

EXTRATO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO

ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 25/05

Acusado: BNDES Participações S/A (BNDESPar)

Ementa: Inobservância da vedação contida no art. 13, § 4º, da Instrução CVM nº 358/02, c/c o caput do mesmo artigo e com o art. 20, caput, inciso II, da mesma Instrução, em função dos negócios realizados pelo Fundo Fator Sinergia, do qual o BNDESPar era cotista, com ações de emissão da lochpe-Maxion, dentro do período de 15 dias que antecedeu a divulgação de informações periódicas pela Companhia. Absolvição.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, por unanimidade de votos, decidiu absolver o BNDES Participações S/A (BNDESPar) da acusação formulada.

A CVM oferecerá recurso de ofício da absolvição ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Presente a advogada Maria Carolina Pina Correia de Melo, representante do BNDES Participações S/A (BNDESPar), que não fez uso da palavra.

Presente a procuradora federal Milla de Aguiar Vasconcelos Ribeiro, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Participaram do julgamento os diretores Eli Loria, relator, Eliseu Martins, Otávio Yazbek e a presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana, que presidiu a sessão.

O diretor Marcos Barbosa Pinto declarou-se impedido de participar da sessão de julgamento.

Rio de Janeiro, 12 de maio de 2009.

Eli Loria

Diretor-Relator

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

Presidente da Sessão de Julgamento

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 25/2005

Indiciado: BNDES Participações S/A (BNDESPar)

Relator: Diretor Eli Loria

RELATÓRIO

O presente Processo Administrativo Sancionador CVM nº 25/2005 foi instaurado com a finalidade de "apurar o eventual uso de informações privilegiadas relacionadas à divulgação dos resultados do 2º trimestre de 2003 da lochpe-Maxion S.A. e à publicação do fato relevante pela Companhia em 09.10.03", sendo designada a Comissão responsável por sua condução pela Portaria CVM/SGE/Nº 215, de 01/12/05 (fls. 01), que apresentou seu relatório em 30/11/06 (fls.3034/3102). O diretor-relator foi sorteado na Reunião do Colegiado de 24/03/09 (fls.3390).

Todos os acusados apresentaram proposta de celebração de Termo de Compromisso que foram rejeitadas na Reunião do Colegiado ("RC") nº 50/07 (fls.3312/3313), de 18/12/07. Posteriormente, lochpe-Maxion S/A("Companhia" ou "lochpe-Maxion"), Dan loschpe e Oscar Antônio Fontoura Becker apresentaram nova proposta de Termo de Compromisso ("TC"), aprovada na RC nº 25/08 (fls.3356/3357), de 03/07/08, cujo teor foi publicado no Diário Oficial da União ("DOU") de 24/10/08 (fls.3366). O TC foi considerado cumprido na RC nº 03/09 (fls.3382), de 21/01/09, sendo a decisão publicada no DOU de 06/03/09 (fls.3384).

Em função da existência de indícios de crimes de ação penal pública, em 12/04/07 foi encaminhada cópia do relatório da Comissão de Inquérito para o Ministério Público Federal (Estado de São Paulo) e, em 12/02/09, informação do arquivamento do feito em relação a diversos acusados, em função do cumprimento do TC (fls.3383).

Dessa forma, restou para julgamento a acusação em face de BNDES Participações S/A (BNDESPar) ¹ de inobservância da vedação contida no art. 13², § 4º, da Instrução CVM nº 358/02, combinado com o caput do mesmo artigo e com o art. 20, caput e inciso II³, da mesma Instrução, em função de negócios realizados pelo Fundo Fator Sinergia - Fundo de Investimento em Ações ("FIA Sinergia" ou "Fundo"), do qual a BNDESPar era cotista, com ações de emissão da lochpe-Maxion, dentro do período de 15 dias que antecedeu à divulgação de informações periódicas pela Companhia, considerando a BNDESPar como acionista controlador da Companhia, em função de Acordo de Acionistas (fls.131/155) firmado pela entidade.

