

PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

PROCESSO ADMINISTRATIVO CVM Nº RJ2011/1323

RELATÓRIO

1. Trata-se de proposta de Termo de Compromisso apresentada em conjunto por **Arthur Cesar Whitaker de Carvalho**, **Frank Geyer Abubakir**, **Maria Soares de Sampaio Geyer** e **Vera Soares de Sampaio Geyer**, membros do conselho de administração da UNIPAR – União de Indústrias Petroquímicas S.A. (atual UNIPAR Participações S.A.), previamente à instauração de Processo Administrativo Sancionador pela Superintendência de Relações com Empresas – SEP[1], nos termos do § 3º do art. 7º da Deliberação CVM nº 390/01.

2. O presente processo surgiu em decorrência de reclamação de acionista da UNIPAR relativa à distribuição irregular de dividendos às ações preferenciais nominativas classe A (PNA) de emissão da companhia. (parágrafo 2º do Termo de Acusação às fls. 286/298)

3. Em 20.08.09, por proposta da diretoria, o conselho de administração aprovou a distribuição de dividendos intermediários aos acionistas no montante de R\$ 8.906.658,32, correspondentes a R\$ 0,01 por ação ordinária e R\$ 0,011 por ação preferencial. (parágrafos 3º e 4º do Termo de Acusação)

4. De acordo com as demonstrações financeiras de 31.07.09, a companhia apresentava as seguintes informações: lucro líquido acumulado no exercício de R\$ 37.847 mil; reservas de lucro de R\$ 212.447 mil; e lucros acumulados de R\$ 28.822 mil, bem como lucro líquido ajustado na forma do art. 202 da Lei nº 6.404/76 de R\$ 35.955 mil. (parágrafo 5º do Termo de Acusação)

5. Em 23.08.09, a UNIPAR divulgou fato relevante informando o início de entendimentos preliminares com os acionistas da Braskem S.A. para estudo de eventual aliança estratégica envolvendo a Quattor Participações S.A., sua controlada, e em 22.01.10 celebrou acordo de investimento pelo qual se comprometeu a vender à Braskem a totalidade de suas participações societárias na referida empresa, na Unipar Comercial e na Polibutenos. Essa operação resultou em um prejuízo líquido consolidado de R\$ 680.554 mil nas demonstrações financeiras de 2009 da UNIPAR, impactado por 'provisão para ajuste ao valor de realização de investimentos destinados à venda' (R\$ 149.781 mil) e por 'Impairment sobre ativos' (R\$ 636.042 mil). (parágrafos 6º ao 8º do Termo de Acusação)

6. Ocorre que, apesar de registrar prejuízos acumulados de R\$ 596.850 mil, conforme demonstrado nas Mutações do Patrimônio Líquido Consolidado de 31.12.09, a SEP observou que a companhia manteve saldo em reservas de lucros no montante de R\$ 108.505 mil, em clara contradição ao disposto no parágrafo único do art. 189 da Lei nº 6.404/76[2], bem como no parágrafo único do art. 8º da Instrução CVM nº 59/86 [3]. (parágrafos 9º a 12 do Termo de Acusação)

7. Observou, ainda, a SEP que, segundo o disposto no art. 201 da Lei nº 6.404/76, "A companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros; e à conta de reserva de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o § 5º do art. 17". (parágrafo 13 do Termo de Acusação)

8. Ao analisar as demonstrações financeiras e os demais documentos relativos à assembléia geral ordinária convocada para o dia 30.04.10, o reclamante, que detinha 4,97% das ações preferenciais nominativas classe B (PNB), verificou que a proposta de declaração de dividendos totalizava R\$ 11.212.391,02 que, deduzidos dos R\$ 8.906.658,32 já pagos em 31.08.09, resultavam em R\$ 2.305.732,70 a serem pagos como dividendos complementares exclusivamente às ações PNA[4]. (parágrafos 15 a 17 do Termo de Acusação)

9. Apesar de na assembléia o reclamante ter apresentado manifestação por escrito contrária à distribuição de dividendos, com base no parágrafo único do art. 189 da Lei nº 6.404/76, e solicitado que a administração revisse as demonstrações financeiras, a proposta da administração foi apreciada pelos acionistas e aprovada. (parágrafo 20 do Termo de Acusação)

