

PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM NºRJ2010/14248

RELATÓRIO

1. Trata-se de proposta de Termo de Compromisso apresentada por Alberto José Aulicino Neto, na qualidade de Diretor Presidente e de Diretor de Relações com Investidores da Construtora Beter S.A., acusado nos autos do Termo de Acusação (fls.246/256) instaurado pela Superintendência de Relações com Empresas – SEP.

2. O presente processo originou-se de denúncia de dois membros do Conselho Fiscal da Construtora Beter S/A (" **Construtora Beter**" ou "**Companhia**") acerca da existência de indícios de práticas contábeis irregulares relativas a contratos de mútuo celebrados entre a Companhia e seu acionista controlador indireto, por sua vez ocupante do cargo de Presidente do Conselho de Administração^[1]. (parágrafo 2º do Termo de Acusação)

3. Segundo a denúncia, no curso das reuniões do Conselho Fiscal da Construtora Beter realizadas em 10.10.08 e em 07.11.08, o Diretor Presidente da Companhia, Sr. Alberto José Aulicino Neto, informou que os recursos recebidos pela Construtora Beter em razão do exercício das atividades empresariais e da venda de equipamentos e maquinário, tão logo depositados nas contas correntes de titularidade da Companhia, seriam transferidos de imediato para uma conta corrente da filha do acionista controlador indireto da Construtora Beter. Segundo relatado pelo Diretor Presidente, tal transferência dar-se-ia a título de pagamento de empréstimos feitos à Companhia por seu acionista controlador indireto no valor total aproximado de R\$4.000.000,00 (quatro milhões de reais), ficando a filha deste encarregada de utilizar parte desses recursos para o pagamento dos salários dos empregados e despesas correntes da Construtora Beter. (parágrafo 2º do Termo de Acusação)

4. Instado a se manifestar pela SEP, o Diretor Presidente e Diretor de Relações com Investidores da Companhia, Sr. Alberto José Aulicino Neto, alegou a regularidade dos contratos de mútuo celebrados entre a Construtora Beter e seu acionista controlador indireto, destacando as dificuldades financeiras e de liquidez apresentadas pela Companhia, inclusive no que diz respeito à captação de recursos perante o sistema financeiro nacional (bancos e caixas), dificuldade esta que teria levado a Construtora Beter a um processo de recuperação judicial. Acresceu que tais empréstimos teriam sido regularmente contabilizados, tanto que o referido mutuante constaria no quadro geral dos credores da Companhia como titular de um crédito da ordem de R\$ 2.136.844,01 (crédito esse inclusive reconhecido pelos demais credores da Construtora Beter, que não o impugnaram no âmbito do plano de recuperação judicial). No mais, esclareceu que os depósitos eram feitos em conta corrente de titularidade da filha do acionista controlador indireto pelo fato desta ser sua procuradora. (parágrafo 3º do Termo de Acusação)

5. Adicionalmente, o Sr. Alberto José Aulicino Neto ressaltou a contratação da empresa de consultoria Kroll para a verificação da lisura do procedimento em tela, realizada por intermédio da checagem de todos os lançamentos contábeis relativos aos mútuos celebrados entre a Companhia e seu controlador indireto. A seu ver, as informações trazidas pela Kroll seriam deveras esclarecedoras, pois demonstrariam que os valores aportados se destinaram basicamente para o pagamento de despesas com folha de pagamentos (40,94%), fornecedores (21,84%), despesas administrativas (10,85%) e reclamações trabalhistas (8,30%), somando tais rubricas quase 82% dos aportes feitos. (parágrafo 3º do Termo de Acusação)

6. Quanto ao relatório da consultoria Kroll, a SEP destacou ainda as seguintes principais informações: (parágrafo 4º do Termo de Acusação)