O PAS originou-se na verificação pela Gerência de Acompanhamento de Mercado 1 (GMA-1) ⁴ de oscilações significativas de preço e volume nas negociações das ações ordinárias (MYPK3) e preferenciais (MYPK4) de emissão da lochpe-Maxion a partir de 27/08/03.

No que se refere ao controle acionário da Companhia, a Comissão, com fundamento nas informações anuais referentes a 31/12/02 (fls. 87), conclui que o mesmo era exercido por três acionistas: Companhia lochpe, BNDESPar e Bradesco Previdência e Seguros. esses acionistas detinham, em conjunto, 83,91% das ações ordinárias, 60,44% das preferenciais e 68,56% do capital total da companhia, nos termos do Acordo de Acionistas, participando do Conselho de Administração da Companhia com a indicação de 5, 2 e 1 conselheiros, respectivamente.

Ademais, a acusação aponta que o FIA Sinergia realizou negociações com ações preferenciais de emissão da Companhia no período de 15 dias anteriores a divulgação de suas informações periódicas, sem observar a vedação de que trata o art. 13, §4º, combinado com o art. 20, caput e inciso II, ambos da Instrução CVM nº 358/02, uma vez que o Fundo possui, entre seus cotistas, a BNDES Participações S/A (BNDESPar), que seria acionista controladora da lochpe-Maxion S/A.

A Comissão investigou os negócios com ações de emissão da Companhia no período de 01/05/02 a 09/10/03 por intermédio da FAR S/A DTVM, concluindo não haver nada que sustentasse a suspeita de uso de informação privilegiada pelo citado fundo (parágrafo 191 do Relatório) e apresentando a seguinte tabela:

FIA Sinergia – Negócios com ações preferenciais de emissão de lochpe-Maxion				
01/05/02 a 09/10/03				
Data	Compra		Venda	
	Qtde.	R\$	Qtde.	R\$
28/11/02	800.000	18.400,00		
14/01/03	150.000	3.885,00		
20/01/03	1.480.000	43.068,00		
28/01/03	210.000	5.355,00		
04/02/03	1.000.000	25.500,00		
02/04/03	50.000	1.176,00		
09/04/03	900.000	21.600,00		
02/05/03	360.000	8.388,00		
08/05/03	200.000	5.299,00		
13/05/03	1.430.000	36.465,00		
05/06/03	1.880.000	49.820,00		
09/06/03	260.000	6.840,00		
10/06/03	350.000	9.107,00		

11/06/03	100.000	2.650,00		
12/06/03	60.000	1.590,00		
16/06/03	1.000.000	27.000,00		
18/06/03	1.100.000	30.013,00		
24/06/03	650.000	17.613,00		
25/06/03	450.000	12.150,00		
01/07/03	360.000	9.540,00		
03/07/03	180.000	4.680,00		
08/07/03	850.000	22.090,00		
10/07/03	300.000	7.656,00		
14/07/03	2.240.000	57.764,00		
16/07/03	150.000	3.825,00		
17/07/03	400.000	10.204,00		
18/07/03	600.000	15.356,00		
21/07/03	400.00	10.400,00		
22/07/03	200.000	5.200,00		
30/07/03	90.000	2.385,00		
31/07/03	110.000	2.915,00		
01/08/03	800.000	21.350,00		
04/08/03	70.000	1.869,00		
06/08/03	450.000	12.453,00		
07/08/03	400.000	10.800,00		
11/08/03	350.000	9.450,00		
14/08/03	20.000	560,00		
12/09/03			1.000.000	69.002,00
T O T A L	20.400.000	534.406,00	1.000.000	69.002,00

Os negócios apontados como irregulares pela Comissão são os seguintes:

Fundo Fator Sinergia				
Informação Periódica	Data de divulgação	Período vedado para negociação	Qtde. negociada no período vedado	Valor negociado no período vedado
DFP 2002	18/02/03	03/02 a 17/02/03	1.000.000	25.500,00
IAN 2002	23/04/03	08/04 a 22/04/03	900.000	21.600,00

1ª ITR/03	23/04/03			
2ª ITR/03	28/07/03	13/07 a 27/07/03	3.990.000	102.749,00
	TOTAL		5.890.000	149.849,00

A acusação aponta ser o Fundo fechado, destinado a investidores qualificados e composto por sete cotistas, sendo que o BNDESPar detinha a maior participação, 32,50% das cotas, em 2002 e 2003 (fls.2160/2168), indicando, consoante o Regulamento do Fundo, um dos seis membros de seu Conselho Consultivo cuja composição, nos anos de 2002 e 2003, encontra-se às fls. 2182/2184.

