002 menores aos que faziam jus, em desacordo com os arts. 5º, § 1º, e 31 do estatuto social e art. 17, § 4º, da Lei 6.404/76**

Tendo em vista que o pagamento da diferença dos dividendos devidos às ações ordinárias seria feito em 6 (seis) parcelas iguais e consecutivas de R\$142.998,34 nos dias 31.10.08, 28.11.08, 29.12.08, 28.01.09, 27.02.09 e 27.03.09, conforme deliberado pelo Conselho de Administração da companhia em reunião realizada 21.10.08, os acusados se comprometem a continuar a propor as distribuições de dividendos às ações ordinárias de acordo com o previsto no estatuto social e fazer com que continuem sendo realizados os pagamentos deliberados pelo Conselho;

**(ii) Proposta em relação à acusação sobre o não pagamento dos dividendos relativos ao exercício de 2001 dentro do exercício social de 2002, nos termos do § 3º do art. 205 da Lei nº 6.404/76**

Como os valores devidos estão sendo pagos, os acusados se comprometem a fazer com que os pagamentos continuem a ser realizados, nos termos da deliberação do Conselho de 21.10.08.

**(iii) Proposta relativa à acusação sobre a constituição, nos exercícios de 2002, 2003, 2005, 2006 e 2007, da Reserva Especial para Dividendos não Distribuídos prevista no art. 202, § 4º, da Lei nº 6.404/76, em prejuízo ao direito dos acionistas preferencialistas de receber os dividendos mínimos a que têm prioridade, em desacordo com o art. 203 da Lei nº 6.404/76**

Os acusados se comprometem a deliberar em reunião do Conselho de Administração que os dividendos mantidos em reserva sejam distribuídos aos acionistas da seguinte forma:

- a) os pagamentos devem ser iniciados após o pagamento total do saldo relativo ao exercício de 2001, cuja parcela final deve ser paga em 27.03.09;
- b) os pagamentos serão feitos conforme a ordem cronológica em que os dividendos foram distribuídos, ou seja, primeiramente serão pagos integralmente os dividendos relativos a 2002, em seqüência, a 2003 e assim sucessivamente;
- c) a cada ingresso de recursos na companhia, a qualquer título, serão descontados os valores e provisões relacionados à folha de pagamento, cumprimento de ordens judiciais e eventuais valores sujeitos a penhoras e/ou bloqueios incidentes. Feitos esses descontos, 10% do valor líquido será destinado à quitação dos dividendos devidos.

**(iv) Proposta relativa à acusação sobre a falta de registro, nas demonstrações financeiras de 2001, 2002, 2003 e 2005, da destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembleia geral, conforme dispõe o art. 176, § 3º, da Lei nº 6.404/76**

Os acusados se comprometem a fazer com que doravante a destinação dos lucros aprovada pela assembleia geral seja refletida nas demonstrações financeiras do próprio exercício em que os lucros foram apurados.

**(v) Proposta relativa à acusação sobre o não encaminhamento à CVM, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da realização da assembleia, de exposição justificativa relativa à proposta de não pagamento do dividendo obrigatório referente ao exercício de 2003 por incompatibilidade com a situação financeira da companhia, nos termos do § 4º do art. 202 da Lei nº 6.404/76**

Os acusados se comprometem a fazer com que seja encaminhada à CVM, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da realização da assembleia em que seja aprovada proposta de não pagamento do dividendo obrigatório referente ao exercício, exposição justificativa sobre a informação transmitida à assembleia.

**(vi) Proposta relativa à acusação sobre a não absorção dos prejuízos do exercício de 2004 pelas Reservas de Lucro, em desatenção ao parágrafo único do art. 189 da Lei nº 6.404/76 e ao parágrafo único do art. 8º da Instrução CVM nº 59/86**

Os acusados se comprometem a, na hipótese de ocorrerem situações análogas a essa, fazer com que as Reservas de Lucros absorvam os prejuízos do exercício.