- a. no período de **02.10.07 a 05.12.07**, a Construtora Beter e seu acionista controlador indireto firmaram 5 contratos de mútuo no total de R\$123.000,00 (cento e vinte e três mil reais), sendo que 4 contratos de mútuo apresentavam taxa de juros de 11,9% ao mês e foram liquidados no prazo máximo de 2 dias da data de sua contratação;
- b. no dia 02.10.07, quando foi efetuado o primeiro contrato de mútuo, o acionista controlador indireto encontrava-se com saldo negativo de R\$ 763,11 no banco, de sorte que foi elaborado o contrato com a mesma taxa do cheque especial de 11,9%, como meio de não onerar o mutuante. O mesmo fato teria ocorrido no dia 28.11.07, quando foram elaborados dois contratos no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) cada;
- c. estes contratos firmados no ano de 2007 foram de curta duração, representando um valor inexpressivo diante do montante aportado pelo acionista controlador indireto;
- d. no período de **28.01.08 a 09.09.08**, foram firmados 23 contratos de mútuo entre a Construtora Beter e seu acionista controlador indireto, pelos quais o mesmo aportou recursos para a Companhia no montante aproximado de R\$6.000.000,00 (seis milhões de reais), a taxas que variam de 1,37% a 1,52%;
- e. no período de janeiro a maio de 2008 foram elaborados contratos por cada operação financeira efetuada e, a partir de junho de 2008, foram firmados contratos mensais com limites de crédito, com o intuito de viabilizar o fluxo de caixa da Companhia. Esses contratos não estabeleciam prazo definido para sua devolução, podendo ser utilizados como conta corrente;
- f. durante este período, 85% dos recursos aportados pelo acionista controlador indireto foram utilizados para cobrir despesas da Companhia com folha de pagamento, fornecedores, despesas administrativas e reclamações trabalhistas;
- g. houve 40 pagamentos de contratos de mútuos efetuados pela Construtora Beter no período de 17.04.08 a 10.09.08, totalizando R\$ 3.234.375,00;
- h. entre o pedido de recuperação judicial e 31.12.08, foram identificados 3 contratos de mútuo, totalizando R\$ 867.491,00;
- i. não foram identificados lançamentos de apropriações de juros no exercício de 2008; e
- j. houve 64 pagamentos de mútuos por parte da Construtora Beter, totalizando R\$ 4.104.869,00.

7. Face ao apurado, a área técnica concluiu que tais empréstimos referem-se a transações da Companhia com parte relacionada, cuja contabilização e divulgação é objeto de tratamento específico, que à época dos fatos estava previsto na Deliberação CVM nº 26/86^[2], que aprovou o Pronunciamento emitido pelo Instituto Brasileiro de Contadores - IBRACON, em Anexo à Deliberação, sobre Transações entre Partes Relacionadas, e que, posteriormente, foi substituída pela Deliberação CVM nº 560/08^[3]. (parágrafo 6º do Termo de Acusação)

8. Apesar de a Companhia ter afirmado em relação aos contratos que *"estes são públicos e se encontram devidamente reconhecidos na contabilidade"*, a SEP constatou que não há informação a respeito de tais empréstimos nas Demonstrações Anuais Completas relativas aos exercícios encerrados em 31.12.07 (divulgadas em 02.09.09 e reapresentadas em 18.10.10) e em 31.12.08 (divulgadas em 03.03.10), seja no corpo dessas demonstrações ou nas Notas Explicativas correspondentes. Não obstante a relevância dos valores envolvidos, tal informação igualmente não teria constado dos Formulários 1º, 2º e 3º ITR/08, divulgados em 13.05.09, 13.05.09, e 22.07.09, respectivamente. (parágrafo 6º do Termo de Acusação)

9. Segundo a área técnica, a divulgação dos empréstimos concedidos pelo acionista controlador indireto somente por meio do portal de serviços em

Consulta de Processos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no quadro de credores, como citou a Companhia em sua manifestação, não atende ao requerido pela Deliberação CVM nº 26/86 nem ao previsto na Deliberação CVM nº 560/08. Destacou ainda a SEP que "os valores envolvidos, em especial para o ano de 2008, foram, sem dúvida, relevantes frente aos números da Companhia, uma vez que, de acordo com o informado no relatório da consultoria Kroll, os contratos firmados de 28.01.2008 a 09.09.2008 resultaram no aporte de aproximadamente 6 milhões de reais em favor da Companhia." (parágrafo 6º do Termo de Acusação)

10. Com relação à responsabilidade da diretoria da Companhia no presente caso, concluiu a SEP pela responsabilização apenas do Sr. José Aulicino Neto — eleito Diretor Presidente em RCA de 13.02.08 e Diretor de Relações com Investidores em 06.08.08 —, considerando as datas em que as demonstrações e os formulários citados foram divulgados pela Companhia. (parágrafo 8º do Termo de Acusação)

11. Diante do exposto, a SEP propôs a responsabilização do Sr. José Aulicino Neto, na qualidade de Diretor Presidente e de Diretor de Relações com Investidores da Construtora Beter S.A. em exercício quando da entrega das demonstrações e formulários abaixo, por não cumprir o previsto nos seguintes normativos: (parágrafo 9º do Termo de Acusação)