10. Em decorrência da reclamação do investidor, a SEP solicitou à Unipar que se manifestasse a respeito, tendo a referida companhia esclarecido o seguinte: (parágrafos 21 e 22 do Termo de Acusação)

a) o pagamento de dividendos intermediários foi realizado com base em lucro apurado no balanço de 31.07.09;

b) após a reversão do lucro em prejuízo no final do exercício de 2009, não poderia requerer a devolução dos dividendos intermediários recebidos pelos acionistas em boa-fé;

c) as ações preferenciais classe A têm o direito de receber dividendo mínimo prioritário de 10% ao ano sobre o seu valor nominal de R\$ 1,00, bem como precedência sobre os dividendos dos demais acionistas conforme acórdão do Superior Tribunal de Justiça;

e) diante do conflito existente entre o legítimo interesse dos acionistas preferenciais classe A e o fato de não haver mais lucro no exercício, o conselho de administração deliberou submeter à apreciação da assembleia geral de acionistas o pagamento de dividendo complementar;

f) mais de 90% das ações preferenciais classe A são detidas por acionistas minoritários.

11. Por não ter ficado satisfeita com os esclarecimentos, a SEP solicitou a manifestação dos conselheiros que prestaram mais a seguintes informações: (parágrafos 23 e 24 do Termo de Acusação)

a) a proposta de distribuição de dividendos complementares foi refletida nas demonstrações financeiras referente ao exercício social de 2009 e não sofreram qualquer ressalva no parecer dos auditores independentes;

b) o lucro registrado nas demonstrações intermediárias de 31.07.09 de R\$ 37.847 mil e ajustado de R\$ 35.955 mil seria mais que suficiente para suportar também a distribuição complementar de dividendos às ações preferenciais classe A;

c) se a distribuição intermediária tivesse satisfeito o dividendo prioritário dessas ações não se estaria questionando a conduta dos administradores.

12. Ao analisar os fatos, a SEP concluiu o seguinte: (parágrafos 30, 33, 34 e 37 do Termo de Acusação)

a) de acordo com a ata da assembleia geral ordinária realizada em 30.04.10, constava da ordem do dia a deliberação a respeito da proposta do conselho de administração de 23.03.10 de pagamento de dividendo complementar de R\$ 2.305.732,70 para as ações preferenciais classe A (R\$0,089 por ação PNA);

b) a distribuição de dividendos complementares a esses acionistas foi efetuada de forma irregular por não terem sido observadas as disposições dos art.

c) os membros do conselho de administração não podiam alegar o desconhecimento desses dispositivos legais e distribuir aos acionistas detentores de ações preferenciais classe A dividendos complementares;

d) os membros do conselho de administração detinham, direta e indiretamente, cerca de 53,47% das ações PNA.

13. Diante disso, a SEP concluiu, a princípio [7], pela responsabilização, dentre outros [8], de **Frank Geyer Abubakir**, presidente do conselho de administração, **Arthur Cesar Whitaker de Carvalho**, membro do conselho de administração, **Maria Soares de Sampaio Geyer**, vice-presidente do conselho de administração, e **Vera Soares de Sampaio Geyer**, membro do conselho de administração, ambas representadas na assembleia por Frank Geyer Abubakir, por infração aos artigos 189 e 201 da Lei nº 6.404/76, por terem aprovado o pagamento de dividendos complementares às ações PNA referentes ao exercício social findo em 31.12.09 existindo prejuízos acumulados no respectivo balanço patrimonial da companhia. (parágrafo 41 do Termo de Acusação)

14. Acontece que, antes de serem intimados, os eventuais acusados acima identificados apresentaram proposta de Termo de Compromisso (fls. 307/310), alegando que a proposta de pagamento de dividendos complementares decorreu da obrigação de fazer cumprir o disposto no art. 7º do estatuto social que garantia às ações preferenciais classe A o direito de receber dividendo mínimo prioritário de 10% ao ano sobre seu valor nominal de R\$ 1,00. Assim, como haviam sido pagos dividendos intercalares a título de adiantamento dos dividendos do exercício sem respeitar tal prioridade, a companhia optou por cumprir o estatuto e com isso evitar qualquer demanda desses acionistas.