**(vii) Proposta relativa à acusação de elaboração em atraso das demonstrações financeiras relativas a 2004 e 2005, em infração ao art. 176 da Lei nº 6.404/76**

Os acusados se comprometem a fazer com que as demonstrações financeiras sejam elaboradas sempre dentro do prazo previsto, tal como ocorreu nos anos anteriores e subsequentes ao biênio 2004/2005.

**(viii) Proposta relativa à acusação dirigida aos membros do Conselho de Administração, por suposta infração ao art. 142, inciso IV, da Lei nº 6.404/76, e pela convocação e realização das assembleias gerais ordinárias relativas aos exercícios de 2004 e 2005 fora do prazo previsto no art. 132 da Lei nº 6.404/76**

Os acusados se comprometem a fazer com que a convocação e a realização das assembleias gerais ordinárias continuem a ser feitas nos prazos previstos, tal como tem sido a prática da companhia.

Informam, ainda, os acusados que não apresentaram nenhuma proposta de indenização ao mercado ou à CVM por entenderem que não teria se verificado qualquer prejuízo decorrente de seus atos, mas que, apesar disso, se colocam à disposição para discussão deste e de outros pontos relacionados à proposta.

19. Tendo em vista o disposto na Deliberação CVM nº 390/01 (art. 7º, § 5º), a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM – PFE/CVM apreciou os aspectos legais da proposta de Termo de Compromisso e concluiu pela existência de óbice jurídico-formal à sua celebração pelas seguintes razões:

**"(i)" – fls. 683/684 -> " Proposta em relação à acusação sobre a destinação, às ações ordinárias, de dividendos relativos aos exercícios de 2001 e 2002 menores aos que faziam jus, em desacordo com os arts. 5º, § 1º, e 31 do estatuto social e art. 17, § 4º, da Lei nº 6404/76 "**

É afirmado pelos proponentes que estaria em vigor um "acordo" com a CVM, pelo qual ficou assentado que os valores devidos aos detentores de ações ordinárias seriam pagos em 6 (seis) parcelas iguais e consecutivas, a começar em 31/10/2008, encerrando-se em 27/03/2009, conforme deliberado em Reunião do Conselho de Administração realizada em 21/10/2008. Na sua defesa, inclusive, os acusados afirmam estar em dia com os pagamentos.

Portanto, para fins de verificação do atendimento aos requisitos dos incisos I e II da Deliberação CVM 390/01, deve ser **confirmado pelo Comitê de Termo de Compromisso se a proposta assumida (parcelamento), supostamente em andamento, atenderia técnica e economicamente o dever legal descumprido, conforme detectado pela SEP.**

Verificada a pertinência da promessa apresentada, bem como o cumprimento pontual da mesma até o presente momento, pode-se considerar atendido o requisito legal compromissório da "correção da irregularidade" (inciso II da Deliberação CVM 390/01), relativamente a esta infração.

**Quanto à exigência de cessação da prática omissiva (inciso I da Deliberação CVM 390/01) , mister considerar que os acusados comprometeram-se, no decorrer da proposta, a pagar os outros dividendos em atraso, relativos aos exercícios de 2002 à 2007 (item iii – fls. 684/685), afirmando ainda, doravante, em manter os pagamentos dos dividendos nos termos da redação original do Estatuto Social, razão pela qual pode-se considerar atendida a norma do inciso I.**

**"(ii)" – fls. 684 -> " Proposta em relação à acusação sobre o não pagamento dos dividendos relativos ao exercício de 2001 dentro do exercício social de 2002, nos termos do §3º do art. 205 da Lei nº 6.404/76 ";**

Pode-se considerar a análise desta proposta, de certo modo, englobada na acima realizada, razão pela qual devem ser aqui incorporadas aquelas condições.

