

PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

REF.: PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ 2010/4953

RELATÓRIO

1. Trata-se de proposta de Termo de Compromisso apresentada em conjunto por **Wagner Bertazo** e **Austin Laine Powell**, na qualidade de administradores da Duke Energy International, Geração Paranapanema S.A. ("Duke" ou "Companhia"), nos autos do Termo de Acusação (fls. 263/295) instaurado pela Superintendência de Relações com Empresas – SEP.

2. O presente processo surgiu em decorrência de reclamação de acionista da Duke relativa a atos irregulares que estariam sendo praticados por seus administradores. Das diversas questões levantadas pelo reclamante, duas mereceram destaque: uma que diz respeito à votação das próprias contas por administrador na qualidade de acionista e representante do acionista controlador e outra à não divulgação de fato relevante referente ao contrato de venda de energia elétrica celebrado com a Gerdau Aços Especiais S.A. em 23.09.08 no valor de US\$518,002,588.24. (parágrafos 2º, 3º ("g", ii e iv) e 5º ("a", i e "d", ii) do Termo de Acusação)

3. Ao ser questionado pela SEP a respeito da não divulgação de fato relevante, o Diretor de Relações com Investidores Wagner Bertazo prestou os seguintes esclarecimentos: (parágrafos 12 e 14 do Termo de Acusação)

- a) o contrato não foi divulgado por ser um acontecimento corriqueiro na companhia, que é uma geradora de energia elétrica;
- b) eventos que apenas dão curso ao objeto social só devem ser considerados fatos relevantes se envolverem quantias muito substanciais;
- c) em 2008, foram celebrados cerca de 14 contratos que importaram no valor total de aproximadamente R\$ 2,9 bilhões, sendo que o contrato questionado representou cerca de 1/3 desse montante;
- d) a própria Gerdau só divulgou a ata da reunião do conselho de administração que aprovou a prestação de garantia;
- e) a prova de que contratos dessa natureza não são relevantes seria o fato de que a sua divulgação não é uma prática adotada pelas demais companhias geradoras de energia;
- f) mesmo que a CVM entendesse que as empresas geradoras deveriam divulgar fatos relevantes em situações como a presente, tal entendimento deveria ser aplicado para o futuro, dado que não era dessa forma que a indústria e a supervisão da CVM vinham se comportando.

4. Ao analisar a atuação do DRI, a SEP fez as seguintes considerações: (parágrafos 27 a 43 do Termo de Acusação)

- a) o contrato celebrado com a Gerdau em 23.09.08 no montante de US\$ 518,002,588.24, considerando o valor do dólar a R\$ 1,50, representava uma entrada de caixa de cerca de R\$ 777.003 mil e equivalia a 106% do faturamento total da Duke no exercício de 2007 que foi de R\$ 729.472 mil;
- b) embora o contrato vencesse em oito anos, o que significa que a entrada desses recursos se daria no decorrer desse período, o fato é que a sua assinatura, em função do valor envolvido, poderia influenciar a cotação dos valores mobiliários, bem como a decisão dos investidores;
- c) o valor que representava 106% do faturamento total obtido no ano de 2007 não pode ser considerado um contrato rotineiro e sem relevância;
- d) no período de 22 a 30.09.08, houve um descolamento da cotação das ações de emissão da Duke em relação ao Ibovespa, o que sugere que, com a divulgação do contrato na ata da Gerdau, a informação teria escapado ao controle da administração e influenciado positivamente a cotação das ações, evidenciando que a informação possuía substância relevante;
- e) assim, o DRI deveria ter divulgado fato relevante ao menos quando da divulgação da ata da RCA da Gerdau de 23.09.08 que tornou pública a celebração do contrato;
- f) de acordo com o gráfico, quando da divulgação da informação em 23.09.08, as ações ON oscilaram de maneira atípica, tendo havido descolamento significativo do comportamento do Ibovespa;
- g) não obstante a companhia tenha divulgado no ITR de 30.09.08 a energia assegurada contratada, isto não afasta o dever do DRI de ter divulgado fato relevante;
- h) desse modo, restou comprovado que o DRI descumpriu o disposto no art. 157, § 4º, da Lei 6.404/76 [\[1\]](#), c/c os arts. 3º e 6º, parágrafo único, da Instrução CVM nº 358/02 [\[2\]](#).