A competência do Conselho Consultivo, conforme Regulamento do Fundo (fls.2114/2122), é a seguinte:

- " a) traçar as macro-diretrizes do Fator Sinergia;
- b) supervisionar a atuação do Administrador;
- c) acompanhar as prestações de contas do administrador;
- d) apreciar os pareceres do auditor independente do Fator Sinergia;
- e) propor a convocação da Assembléia Geral, inclusive para fim de reformar o Regulamento;
- f) aprovar a precificação do valor dos títulos e valores mobiliários para integralização de cotas, conforme item 7.4.3., alínea "b";
- g) tomar ciência, através de comunicado escrito do Administrador, das operações de aquisição ou alienação de 20% ou mais das posições relevantes do Fator Sinergia, entendendo-se por posição relevante qualquer ativo que represente, na data da operação de aquisição ou alienação, porção superior a 10% do patrimônio do Fator Sinergia, tomando providências, se julgar necessário, ressalvado o prazo dos últimos 6 (seis) meses de duração do Fator Sinergia, previsto nos itens 5.2. e 5.3. deste regulamento;
- h) deliberar sobre a possibilidade do Fator Sinergia realizar operações caracterizadas por conflito de interesses, conforme operação descrita no item 10.2 e a aplicação em títulos e valores mobiliários de emissão do Administrador ou empresas a ele ligadas, conforme item 10.3, sendo a realização do investimento condicionada à obtenção de aprovação da unanimidade de seus membros."

Observe-se que o item 10.2 faz menção à proibição de operações pelo Fundo em que contrapartes sejam outros fundos de investimento ou carteira de valores mobiliários administradas pelo Administrador, sócios do Administrador ou o próprio Administrador, salvo se a operação for aprovada pelo Conselho Consultivo.

A acusação apurou que a administração do Fundo, durante os anos de 2002 e 2003, foi exercida pelo Banco Fator S/A, sendo a sua gestão feita pela FAR – Fator Administração de Recursos Ltda. e que o diretor responsável pela administração e gestão do fundo era, à época, Walter Appel, assessorado por Fernando Tendolini e Roseli Machado (fls. 2160/2168).

Questionados, Walter Appel, Fernando Tendolini e Roseli Machado (fls. 2207/2235, 2236/2263 e 2264/2291) confirmaram ter participado da decisão de investimento do Fundo de comprar ações preferenciais de emissão da lochpe-Maxion nos anos de 2002 e 2003, esclarecendo não existir procedimento estabelecido entre o Fundo e seus cotistas, em especial a BNDESPar, visando dar conhecimento ao gestor das datas em que seriam divulgadas as ITR, DFP e IAN de empresas controladas pelos cotistas do Fundo Fator Sinergia, não tendo conhecimento prévio das datas de divulgação das informações periódicas da Companhia.

Ademais, que o BNDESPar não participa das decisões de investimento do Fundo, que tem sua gestão discricionária efetuada pela FAR – Fator Administração de Recursos Ltda.

A BNDESPar, questionada, esclareceu não existir qualquer procedimento estabelecido com o Fundo visando dar conhecimento ao gestor do Fundo das datas em que seriam divulgadas as ITR, DFP e IAN de empresas por ela controladas e que não possuía equipes responsáveis simultaneamente pelo acompanhamento das participações como cotista em fundos e como acionista em empresas.