**"(iii)" – fls. 684/685 - > Proposta relativa à acusação sobre a constituição, nos exercícios de 2002, 2003, 2005, 2006 e 2007, da Reserva Especial para Dividendos não Distribuídos prevista no art. 202, §4º, da Lei nº6.404/76, em prejuízo ao direito dos acionistas preferencialistas de receber os dividendos mínimos a que tem prioridade, em desacordo com o art.203 da Lei nº6.404/76;**

Apresentaram os proponentes o compromisso de quitar os dividendos relativos aos exercícios de 2002 à 2007, após o pagamento total do saldo relativo ao exercício de 2001, acima tratado. Afirmam pretender pagá-los a partir de cada ingresso novo de recurso na companhia, na proporção de 10 % do valor líquido que sobrar, descontados os valores e provisões relacionados à folha de pagamento; cumprimento de ordens judiciais e eventuais valores sujeitos a penhoras e/ou bloqueios.

Em tese, não há previsão legal específica que regule a forma de se quitar dividendos pretéritos, sendo portanto, possível em abstrato, estipulação consensual para tanto.

**Quanto ao disposto no inciso I da Deliberação CVM 390/01 (promessa de cessação das irregularidades), parece, em tese, ter sido o mesmo atendido, pelo compromisso estipulado em se deliberar, em sede do Conselho de Administração, que os dividendos mantidos na "Reserva Especial para Dividendos não Distribuídos" sejam distribuídos aos acionistas. Impende-se aqui sugerir seja estipulado um prazo para a realização desta reunião, bem como enfatizado acerca da necessidade de se submeter a proposta à Assembléia Geral, nos termos do art. 142, IV c/c 132, II, ambos da Lei 6404/76.**

**Sob o aspecto da correção das irregularidades (inciso II da Deliberação CVM 390/01) , é apresentada uma proposta cronológica de pagamento, na forma acima relatada, pelo que, em tese, pode ser considerada como uma legítima promessa de saneamento dos ilícitos, ao pretender recompor os patrimônios lesados.**

De todo modo, deverá o Comitê de Termo de Compromisso, - confirmada a pontualidade dos pagamentos relativos ao exercício de 2001, como proposto na alínea "i" - , verificar a conveniência das sub-propostas de letras (i); (ii) e (iii) – fls. 685, **bem como fazer incluir no futuro termo de compromisso, necessariamente, os valores devidos encontrados pela SEP, referentes aos dividendos dos exercícios de 2002 à 2007.**

**Ressalta-se que os proponentes não apresentaram compromisso relativo à infração relatada no item "iii" do Termo de Acusação – fls. 427 ("destinação, às ações preferenciais, de dividendos menores que aqueles devidos nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, em desacordo com o art. 203 da Lei nº6.404/76"), razão pela qual, em vista da proposta acima, - de quitação dos dividendos relativos aos exercícios de 2002 à 2007 - , poderá o Comitê de Termo de Compromisso, no âmbito de seu poder discricionário, **apresentar aos proponentes os valores corretos de todos os dividendos pendentes, inclusive aqueles (2005 à 2007), com base no Relatório da SEP, considerando-se assim, em tese e se firmado o acordo, suspenso o curso do processo sancionador, também no que se refere a esta acusação (item "iii" do TA).****

**"(iv)" – fls. 685 -> Proposta relativa à acusação sobre a falta de registro, nas demonstrações financeiras de 2001, 2002, 2003 e 2005, da destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembléia geral, conforme dispõe o art.176, §3º, da Lei nº6.404/76;**

Sobre a incidência da norma inserta no inciso I da Deliberação CVM 390/01, que impõe a **cessação da prática irregular** ("não registro da destinação dos

lucros, nas demonstrações financeiras de 2001, 2002, 2003 e 2005"), - considerando-se a natureza da execução do referido ilícito administrativo, omissivo, de resultado jurídico e exaurimento imediatos, ocorridos no passado - , não há que se aplicá-la, vez que não haveria, hoje, prática a ser cessada, tendo em vista, ainda, não haver nos autos notícia da ocorrência contínua da infração, até o presente exercício.