- a. art. 176, *caput*, da Lei nº 6.404/76, ao não divulgar os empréstimos concedidos à Companhia por seu acionista controlador indireto e conselheiro, nos anos de 2007 e 2008, nas Demonstrações Financeiras Anuais Completas referentes a 31.12.07 e 31.12.08 e nos Formulários ITR referentes a 31.03.08, 30.06.08 e 30.09.08;
- b. Deliberação CVM nº 26/86, ao não divulgar os empréstimos concedidos à Companhia por seu acionista controlador indireto e conselheiro, nos anos de 2007 e 2008, nas Demonstrações Financeiras Anuais Completas referentes a 31.12.07 e nos Formulários ITR referentes a 31.03.08, 30.06.08 e 30.09.08; e
- c. Deliberação CVM nº 560/08, ao não divulgar os empréstimos concedidos à Companhia por seu acionista controlador indireto e conselheiro, no ano de 2008, nas Demonstrações Financeiras Anuais Completas referentes a 31.12.08.

12. Devidamente intimado, o Sr. José Aulicino Neto apresentou suas razões de defesa (fls. 277/284), ocasião em que manifestou intenção na celebração de Termo de Compromisso. No devido prazo, a proposta completa de Termo de Compromisso foi apresentada, entretanto não em nome do acusado e sim em nome da Construtora Beter (fls. 309/310).

13. No corpo da proposta de Termo de Compromisso, são reapresentados alguns argumentos de defesa, destacando-se ainda a pequena dispersão das ações da Companhia no mercado e o fato de a Construtora Beter se encontrar em processo de recuperação judicial, em crítica situação financeira. Adicionalmente, a Companhia, na qualidade de compromissária, assumiria a obrigação de publicar, por meio de Nota Explicativa no Balanço Anual de 31.12.10, as informações referentes aos mútuos por ela realizados com parte relacionada, que deixaram de ser publicadas nos Balanços de 31.12.07 e 31.12.08 e nos Formulários 1º, 2º e 3º ITR de 2008. A seu ver, tal publicação "será suficiente para sanar o vício de publicidade apontado por esta d. CVM e elidirá qualquer responsabilização da Compromissária e seus Conselheiros Fiscais, bem como suprirá qualquer outra publicação relativamente a estas operações específicas." O cumprimento da obrigação assumida, por sua vez, ocorreria no prazo de até 90 (noventa) dias a partir da assinatura do Termo de Compromisso.

14. 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 o que se segue: (MEMO/CVM/PFE-GJU-1/Nº 170/11 e respectivos despachos às fls. 313/318)

"7. Verifica-se que o compromitente entende não ter ocorrido nenhum tipo de prejuízo aos investidores, acionistas da Compromissária, ao mercado, ou a terceiros.

8. O inciso II, do §5º, do artigo 11, da Lei nº 6.385/76, determina que sejam corrigidas as irregularidades apontadas, inclusive indenizando prejuízos. Neste sentido, entendo que a proposta formulada **não atende** a exigência legal, tendo em vista que, ainda que não se possa quantificar o prejuízo, decerto a conduta favorece a ocorrência de prejuízos em potencial ao mercado e aos acionistas.

9. Por outro lado, o proponente se compromete a fazer publicar, no Balanço Anual de 31/12/2010, as informações referentes aos mútuos realizados que teriam deixado de ser publicados nos Balanços de 31/12/2007 e 31/12/2008 e nos Formulários ITR 1º, 2º e 3º trimestres de 2008.

10. A GEA-4, no MEMO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 249/1, informa que meramente a não reapresentação dos Formulários ITRs, referentes aos trimestres do exercício de 2008 não deve ser, por si só, impeditivo da aceitação da proposta de Termo de Compromisso.

11. Em sendo assim sendo, entendo que tal proposta atende a exigência contida no inciso I, do §5º, do artigo 11, da Lei nº 6.385/76, que determina a cessação das práticas ilícitas.

12. Por oportuno, cabe ressaltar que a análise da conveniência e oportunidade, bem como da aptidão da proposta para ressarcir ou minorar os danos causados ao mercado, se for o caso, não incumbe a esta Procuradoria e sim ao Comitê de Termo de Compromisso e ao órgão Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do art. 8º e 9º da deliberação nº 486/05.