A entidade declarou, também, que "foi informada do teor das Demonstrações Financeiras (DFPs) pela lochpe referentes a 2002 e 2003 em 04.02.03 e 03.02.04, respectivamente, uma vez que a aprovação das demonstrações seria objeto de deliberação do Conselho" e, quanto às demais informações periódicas, que foi informada simultaneamente à divulgação pública para o mercado

Ademais, que não é acionista controladora da Companhia mantendo, como minoritária, um Acordo de Acionistas com os controladores da empresa e que é cotista minoritária do Fundo, sem poder de interferir na administração do Fundo, atribuição exclusiva do Gestor conforme regulamento do Fundo.

A acusação afastou as alegações da BNDESPar apontando que desde a assinatura do Acordo de Acionistas (fls.131/155) em 2001 o controle acionário da Companhia era exercido pela Companhia lochpe, BNDESPar e Bradesco Previdência e Seguros, conforme já relatado (Posição acionária em 31/12/02 às fls.87) e que a BNDESPar elege dois dos oito membros do Conselho de Administração da companhia, ocupando as vagas destinadas ao grupo controlador.

A acusação enfatiza que o art. 20 da Instrução CVM nº 358/02 estabelece, expressamente, que a vedação subsiste ainda que se trate de carteira administrada, nada exigindo quanto à existência de ingerência do cotista na gestão da carteira, salientando não ser aplicável a exceção do parágrafo único⁵ do mesmo artigo uma vez que embora o Fundo não seja exclusivo, a BNDESPar tinha um membro no Conselho Consultivo do Fundo, o que evidencia a possibilidade de que as decisões de negociação do administrador possam ter sido influenciadas pelos cotistas.

A acusação entendeu que "Ainda que não se tenha comprovado a influência do Conselho e de seus membros na decisão do fundo de negociar ações lochpe-Maxion, não se caracterizam quaisquer das hipóteses excepcionalizadas pelo Parágrafo Único do mencionado artigo 20, razão pela qual subsistem, para o referido fundo, as vedações à negociação previstas na Instrução CVM nº. 358/02.", apresentando a seguinte imputação:

"BNDES Participações S.A. (BNDESPar), acionista controladora da lochpe-Maxion participante do acordo de acionistas existente à época dos fatos, qualificada às fls. 3031, por inobservância da vedação contida no parágrafo 4º do artigo 13 da Instrução CVM no. 358/02, combinado com o caput do mesmo artigo e com artigo 20, caput e inciso II, também da referida instrução, em função de os negócios com ações lochpe-Maxion constantes do parágrafo 217 e realizados pelo Fundo Fator Sinergia - Fundo de Investimento em Ações, do qual era a BNDESPar, à época, cotista, terem sido executados dentro do período de 15 dias que antecedeu à divulgação de informações periódicas pela lochpe-Maxion, consoante o relatado nos parágrafos 211 a 228."

Devidamente intimada (fls.3111/3112) e após concessão de dilação do prazo de defesa, publicadas no DOU de 25/05/07 (fls.3152) e de 19/06/07 (fls.3159), a BNDESPar apresentou defesa às fls. 3161/3164 trazendo as razões já apresentadas no decorrer da instrução do processo.

A BNDESPar alega que não pode ser considerada controladora da lochpe-Maxion uma vez que apenas participa do Acordo de Acionistas na condição de acionista minoritária.

Ademais, que é cotista minoritária do Fundo, não tendo qualquer ingerência ou controle dos negócios realizados diariamente pelo Fundo, tendo conhecimento a posteriori dos negócios praticados.

É o relatório.

Rio de Janeiro, 12 de maio de 2009.

Eli Loria

DIRETOR

1A BNDESPar em sua proposta de celebração de Termo de Compromisso rejeitada pelo Colegiado comprometia-se a adotar o procedimento de informar aos gestores e administradores dos Fundos em que for cotista, nos quais existam como investidas companhias abertas, sobre a eventual celebração de Acordo de Acionistas que possa ensejar o entendimento de compartilhamento de controle.