No que diz respeito à **correção das irregularidades (inciso II da Deliberação CVM 390/01)**, verifica-se inexistir proposta de ajuste contábil referente àqueles exercícios. Sendo assim, sabendo-se da existência e vigor da Deliberação CVM 506/06, pela qual, dentre outras matérias, é regido o procedimento de correção de erros contábeis (itens 39 à 50 da norma), **forçoso concluir-se pela inviabilidade do acordo, nos termos processuais de momento, lembrando-se sempre do poder de negociação conferido ao Comitê de Termo de Compromisso.**

**De todo modo, não há proposta de pagamento à CVM pelos danos causados à ordem jurídica e ao regular funcionamento do mercado, nos termos da fundamentação à frente exposta.**

**"(V)" – fls. 685/686 -> Proposta relativa à acusação sobre o não encaminhamento à CVM, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da realização da assembléia, da exposição justificativa da informação transmitida na assembléia, relativa à proposta de não pagamento do dividendo obrigatório referente aos exercícios de 2003 por incompatibilidade com a situação financeira da companhia, nos termos do §4º do art.202 da Lei nº6.404/76;**

A respeito da incidência da norma inserta no inciso I da Deliberação CVM 390/01, que impõe a **cessação da prática irregular**, - considerando-se a natureza da execução do referido ilícito administrativo, omissivo, de resultado jurídico e exaurimento imediatos, ocorridos no passado - , não há que se aplicá-la, vez que não haveria, hoje, prática a ser cessada, tendo em vista, ainda, não haver nos autos notícia da ocorrência contínua da infração, até o presente exercício.

Sobre o pressuposto da "correção da irregularidade", - em razão da relação desta infração, tida como acessória, com aquela constante no item (iii), acima, "de não pagamento de diversos dividendos, entre eles os de 2003" – **pode-se compreender como atendido**, - no que diz respeito à correção concreta da infração - , **apenas acaso haja a aprovação pelo Comitê de Termo de Compromisso da proposta descrita no item (iii), vez que com a efetiva proposta de pagamento dos dividendos, não haveria mais o que justificar.**

**De todo modo, não há proposta de pagamento à CVM pelos danos causados à ordem jurídica e ao regular funcionamento do mercado, nos termos da fundamentação à frente exposta.**

**"(vi)" – fls. 686 -> Proposta relativa à acusação sobre a não absorção dos prejuízos do exercício de 2004 pelas Reservas de Lucro, em desatenção ao parágrafo único do art.189 da Lei nº6.404/76 e ao parágrafo único da Instrução CVM nº59/86;**

Referentemente à incidência da norma inserta no inciso I da Deliberação CVM 390/01, que impõe a **cessação da prática irregular**, - considerando-se a natureza da execução do referido ilícito administrativo, omissivo, de resultado jurídico e exaurimento imediatos, ocorridos no passado - , não há que se aplicá-la, vez que não haveria, hoje, prática a ser cessada, tendo em vista, ainda, não haver nos autos notícia da ocorrência contínua da infração, até o presente exercício.

No que diz respeito à **correção das irregularidades (inciso II da Deliberação CVM 390/01)**, verifica-se inexistir proposta de ajuste contábil referente àqueles exercícios. Sendo assim, sabendo-se da existência e vigor da Deliberação CVM 506/06, pela qual, dentre outras matérias, é regido o procedimento de correção de erros contábeis (itens 39 à 50 da norma), **forçoso concluir-se pela inviabilidade do acordo, nos termos processuais de momento, lembrando-se sempre do poder de negociação conferido ao Comitê de Termo de Compromisso.**

**De todo modo, não há proposta de pagamento à CVM pelos danos causados à ordem jurídica e ao regular funcionamento do mercado, nos termos da fundamentação à frente exposta.**