13. Isto posto, **entendo que há óbice para a análise pelo Comitê de Termo de Compromisso sobre a conveniência e oportunidade na celebração do compromisso proposto**, nos termos do que dispõe o artigo 8º, *caput*, da Deliberação CVM nº 390/01, com as alterações introduzidas pela Deliberação CVM nº 486/05." (grifos do original)

15. Adicionalmente, a Procuradoria ressaltou que as convicções do proponente quanto à legalidade das condutas devem ser objeto da peça de defesa, sendo sua inserção no Termo de Compromisso completamente descabida. Por fim, observou a competência do Comitê para, se entender conveniente, negociar as condições apresentadas pelo proponente, nos termos do art. 8º, §4º, da Deliberação CVM nº 390/01.

16. Segundo faculta o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, em reunião realizada em 30.06.11, o Comitê decidiu negociar as condições da proposta de termo de compromisso que lhe pareciam mais adequadas, tendo sugerido a assunção, pelo Sr. Alberto José Aulicino Neto (e não pela companhia), de obrigação pecuniária em favor da CVM no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), considerando especialmente a orientação do Colegiado no sentido de que as propostas de Termo de Compromisso devem contemplar obrigação que melhor atenda às finalidades do instituto, inclusive a de inibir a reiteração de infrações, seja pelo próprio proponente, seja por terceiros em situação similar a daquele. (Comunicado de negociação às fls. 319/320)

17. No devido prazo, o Sr. José Aulicino Neto encaminhou correspondência onde se manifestou pela manutenção da proposta original, com base em argumentos reputados aqui como argumentos de defesa, bem como apresentou declaração de empresa de contabilidade e consultoria no sentido de que a companhia possui pendências financeiras junto ao DRI. Os argumentos do proponente são os que seguem:

1. "O presente processo sancionador refere-se a notas explicativas, que deixaram de ser incluídas nas demonstrações financeiras de exercícios passados, detalhando informações a respeito de valores emprestados à empresa por seu acionista controlador, a título de mútuo.

2. *Tal ocorrência deveu-se unicamente ao desconhecimento da necessidade do detalhamento dos mútuos em questão, tanto por parte da empresa, como por parte dos contadores responsáveis pela emissão das demonstrações financeiras e ainda por parte dos auditores independentes responsáveis por sua verificação. Tanto é assim que não constou das demonstrações nenhuma ressalva relativa a essa questão.*
3. *Ao mesmo tempo, a falta de inclusão das notas explicativas, em momento nenhum configurou qualquer intenção da empresa no sentido de omitir o detalhamento dessas operações, uma vez que os mútuos em questão foram exaustivamente explicitados ao conselho fiscal da companhia.*
4. *Além disso, no presente momento, a ocorrência já se encontra inteiramente sanada, bem como já está plenamente cumprido o termo de compromisso proposto pela empresa, uma vez que, na publicação das demonstrações financeiras do exercício de 2010, foram explicitados os detalhamentos das posições dos mútuos tanto desse exercício como dos exercícios anteriores.*
5. *É importante frisar, ainda, que a questão em tela não teve influência no mercado acionário. Isso porque as ações da companhia apresentam baixíssima dispersão. Tanto é que na própria reunião do conselho fiscal em que a matéria foi amplamente analisada estiveram presentes representantes de nada menos que 95% de acionistas ordinaristas e próximo de 50% de acionistas preferencialistas. Tampouco deve ser desconsiderado que a ocorrência ora discutida não implica em qualquer alteração em qualquer dos números das demonstrações financeiras da companhia.*
6. *E também é possível deduzir que não houve influência no mercado acionário porque, mesmo tratando-se de fato antigo, relativo aos exercícios de 2007, 2008 e 2009, não ocorreu nenhuma reclamação por parte de nenhum acionista, quanto à falta de detalhamento dos mútuos nas respectivas demonstrações financeiras.*
7. *Por outro lado, a proposição da CVM para que o termo de compromisso anteriormente apresentado sofra uma majoração para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) não é factível, por diversos motivos. Primeiramente, o termo de compromisso apresentado não contemplou valores, mas sim o saneamento da ocorrência em questão, o que, repita-se, já está cumprido. Ao depois, a companhia encontra-se em fase de recuperação judicial, enfrentando as enormes dificuldades financeiras inerentes a essa situação. (...). Nesse passo, o Diretor de Relações com Investidores, a quem competiria arcar com o custo proposto, não recebe a remuneração que lhe seria devida pela companhia já há 06 meses, conforme atesta a documentação anexa, não estando, portanto, em condições de suportar qualquer ônus financeiro.*
8. *Em vista de todas essas razões, fica claro que, por um lado, a falta em tela foi de pequena relevância, não gerou danos e já foi devidamente sanada, e, por outro, o Diretor de Relações com Investidores não tem a menor possibilidade de arcar com qualquer tipo de sanção pecuniária.*

Sendo assim, solicitamos a esse comitê que acolha as considerações supra elencadas, acatando o termo de compromisso anteriormente proposto, sem sanções pecuniárias."