2Art. 13. Antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante ocorrido nos negócios da companhia, é vedada a negociação com valores mobiliários de sua emissão, ou a eles referenciados, pela própria companhia aberta, pelos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, ou por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora, suas controladas ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante.

.....

§ 4º Também é vedada a negociação pelas pessoas mencionadas no caput no período de 15 (quinze) dias que anteceder a divulgação das informações trimestrais (ITR) e anuais (DFP) da

companhia, ressalvado o disposto no § 3º do art. 15.

3Art. 20. As vedações e obrigações de comunicação estabelecidas nesta Instrução:

...

II - estendem-se às negociações realizadas direta ou indiretamente pelas pessoas nela referidas, quer tais negociações se dêem através de sociedade controlada, quer através de terceiros com quem for mantido contrato de fidúcia ou administração de carteira ou ações.

4Relatório de Análise GMA-1 nº 02/04, de 16/01/04, acostado às fls. 02/08.

5Art. 20

...

Parágrafo único. Não se consideram negociações indiretas aquelas realizadas por fundos de investimento de que sejam cotistas as pessoas mencionadas nesta Instrução, desde que tais fundos não sejam exclusivos, nem as decisões de negociação do administrador possam ser influenciadas pelos cotistas.

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 25/2005

Indiciado: BNDES Participações S/A (BNDESPar)

Relator: Diretor Eli Loria

VOTO

Como relatado, com a celebração e o cumprimento de Termo de Compromisso pelos demais acusados restou a imputação ao BNDESPar de inobservância da vedação contida no art. 13, § 4º, da Instrução CVM nº 358/02, combinado com o caput do mesmo artigo e com o art. 20, caput e inciso II, da mesma Instrução, em função dos negócios realizados pelo Fundo Fator Sinergia, do qual o BNDESPar era cotista, com ações de emissão da lochpe-Maxion, dentro do período de 15 dias que antecedeu à divulgação de informações periódicas pela Companhia.

A acusação apresenta dois pressupostos: (1) a vedação de negociar prevista na Instrução CVM nº 358/02 subsiste ainda que se trate de carteira administrada, nada exigindo quanto à existência de ingerência do cotista na gestão da carteira e (2) o BNDESPar integra o grupo de controle da lochpe-Maxion.

Com relação ao primeiro ponto, a acusação entendeu que não se aplica à situação a exceção prevista no parágrafo único do art. 20 da Instrução CVM nº 358/02. A existência de membro indicado por cotista no Conselho Consultivo do Fundo evidenciaria a possibilidade de que as decisões de negociação do administrador possam ter sido influenciadas pelos cotistas.

A acusação reconhece, entretanto, que não há prova da influência dos membros do Conselho Consultivo do Fundo na decisão que ora é questionada (parágrafo 228¹). À luz dos documentos do Fundo, me parece que a conclusão não poderia ser diferente, pois o Conselho Consultivo não tinha entre suas competências qualquer poder de ingerência nas decisões de investimento do fundo, exceto por situações de conflito de interesses, que não é o caso deste processo.

Acerca da interpretação da acusação de que a vedação prevista no citado dispositivo da Instrução CVM nº 358/02 não exige ingerência do cotista nas decisões de investimento do fundo, transcrevo, primeiramente, o texto regulamentar:

"Art. 20. As vedações e obrigações de comunicação estabelecidas nesta Instrução:

...

II - estendem-se às negociações realizadas direta ou indiretamente pelas pessoas nela referidas, quer tais negociações se dêem através de sociedade controlada, quer através de terceiros com quem for mantido contrato de fidúcia ou administração de carteira ou ações.

Parágrafo único. Não se consideram negociações indiretas aquelas realizadas por fundos de investimento de que sejam cotistas as pessoas mencionadas nesta Instrução, desde que tais fundos não sejam exclusivos, nem as decisões de negociação do administrador possam ser influenciadas pelos cotistas." (grifei).