15. Diante disso, propõem ressarcir à companhia no prazo de até 30 dias a contar da data da celebração do Termo de Compromisso da quantia:

a) correspondente ao valor total dos dividendos complementares distribuídos aos acionistas titulares das 13.092.998 ações preferenciais classe A não pertencentes a integrantes do conselho de administração no montante de R\$ 1.165.276,82 que serão corrigidos a partir da data em que foram colocados à disposição dos acionistas (13.05.10) até o efetivo pagamento; e

b) correspondente ao valor total recebido pelos requerentes, titulares de 987.587 ações preferenciais classe A, no montante de R\$ 887.895,24 que também serão da mesma forma corrigidos.

16. 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 pela existência de óbice uma vez que os interessados se propõem a restituir à companhia valores menores do que o suposto prejuízo causado com a distribuição irregular de dividendos. Vale dizer, como os dividendos cuja distribuição teria sido irregular montavam R\$2.305.732,70, em valores históricos, a Procuradoria entendeu que a restituição deve abranger toda essa quantia.

17. No mais, a PFE/CVM ressaltou o descabimento das argumentações dos proponentes no sentido de deixar registrado no termo suas convicções quanto à legalidade de suas condutas e salientou a competência do Comitê para negociar as condições apresentadas e analisar a oportunidade e a conveniência de sua celebração, bem como do Colegiado para proferir a decisão final. (MEMO/PFE-CVM/GJU-1/Nº 086/2011 e respectivos despachos às fls. 319/322)

18. Segundo faculta o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, em reunião realizada em 13.04.11, o Comitê decidiu negociar com os proponentes as condições da proposta de termo de compromisso que lhe pareciam mais adequadas, conforme a seguir: (Comunicado de negociação às fls. 324/326)

*"Em sua proposta, os interessados comprometem-se a ressarcir a UNIPAR – União de Indústrias Petroquímicas S.A., no prazo de até 30 (trinta) dias a contar da data de celebração do Termo de Compromisso, o montante de **R\$2.053.172,06, correspondente:***

a) "ao valor total dos dividendos complementares distribuídos aos acionistas titulares das 13.092.998 ações preferenciais classe 'A' não pertencentes a integrantes do Conselho de Administração da Companhia, sendo tal quantia corrigida entre a data em que os dividendos foram colocados à disposição dos acionistas (13.05.10), e a data do efetivo pagamento. Essa quantia monta a R\$ 1.165.276,82, segundo os cálculos dos Requerentes, em valores históricos;" e

*b) "ao valor total recebido pelos Requerentes, na qualidade de titulares de 987.587 ações preferenciais classe 'A', dos dividendos complementares distribuídos aos acionistas titulares de ações preferenciais classe 'A', [9] sendo tal quantia corrigida entre a data em que os dividendos foram colocados à disposição dos acionistas (13.05.10), e a data do efetivo pagamento. **Essa quantia monta a R\$ 887.895,24, segundo os cálculos dos requerentes, em valores históricos.**" (grifamos)*

*A esse respeito, o Comitê alerta os proponentes acerca de equívoco verificado na alínea "b" de sua proposta, à medida que, ao multiplicarmos a quantidade de ações PNA detidas pelos proponentes (987.587) pelo dividendo complementar recebido por ação (R\$0,089), obtém-se o valor de **R\$87.895,24** e não o valor de **R\$887.895,24**, consoante informado. Assim, somando-se aquela quantia com o valor dos dividendos recebidos pelos titulares das ações PNA que não membros do Conselho de Administração (R\$1.165.276,82), **obtem-se, em verdade, a proposta de restituição, em valores históricos, de R\$1.253.172,06 e não R\$2.053.172,06.***

Em que pese o equívoco acima, o Comitê entende que a proposta merece ser aperfeiçoada para a melhor adequação a esse tipo de solução consensual do processo administrativo, considerando notadamente o cumprimento do requisito da indenização dos prejuízos de que trata o inciso II, §5º, art. 11 da Lei nº 6.385/76. Nesse tocante, destaca-se manifestação exarada pela Procuradoria Federal Especializada junto à CVM, no sentido de que haveria óbice jurídico à aceitação da proposta, uma vez que os interessados se propõem a restituir à UNIPAR valores menores do que o suposto prejuízo causado com a distribuição irregular de dividendos. Vale dizer, como os dividendos cuja distribuição teria sido irregular montam R\$2.305.732,70, em valores históricos, a Procuradoria entendeu que a restituição deve abranger toda essa quantia.