**"(vii)" – fls. 686 -> Proposta relativa à acusação Elaboração em atraso das demonstrações financeiras relativas a 2004 e 2005, em infração ao art.176 da Lei nº6.404/76;**

Referentemente à incidência da norma inserta no inciso I da Deliberação CVM 390/01, que impõe a **cessação da prática irregular**, - considerando-se a natureza da execução do referido ilícito administrativo, omissivo, de resultado jurídico e exaurimento imediatos, ocorridos no passado - , não há que se aplicá-la, vez que não haveria, hoje, prática a ser cessada, tendo em vista, ainda, não haver nos autos notícia da ocorrência contínua da infração, até o presente exercício.

Sobre a obrigatoriedade, em tese, de se corrigir a irregularidade, - tendo em vista a efetiva entrega das Demonstrações, mesmo que em atraso - , **não há que se impor a incidência da primeira parte do inciso II (correção da irregularidade), restando exigível, entretanto, o atendimento de sua parte final, qual seja, de indenizar à CVM, como se comentará adiante.**

**"(ix)" – fls. 686 -> Proposta relativa à acusação dirigida aos membros do Conselho de Administração, por suposta infração ao art. 142, inciso IV, da Lei 6404/76, pela convocação e realização das assembléias gerais ordinárias relativas aos exercícios de 2004 e 2005 fora do prazo previsto no art. 132 da Lei 6404/76.**

Convém esclarecer, de antemão, que as acusações em face dos membros do Conselho de Administração referem-se, além da infração ao art. 142, IV da Lei 6404/76 (convocação e realização em atraso das assembléias gerais ordinárias) – objeto da proposta de acordo apresentada -, baseiam-se também na ausência dos deveres de fiscalização dos diretores e de manifestação sobre o relatório da administração e as contas da diretoria, capitulados nos incisos III e V do art. 142, por não terem se manifestado contrariamente às infrações imputadas à diretoria, acima descritas, motivo pela qual ingressaram neste processo como responsáveis solidários.

Quanto a proposta apresentada referente à infração do art. 142, IV da Lei 6404/76, no que diz respeito à incidência da norma inserta no inciso I da Deliberação CVM 390/01, que impõe a **cessação da prática irregular**, - considerando-se a natureza da execução do referido ilícito administrativo, omissivo, de resultado jurídico e exaurimento imediatos, ocorridos no passado - , não há que se aplicá-la, vez que não haveria, hoje, prática a ser cessada, tendo em vista, ainda, não haver nos autos notícia da ocorrência contínua da infração, até o presente exercício.

Sobre a obrigatoriedade, em tese, de se corrigir a irregularidade, uma vez já ter havido a realização das assembléias, mesmo que em atraso, **não há que se impor a incidência da primeira parte do inciso II (correção da irregularidade), restando exigível, entretanto, o atendimento de sua parte final, qual seja, de indenizar à CVM, como se comentará adiante.**

**"Da Indenização dos prejuízos ao mercado ou à CVM" (inciso II, parte final, da Deliberação CVM 390/01.**

O presente processo administrativo sancionador vem analisando, dentre outros, fatos geradores de prejuízos específicos ao mercado (dividendos aos

acionistas – itens (i); (ii) ; (iii) ; (v), todos do TA – fls. 427), em face dos quais foram apresentados pelos proponentes, compromissos de cessação e correção.

Por outro lado, há infrações outras imputadas aos acusados ((iv); (vi); (vii); (viii), todos do TA – fls. 427), danosas ao regular funcionamento do mercado e à ordem jurídica, razão pela qual mostra-se compatível com a disciplina normativa e aos precedentes jurisprudenciais do Colegiado da CVM (Processos CVM RJ N<sup>os</sup> 2006/8205; 2006/8625 e 2006/8797), a exigibilidade de um correspondente indenizatório em favor da autarquia, tendente não à reparação direta dos danos, mas a mitigar os efeitos indesejáveis da violação, coibindo ocorrências futuras, tendo em vista seu caráter exemplar.