FUNDAMENTOS

18. 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.

19. 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.

20. 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.

21. Consoante entendimento já consubstanciado em sede de Termo de Compromisso, a análise do Comitê é sempre pautada pela realidade fática manifestada na peça acusatória, 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.

22. No caso em tela, a proposta do Sr. José Aulicino se baseia em quatro pontos principais: a) a falta em tela teria sido de pequena relevância; b) não teria gerado danos; c) já teria sido devidamente sanada; d) o proponente não tem a menor possibilidade de arcar com qualquer tipo de sanção pecuniária.

23. Enquanto os três primeiros argumentos são afastados na análise deste Comitê por serem reputados como teses de defesa, o quarto argumento se afigura insuficiente para aceitação de uma proposta de Termo de Compromisso. Em realidade, a proposta apresentada se limita a cumprir aquilo que a legislação vigente do mercado de capitais já impelia ao proponente desde sempre. Reparar um dano específico apontado em peça acusatória não constitui um compromisso em si, mas, antes, trata-se apenas de um pré-requisito de natureza legal para que esta CVM possa iniciar a apreciação do mérito de determinada proposta (inciso II, parte inicial, do § 5º, art. 11 da Lei nº 6.385/76).

24. Em linha com a manifestação exarada pela PFE-CVM, o Comitê depreende que resta óbice jurídico em função do não atendimento do disposto no inciso II, parte final, do artigo supramencionado, o qual determina indenização de prejuízos. Como bem sedimentado nesta autarquia, a impossibilidade de se identificar prejudicados e de se quantificar prejuízos não elide a existência de um dano *lato sensu* ao mercado, à sua confiabilidade e à sua higidez, nem exige a responsabilidade do proponente de reparar essa perda difusa por meio de uma prestação pecuniária ao mercado, por intermédio de seu órgão regulador.

25. Ainda que fosse superada a questão jurídica apontada pela PFE-CVM, o Comitê entende que qualquer valor inferior aos R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sugeridos em fase de negociação, seria insuficiente para desestimular a prática de condutas semelhantes, considerando a natureza e a gravidade da acusação.

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 **Alberto José Aulicino Neto**.

Rio de Janeiro, 20 de julho de 2011.

Mário Luiz Lemos

Superintendente de Fiscalização Externa

Paulo Roberto Gonçalves Ferreira

Superintendente de Normas Contábeis e de Auditoria em exercício

Waldir de Jesus Nobre

Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários

Raul Fernando Salgado Zenha

Superintendente de Processos Sancionadores em exercício

[1] De acordo com as informações constantes do Formulário IAN/2006, encaminhado pela Companhia em 05.09.08, o mutuante é acionista controlador indireto da Construtora Beter, ao deter indiretamente 52,79% das ações ordinárias de emissão da Companhia. Ademais, o acionista controlador indireto foi eleito presidente do Conselho de Administração em AGE de 08.02.07 e reeleito em AGO de 30.10.09. (parágrafo 6º do Termo de Acusação)

[2] De acordo com os Critérios de divulgação contidos na Deliberação CVM nº 26/86: *"A referida divulgação pode ser feita no corpo das demonstrações financeiras ou em notas explicativas, qual seja o mais prático, respeitada a condição de fornecer detalhes suficientes para identificação das partes relacionadas e de quaisquer condições essenciais ou não estritamente comutativas inerentes às transações em pauta. Deve ser indicado, em todos os casos, se as transações foram feitas a valores e prazos usuais no mercado ou de negociações anteriores que representam condições comutativas"*

[3] De acordo com a Deliberação CVM nº 560/08 (editada em 11.12.08), conforme previsto no item 17 do Pronunciamento Técnico CPC 05: *"Se tiver havido transações entre partes relacionadas, a entidade deve divulgar a natureza do relacionamento com as partes relacionadas, assim como informações sobre as transações e saldos existentes necessárias para a compreensão do potencial efeito desse relacionamento nas demonstrações contábeis"*.