5. Ao ser questionado pela SEP por ter votado nas AGO's realizadas em 26.04.06 e 30.04.07 em que foram aprovadas por unanimidade dos presentes as demonstrações financeiras de 31.12.05 e 31.12.06, na qualidade de acionista e representante do acionista controlador, o membro do Conselho de Administração da Duke Austin Laine Powell, por sua vez, informou o seguinte: (parágrafos 13 e 17 do Termo de Acusação)

- a) desligou-se do grupo Duke em 15.12.09 e não mora mais no Brasil há mais de cinco meses;
- b) possuía apenas uma ação preferencial de emissão da companhia, razão pela qual não teria votado nas assembleias na condição de acionista;
- c) o voto foi exercido na condição de Diretor do acionista controlador, pessoa jurídica da qual não tinha participação, e não na condição de seu procurador.

6. Ao analisar a atuação do conselheiro, a SEP fez as seguintes observações: (parágrafos 18 a 26 do Termo de Acusação)

- a) consta das atas das AGO's da Duke realizadas 26.04.06 e 30.04.07 que foram aprovados por unanimidade dos presentes o balanço patrimonial, a demonstração da mutação do patrimônio líquido, a demonstração do resultado do exercício e a demonstração das origens e aplicações de recursos dos exercícios sociais encerrados em 31.12.05 e 31.12.06;
- b) consta, ainda, que o acusado esteve presente nas referidas assembleias na qualidade de acionista da Duke e representante da Duke Energy International Brasil Ltda., acionista controlador da Duke, e que votou pela aprovação das respectivas demonstrações financeiras;
- c) o § 1º do art. 134 da Lei 6.404/76 [\[3\]](#) dispõe que os administradores não poderão votar, como acionistas ou procuradores, dentre outros, o relatório da administração e as demonstrações financeiras;
- d) o fato de constar das atas que " ... resultaram aprovados, por unanimidade dos presentes ..." não dá margem a interpretação diversa senão a de que o acusado, na qualidade de acionista da Duke e representando o acionista controlador, votou nas assembleias pela aprovação das demonstrações financeiras;

e) embora o texto legal se refira a acionista ou procurador, resta claro que a finalidade do comando é impedir que os administradores votem pela aprovação de suas próprias contas, o que denota inequívoco conflito de interesses;

f) o fato de ter votado na condição de diretor do acionista controlador não afasta o conflito de interesse no exercício do voto que aprovou suas próprias contas como administrador, restando configurado o descumprimento do disposto no § 1º do art. 134 da Lei 6.404/76.

7. Ante o exposto, a SEP propôs a responsabilização de: (parágrafo 44 do Termo de Acusação)

- a. **Austin Laine Powell**, na qualidade de membro do Conselho de Administração, pelo descumprimento do disposto no § 1º do art. 134 da Lei 6.404/76, por ter votado, na qualidade de Diretor da Duke Energy International Brasil Ltda. (acionista controlador da Duke), pela aprovação das DF's de 31.12.05 e 31.12.06, nas AGO's realizadas, respectivamente, em 26.04.06 e 30.04.07; e
- b. **Wagner Bertazo**, na qualidade de Diretor de Relações com Investidores, pelo descumprimento do art. 157, § 4º, da Lei 6.404/76, c/c os arts. 3º e 6º, parágrafo único, da Instrução CVM nº 358/02, por não ter divulgado fato relevante acerca do contrato de venda de energia elétrica celebrado com o Grupo Gerdau, ao menos quando da divulgação da ata da RCA da Gerdau de 23.09.08 que tornou pública a celebração do contrato.