Neste sentido, vem entendendo o Colegiado da CVM, comentado por Nelson Eizirik e Outros, em seu "Mercado de Capitais – Regime Jurídico", Editora Renovar, pág.338, 1<sup>o</sup> Edição - 2008:

*'Nos casos em que não existam prejuízos a ser ressarcidos, a CVM vem entendendo que a obrigação de realizar pagamentos em dinheiro à Autarquia constitui forma adequada de inibir a prática de infrações semelhantes no mercado e, portanto, pode ser aceita como condição para a celebração do Termo de Compromisso.'*

*'Nesse sentido, o Colegiado da CVM vem entendendo que : 'a orientação recente do Colegiado tem sido no sentido de que, além de cessar a prática de atividades ou atos ilícitos, corrigir as irregularidades e indenizar os prejuízos, requisitos mínimos estabelecidos em lei para a celebração do Termo de Compromisso, as prestações em termos de compromisso não destinadas ao reembolso dos prejuízos devem consistir em pagamento à CVM em valor suficiente para desestimular a prática de infrações semelhantes pelos indiciados e por terceiros que estejam em posição similar à dos indiciados ( Análise da proposta de Termo de Compromisso apresentada nos autos do PAS CVM n<sup>o</sup> SP2005/0128, realizada em 19.04.2006) (grifamos).'*

**In casu, não há proposta alguma de pagamento à CVM relativa a essas infrações, inviabilizando o atendimento da parte final do inciso II."**

## FUNDAMENTOS

20. 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.

21. 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.

22. 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.

23. Nos termos do disposto nos incisos I e II do § 5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76, o proponente deve comprometer-se a cessar a prática do ato considerado ilícito e a corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

24. Ocorre que, no caso, os proponentes, além de não se disporem a corrigir as irregularidades ainda passíveis de correção e não terem assumido qualquer compromisso indenizatório tendente a mitigar os efeitos das violações apontadas e desestimular a prática de infrações semelhantes, limitam-se a assumir obrigações a que já estão impelidos a cumprir, independentemente da celebração de Termo de Compromisso, e mesmo assim sem estabelecer qualquer limitação de prazo, o que inviabiliza, inclusive, a verificação de seu cumprimento.

25. Diante disso, o Comitê entende que a proposta não se encontra em condições de ser aprovada, uma vez que, nos termos da manifestação da PFE, existe óbice jurídico-formal à sua celebração.

## CONCLUSÃO

26. Em face do acima exposto, o Comitê de Termo de Compromisso propõe ao Colegiado da CVM a **rejeição** da proposta de Termo de Compromisso apresentada por **Marisa Braga da Cunha Marri, Moacir da Cunha Penteado, Renato Antunes Pinheiro, José Carlos Valente da Cunha, Hélio Duarte de Arruda Filho e Fausto da Cunha Penteado**.

Rio de Janeiro, 14 de abril de 2009.

Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Superintendente Geral

Waldir de Jesus Nobre

Mário Luiz Lemos

Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários

Superintendente de fiscalização Externa

Fábio Eduardo Galvão F.Costa

Ronaldo Cândido da Silva

Superintendente de Processos Sancionadores

Gerente de Normas de Auditoria

**(1)** - A companhia apresentou recurso ao Colegiado contra o entendimento da SEP no sentido de que (i) a decisão assemblear em referência não possuía eficácia, enquanto não ocorresse uma Assembléia Especial de acionistas preferencialistas destinada a deliberar sobre o assunto, como determinado nos parágrafos 1º e 4º, do artigo 136, da Lei das S.A.; (ii) a aplicação da modificação estatutária procedida reduzia vantagem conferida aos acionistas preferencialistas; e (iii) a redução da vantagem geraria direito de retirada para os acionistas preferencialistas dissidentes, mediante o reembolso de suas ações pelo valor do patrimônio líquido da companhia, como previsto nos artigos 137, I, e 45, 1.º, ambos da Lei n.º 6404/76. (parágrafo 20, alínea "c" do Termo de Acusação)