Urge destacar que, consoante entendimento consubstanciado pela PFE/CVM, a afirmação de certeza quanto à existência ou não de dano demanda um juízo definitivo incompatível com o instituto do Termo de Compromisso de que trata a Lei nº 6.385/76, não competindo neste momento processual adentrar em argumentos de defesa, à medida que o seu eventual acolhimento somente pode ser objeto de julgamento final pelo Colegiado desta Autarquia, sob pena de convolar-se o instituto em verdadeiro julgamento antecipado. Ademais, agir diferentemente caracterizaria, decerto, uma extrapolação dos estritos limites da competência deste Comitê.

Ainda no que tange à restituição à companhia, o Comitê ressalta que a proposta, embora disponha sobre a correção de valores, não identifica o fator a ser utilizado. A esse respeito, o Comitê aventa a adoção da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de

Custódia (Selic), em linha com os precedentes de Termo de Compromisso com obrigação de indenização de prejuízos individualizados.

*Sendo assim, o Comitê depreende que a proposta deve ser aprimorada, de sorte a contemplar indenização a UNIPAR no montante de **R\$2.305.732,70**, a serem atualizados pela **Selic** até o seu pagamento, observando-se que o prazo adotado em compromissos dessa natureza é de 10 (dez) dias contados da publicação do Termo de Compromisso no Diário Oficial da União.*

*Além disso, o Comitê infere que a proposta deve conter **obrigação adicional** que represente compromisso bastante para desestimular condutas assemelhadas, aventando-se, para este fim, o pagamento à CVM de montante equivalente à 20% do valor (atualizado) da indenização acima referida, a ser pago no prazo de 10 (dez) dias contados 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."

19. Em 03.06.11, os proponentes protocolaram nova proposta, na qual se comprometem à (fls. 329/331):

a) ressarcir à UNIPAR o montante de R\$ 2.305.732,70 (dois milhões, trezentos e cinco mil, setecentos e trinta e dois reais e setenta centavos), correspondente à integralidade dos dividendos distribuídos às ações preferenciais classe "A" da Companhia conforme deliberado pela Assembleia Geral Ordinária de 30 de abril de 2010, montante a ser atualizado pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) desde a data em que os dividendos foram colocados à disposição dos acionistas (13.05.10) e a data do efetivo pagamento; e

b) pagar à CVM o montante equivalente a 10% do valor atualizado a ser ressarcido à Companhia.

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. Consoante entendimento já consubstanciado em sede de Termo de Compromisso, a análise do Comitê é sempre pautada pela realidade fática manifestada nos autos, não competindo neste momento processual adentrar em argumentos próprios de defesa à medida que o seu eventual acolhimento somente pode ser objeto de julgamento final pelo Colegiado desta Autarquia, sob pena de convolar-se o instituto do Termo de Compromisso em verdadeiro julgamento antecipado. Ademais, cabe lembrar que a celebração do ajuste, nos termos do § 6º do art. 11 da Lei nº 6.385/76, não importa confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

24. No caso em tela, a análise do Comitê foi realizada em duas partes, a primeira considerando: a) o ressarcimento à UNIPAR em montante correspondente à integralidade dos dividendos distribuídos às ações preferenciais classe "A" da Companhia conforme deliberado pela AGO de 30 de abril de 2010, montante esse a ser atualizado pela Taxa Selic até o efetivo pagamento; e b) compromisso adicional de pagamento à CVM no montante de 10% do valor que vier a ser ressarcido à UNIPAR.

25. No que diz respeito à primeira parte da proposta, depreendeu-se que esse compromisso estaria de acordo com a contraproposta enviada pelo Comitê quando da abertura de negociação (item 18). Nestes termos, os valores e as condições de atualização da proposta de ressarcimento à Companhia estariam aptos a receber um parecer favorável por esse órgão.

26. Todavia, o mesmo entendimento não pode ser aplicado em relação à segunda parte da proposta. Em seu comunicado de negociação, o Comitê solicitou compromisso adicional de pagamento à CVM no valor de 20% do montante que viesse a ser ressarcido à Companhia. Os proponentes se limitaram a apresentar proposta de pagamento à CVM no percentual de 10%, sem indicar nenhuma razão para isso além de argumentos genéricos de defesa, tais como: "*não há prática de atividade ou ilícito a cessar*", "*os requerentes nunca foram parte em processos perante essa autarquia*" e "*a proposta tem fundamento na absoluta convicção dos Requerentes de que agiram dentro da lei e no melhor interesse dos acionistas da Companhia*".