8. Devidamente intimados, os acusados apresentaram suas razões de defesa, bem como proposta de celebração de Termo de Compromisso (fls. 418/424) em que se dispõem a pagar à CVM a importância individual de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), perfazendo o total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

9. Em relação ao DRI **Wagner Bertazo**, foi alegado que a acusação incorreu em equívoco, pois, para comprovar a relevância do contrato e a consequente oscilação atípica das ações, utilizou gráficos de outra empresa, a Paranapanema S.A., enquanto as ações da Duke não teriam sofrido qualquer alteração. Alega-se, ainda, que não se pode confrontar o valor total do contrato de execução diferida em oito anos com o faturamento ou qualquer outro dado financeiro de um único exercício social e que o comportamento tradicional e rotineiro das geradoras de energia elétrica é a não publicação de referidos contratos como eventos relevantes. Finalmente, alega-se que essas informações são consideradas estratégicas e que a Duke, da mesma forma que as concorrentes, prestou contas aos acionistas do resultado total das contratações em nota explicativa das DFP's relativas ao exercício findo em 2007.

10. Segundo o proponente Wagner Bertazo, sua proposta levou em consideração a análise dos precedentes da CVM envolvendo acusações de natureza similares a destes autos⁴. Argumenta que as características essenciais destes autos não são similares aos precedentes mencionados, por três razões principais:

a) em geral, os casos precedentes referem-se a eventos de incontestável relevância, como alienação de controle acionário, aquisição de outra companhia, intenção de realizar oferta pública de aquisição aos demais acionistas etc. No caso atual, a relevância do contrato de venda de energia elétrica celebrado com o Grupo Gerdau seria, no mínimo, altamente questionável;

b) não teria havido qualquer oscilação atípica na cotação dos valores mobiliários da Duke;

c) porque o conceito de "informação que escapa ao controle da empresa" compreende aquela informação noticiada por rumores na mídia (PAS CVM nº RJ2006/5928, julgado em 17.04.07), não podendo ser considerada a informação publicada por meios oficiais que garantam a disseminação completa e adequada da informação ao mercado, ainda que sua divulgação tenha se dado por iniciativa de terceiros.

11. Em favor do conselheiro **Austin Laine Powell**, afirma-se que não teria havido a infração, uma vez que o voto exercido por ele foi o da acionista controladora, enquanto que a proibição abrangeria apenas o voto do administrador dado diretamente como acionista ou como procurador de outro acionista e não o voto da pessoa jurídica que o administrador "presente". Afirma-se, também, que a vedação ocorreria se existissem indícios de fraude ou de utilização abusiva da pessoa jurídica pelo administrador para obter a aprovação das próprias contas, o que não se verificou no presente caso.

12. Em razão do 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, tendo concluído que a mesma deve ser analisada pelo Comitê, que poderá negociar as condições e valores apresentados, e posteriormente pelo Colegiado. (MEMO/CVM/GJU-1/Nº 547/2010 e respectivos despachos às fls. 427/430)

13. Segundo faculta o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, em reunião realizada em 09/11/10, o Comitê decidiu negociar com os proponentes as condições da proposta de termo de compromisso que lhe pareciam mais adequadas, nos termos a seguir reproduzidos: (Comunicado de negociação às fls. 431/432)

"No entender do Comitê, a proposta merece ser aperfeiçoada para a melhor adequação a esse tipo de solução consensual do processo administrativo, à medida que o compromisso assumido não se mostra adequado ao escopo do instituto de que se cuida, considerando notadamente os precedentes com características essenciais similares, como também o potencial inibidor da obrigação assumida (caráter pedagógico-norteador) para os participantes do mercado, conforme orientação do Colegiado.

Especificamente quanto às alegações apresentadas pelos proponentes para fins de justificar o montante ofertado, o Comitê esclarece que não adentra nas sutilezas de cada acusado, sendo sua análise pautada pelas grandes circunstâncias que cercam o caso, não lhe competindo apreciar o mérito e os argumentos próprios de defesa, sob pena de convolar-se o instituto de Termo de Compromisso em verdadeiro julgamento antecipado. Além disso, não é demasiado lembrar que a celebração do ajuste a que se refere não importa confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada (art. 11, §6º da Lei nº 6.385/76).