[\(2\)](#) - Vale dizer, o montante destinado aos dividendos deveria ser distribuído prioritariamente ao pagamento do dividendo mínimo das ações preferenciais e o saldo (se houvesse) deveria ser distribuído aos acionistas ordinários até o limite do dividendo mínimo, sendo o restante distribuído em igualdade de condições entre ações ordinárias e preferenciais, nos termos do art. 17, §4º, da Lei nº 6.404/76, já que o estatuto social não dispunha diferentemente. (parágrafo 24 do Termo de Acusação)

[\(3\)](#) - Segundo a área técnica, a faculdade de a companhia deixar de pagar o dividendo obrigatório por incompatibilidade com sua situação financeira e constituir a Reserva Especial para Dividendos Não Distribuídos de que trata o §5º do art.202 da Lei nº 6.404/76 não se aplicaria ao dividendo mínimo, ainda que aprovado em Assembléia, pois estaria em desacordo com o art. 203 da Lei nº 6.404/76. (parágrafos 54, 108 e 109 do Termo de Acusação)

[\(4\)](#) - Art. 17. (...)

§ 4º Salvo disposição em contrário no estatuto, o dividendo prioritário não é cumulativo, a ação com dividendo fixo não participa dos lucros remanescentes e a ação com dividendo mínimo participa dos lucros distribuídos em igualdade de condições com as ordinárias, depois de a estas assegurado dividendo igual ao mínimo.

[\(5\)](#) - Art. 205. (...)

§ 3º O dividendo deverá ser pago, salvo disposição em contrário da assembléia-geral, no prazo de 60 (sessenta) dias da data em que for declarado e, em qualquer caso, dentro do exercício social.

[\(6\)](#) - Art. 203. O disposto nos artigos 194 a 197, e 202, não prejudicará o direito dos acionistas preferenciais de receber os dividendos fixos ou mínimos a que tenham prioridade, inclusive os atrasados, se cumulativos.

[\(7\)](#) - Art. 176. (...)

§ 3º As demonstrações financeiras registrarão a destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembléia-geral.

[\(8\)](#) - Art. 202. (...)

§ 4º O dividendo previsto neste artigo não será obrigatório no exercício social em que os órgãos da administração informarem à assembléia-geral ordinária ser ele incompatível com a situação financeira da companhia. O conselho fiscal, se em funcionamento, deverá dar parecer sobre essa informação e, na companhia aberta, seus administradores encaminharão à Comissão de Valores Mobiliários, dentro de 5 (cinco) dias da realização da assembléia-geral, exposição justificativa da informação transmitida à assembléia.

[\(9\)](#) - Art. 189. (...)

Parágrafo único. O prejuízo do exercício será obrigatoriamente absorvido pelos lucros acumulados, pelas reservas de lucros e pela reserva legal, nessa ordem.

[\(10\)](#) - Art. 8º (...)

Parágrafo único. Somente poderá haver saldo na conta de prejuízos acumulador se esgotadas todas as reservas de lucros, inclusive a reserva legal. Os prejuízos remanescentes, que excederem às reservas de lucros, poderão ser, primeiramente, absorvidos pelas reservas de capital, exceto a correção monetária do capital realizado.

[\(11\)](#) - Art. 176. Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverá exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício.

[\(12\)](#) - Art. 132. Anualmente, nos 4 (quatro) primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver 1 (uma) assembléia-geral para:

[\(13\)](#)- Art. 142. Compete ao conselho de administração:(...)

III – fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros d papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;

IV – convocar a assembléia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;

V – manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;