27. O Comitê entende que o pagamento à CVM de percentual de 20% sobre o montante a ser ressarcido – medida consolidada pelo Colegiado em inúmeras outras propostas de termo de compromisso que versem sobre recomposição de prejuízos – representa um compromisso adicional com fins de desestimular a prática de conduta tida como irregular ou sob investigação. A rigor, o compromisso indenizatório de ressarcimento de prejuízos (primeira parte da proposta) é derivado de um mandamento legal e representa o retorno ao *status quo* financeiro dos prejudicados individualmente caso não tivesse ocorrido a conduta tida como irregular ou sob investigação. O compromisso adicional de pagamento à CVM de 20%, por sua vez, possui uma função de desestímulo, de censura a um comportamento, de comunicação ao mercado – em especial aos agentes em situação similar a dos proponentes – da reprovabilidade pela CVM em relação a uma conduta específica.

28. Conclui o Comitê que a função de desestímulo da proposta não pode ser subjugada sem razões fortes o bastante, sendo ela tão necessária ao compromisso quanto à função indenizatória de ressarcimento de prejuízos individualmente sofridos.

CONCLUSÃO

29. 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 em conjunto por **Arthur Cesar Whitaker de Carvalho**, **Frank Geyer Abubakir**, **Maria Soares de Sampaio Geyer** e **Vera Soares de Sampaio Geyer**.

Rio de Janeiro, 08 de junho de 2011.

Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Superintendente Geral

Pablo Waldemar Renteria

José Carlos Bezerra da Silva

Superintendente de Processos Sancionadores

Superintendente de Normas Contábeis e de Auditoria em exercício

Roberto Sobral Pinto Ribeiro

Vera Lucia Simões Alves Pereira de Souza

Gerente de Acompanhamento de Mercado 1

Inspetora da Superintendência de Fiscalização Externa

[1] O Processo Administrativo Sancionador é instaurado a partir da data de recebimento da intimação pelo acusado para, querendo, apresentar suas razões de defesa, consistindo na fase contraditória do procedimento administrativo. No caso concreto, a proposta foi apresentada após formulada a acusação, porém previamente à intimação dos acusados para apresentação de defesa.

[2] Art. 189. (...)

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

[3] Art. 8º (...)

Parágrafo único. Somente poderá haver saldo na conta de prejuízos acumulados 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, ..."

[4] De acordo com o estatuto social, as ações preferenciais classes A e B tinham direito a dividendo no mínimo 10% superior às ordinárias e, além disso, as preferenciais classe A a dividendo mínimo prioritário de 10% ao ano sobre o valor nominal da ação que era de R\$ 1,00. Conforme informações apresentadas no Formulário de Referência da companhia (item 17), o capital está subdividido em 278.499.447 ações ordinárias nominativas (ON), **25.907.109 ações PNA** e 531.091.786 ações PNB, das quais 484.000 estão em tesouraria. (parágrafos 17 e 18 do Termo de Acusação)

[5] Art. 189. Do resultado do exercício social serão deduzidos, antes de qualquer participação, os prejuízos acumulados e a provisão para o Imposto sobre a Renda.

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

[6] Art. 201. A companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros; e à conta de reserva de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o § 5º do artigo 17.

§ 1º A distribuição de dividendos com inobservância do disposto neste artigo implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

§ 2º Os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa-fé tenham recebido. Presume-se a má-fé quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste.

[7] A princípio, tendo em vista possíveis alterações a serem promovidas pela SEP no Termo de Acusação após a análise pela PFE/CVM do preenchimento dos requisitos formais arrolados no art. 6º da Deliberação CVM nº 538/08.

[8] O Termo de Acusação inclui a responsabilização de mais oito pessoas dentre membros do conselho de administração e membros do conselho fiscal.

[9] Dos Requerentes, apenas Maria Soares de Sampaio Geyer e Vera Soares de Sampaio Geyer eram titulares, à época da distribuição dos dividendos, respectivamente de 493.794 e 493.793 ações preferenciais Classe A, correspondentes, no total, a 3,92% das ações preferenciais Classe A de emissão da Companhia.