Diante disso, e considerando a individualização das condutas, o Comitê sugere a majoração dos valores propostos para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), respectivamente para os proponentes Wagner Bertazo e Austin Laine Powell, observando 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.

Isto posto, o Comitê assinala o prazo de 10 (dez) dias úteis para que os proponentes apresentem suas considerações e, conforme o caso, aditem 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."

14. No devido prazo, os proponentes manifestaram sua concordância com a contraproposta do Comitê (fl. 433), comprometendo-se a pagar à CVM a quantia total de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), na proporção de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) para Wagner Bertazo e R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para Austin Laine Powell.

FUNDAMENTOS

15. 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.

16. 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.

17. 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.

18. Após negociação, os proponentes aditaram sua proposta, assumindo obrigação pecuniária que, no entender do Comitê, revela-se suficiente a desincentivar a prática de infrações assemelhadas, segundo orientação do Colegiado desta Autarquia. Especificamente quanto à obrigação assumida por Wagner Bertazo, o Comitê acresce que se coaduna com os precedentes mais recentes com características essenciais semelhantes às verificadas no presente caso, dentre os quais citamos os processos nºs RJ2010/3278, RJ2010/4246, 11/2008 e RJ2010/1144 [\[5\]](#).

19. Assim, o Comitê entende que a aceitação da proposta afigura-se conveniente e oportuna, sugerindo a fixação do prazo de 10 (dez) dias para o seu cumprimento, contados da publicação do Termo de Compromisso no Diário Oficial da União, bem como a designação da Superintendência Administrativo-Financeira – SAD para o respectivo atesto.

CONCLUSÃO

20. 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 em conjunto por **Wagner Bertazo** e **Austin Laine Powel**.

Rio de Janeiro, 08 dezembro de 2010.

Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Superintendente Geral

Mario Luiz Lemos

Superintendente de Fiscalização Externa

Carlos Guilherme de Paula Aguiar

Gerente de Processos Sancionadores 2

Roberto Sobral Pinto Ribeiro

Gerente de Acompanhamento de Mercado 1

Ronaldo Cândido da Silva

Gerente de Normas de Auditoria

[\[1\]](#)Art. 157. (...)

§ 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia.

[\[2\]](#)Art. 3º Cumpre ao Diretor de Relações com Investidores divulgar e comunicar à CVM e, se for o caso, à bolsa de valores e entidade do mercado de balcão organizado em que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação, qualquer ato ou fato relevante ocorrido ou relacionado aos seus negócios, bem como zelar por sua ampla e imediata disseminação, simultaneamente em todos os mercados em que tais valores mobiliários sejam admitidos à negociação.

Art. 6º Ressalvado o disposto no parágrafo único, os atos ou fatos relevantes podem, excepcionalmente, deixar de ser divulgados se os acionistas controladores ou os administradores entenderem que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia.

Parágrafo único. As pessoas mencionadas no *caput* ficam obrigadas a, diretamente ou através do Diretor de Relações com Investidores, divulgar imediatamente o ato ou fato relevante, na hipótese da informação escapar ao controle ou se ocorrer oscilação atípica na cotação, preço ou quantidade negociada dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados.

[\[3\]](#)Art. 134. (...)

§ 1º Os administradores da companhia, ou ao menos um deles, e o auditor independente, se houver, deverão estar presentes à assembléia para atender a pedidos de esclarecimentos de acionistas, mas os administradores não poderão votar, como acionistas ou procuradores, os documentos referidos neste artigo.

[\[4\]](#)Mencionados os processos administrativos RJ2009/4747, RJ2009/4096, RJ2009/3049, 07/2008, RJ2008/2334, 06/2008 e RJ2006/5928. Os seis primeiros processos tiveram termo de compromisso celebrado no valor de R\$ 200 mil. O último processo mencionado trata-se de um julgamento, com penalidade de advertência ao DRI.

[\[5\]](#)Decisões disponíveis no site desta autarquia.