Assim, as negociações indiretas também estão contidas na vedação do art. 13 da mesma Instrução, mas, no entanto, para efeito da citada Instrução, não são consideradas negociações indiretas aquelas realizadas por fundo de investimento não exclusivo gerido de forma discricionária. Por outro lado, no caso de fundo exclusivo, existe uma presunção de influência por parte do cotista único nas decisões de investimento do administrador.

No caso em análise, o Fundo Sinergia não era exclusivo e seus cotistas não atendem a um interesse único. Participavam do Fundo Sinergia, além do BNDESPar, a Previ, a Petros, a Fundação CESP, a Portus, o Fundo de Participação Social e o Banco Fator S/A.

Verifica-se, no caso específico, que as competências do Conselho Consultivo do Fundo, nos termos de seu Regulamento, objetivam o acompanhamento do desempenho do Fundo e de sua gestão a posteriori, exceto nas operações do Fundo em que as contrapartes fossem outros fundos de investimento ou carteira de valores mobiliários administradas pelo Administrador, sócios do Administrador ou o próprio Administrador, quando então o Conselho se manifesta previamente.

As declarações prestadas pelos membros do Conselho Consultivo do Fundo em resposta a questionamentos da Comissão de Inquérito (fls.2193/2207) são unânimes em apontar que a sua atuação objetivava acompanhar a aderência da atuação do Administrador ao Regulamento do Fundo, bem como seu desempenho, as prestações de contas, os balanços semestrais e os pareceres de auditoria, com o recebimento de relatórios mensais enviados pelo administrador.

Tais declarações estão alinhadas com as declarações prestadas pelos gestores do Fundo (fls.2207/2291) e com o conteúdo da ata da reunião do Conselho Consultivo realizada em 05/06/03, acostada às fls.2169/2170.

Dessa forma, mesmo que se aceite a conclusão da Comissão de que o BNDESPar integra o grupo de controle da lochpe-Maxion, deve ser afastada a conclusão de que o BNDESPar teve influência na decisão de negociação do Fundo com ações da lochpe-Maxion.

Ademais, com relação ao segundo ponto da acusação, por não ser necessário para o deslinde da questão, não me manifestarei quanto ao BNDESPar integrar, ou não, o grupo de controle da lochpe-Maxion e, diante de todo o exposto, Voto pela absolvição do BNDESPar da acusação formulada.

É o Voto

Rio de Janeiro, 12 de maio de 2009.

Eli Loria

DIRETOR

1 "228. - Saliente-se, por fim, que não se aplica à situação ora em comento a exceção prevista no parágrafo único do art. 20 da Instrução CVM nº 358/02, de vez que, embora não se trate, o Fundo Fator Sinergia, de fundo exclusivo, sua cotista BNDESPar, bem como seus demais cotistas, possuíam, à época das operações realizadas no período vedado, um membro indicado por cada um deles no Conselho Consultivo do referido fundo, o que evidencia a possibilidade de que as decisões de negociação do administrador possam ter sido influenciadas pelos cotistas. Ainda que não se tenha comprovado a influência do Conselho e de seus membros na decisão do fundo de negociar ações da lochpe-Maxion, não se caracterizam quaisquer das hipóteses excepcionalizadas pelo parágrafo único do mencionado art. 20, razão pela qual subsistem, para o referido fundo, as vedações à negociação previstas na Instrução CVM nº 358/02."

Declaração de voto do Diretor Eliseu Martins na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 25/05 realizada no dia 12 de maio de 2009.

Eu acompanho o voto do relator, senhora presidente.

Eliseu Martins

DIRETOR

Declaração de voto do Diretor Otávio Yazbek na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 25/05 realizada no dia 12 de maio de 2009.

Eu também acompanho o voto do relator, senhora presidente.

Otávio Yazbek

DIRETOR

Declaração de voto da presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana, na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 25/05 realizada no dia 12 de maio de 2009.

Eu também acompanho o voto do relator e proclamo o resultado do julgamento, em que esta Comissão, por unanimidade de votos, decidiu absolver o BNDES Participações S/A da acusação que lhe foi formulada e encerro esta sessão, informando que a CVM interporá recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

PRESIDENTE