

Interessado: Banco do Nordeste do Brasil S/A – BNB – Administrador do FINOR

Companhia Agroindustrial de Alimentos - CANAAN

Diretor-Relator: Eli Loria

Relatório

Trata-se de análise do processo administrativo nº 6192/2008, cujos interessados são o Fundo de Investimentos do Nordeste – FINOR, representado pelo seu administrador, o Banco do Nordeste do Brasil S/A – BNB, doravante "FUNDO" ou "FINOR" e a Companhia Agroindustrial de Alimentos do Nordeste Canaan, doravante "CANAAN" ou "Companhia".

A CANAAN, apresentou requerimento a esta Autarquia para que fosse cancelado o próprio registro de Companhia Incentivada, mantido na conformidade com a Instrução CVM nº 265/97. Como abaixo será verificado pormenorizadamente, o requerimento foi deferido e operou-se o cancelamento em questão.

O FUNDO, acionista da CANAAN, apresentou recurso em face da decisão da Superintendência de Relação com Empresas ("SEP" ou "Superintendência"), como será observado a seguir.

Do andamento do processo

A SEP concedeu o cancelamento de registro de companhia incentivada que a CANAAN mantinha, observado o cumprimento do procedimento padrão (fls.104). Em face da decisão da área técnica, o FUNDO interpôs recurso (fls.108/118.), que foi objeto de nova manifestação da SEP (fls.119/123). Após, o processo foi encaminhado ao Colegiado desta Autarquia sendo designado o diretor-relator, mediante sorteio, na Reunião do Colegiado realizada em 23/09/08, conforme fls. 125 dos autos do processo.

Dos fatos

Em 09/07/08, a CANAAN protocolou requerimento de cancelamento de registro de Companhia Incentivada na CVM e por intermédio do escritório Ofício/CVM/SEP/287/2008, fls.97, a SEP comunicou à Companhia que a minuta de Edital para a Oferta Pública para Aquisição de Ações havia sido aprovada. Em 21/08/08 o Edital, fls.102/103, foi publicado e o cancelamento deferido. Observe-se que o registro da Companhia constava como "suspensão" ao tempo do requerimento e, segundo fls. 103/104, a suspensão sofreu reversão e o cancelamento se operou.

No dia 04/09/08 esta Autarquia recebeu um fax do FUNDO, cujo conteúdo era um recurso contra a decisão da área técnica (fls.108/1108). Conforme o memorando MEMO/CVM/SEP/ Nº 084/2008, fls.119/123, até 12/09/08 os originais do recurso não haviam sido enviados para CVM.

Do Recurso

Às fls. 107/118, o FINOR apresentou recurso datado de 04/09/08. O Recorrente requereu a análise do recurso pelo Colegiado da CVM, nos termos da Deliberação CVM nº 463/03(1).

O FINOR esclareceu que é acionista minoritário da Companhia e por razões de ordem "estatutária/contratual" a CANAAN estaria obrigada a enviar ao FINOR documentações contábeis. Ocorre que há cerca de três anos a Companhia estaria inadimplente em relação ao mencionado envio.

Depois, disse o Recorrente que o Aviso de Fato Relevante editado pela Canaan não fez constar o preço e as condições de pagamento. Tal infração teria acarretado a perda do prazo estipulado no art. 23, Parágrafo Único(2), da Instrução CVM nº 265/97.

O FUNDO alega, ainda, que a Companhia não enviou tempestivamente "Aviso de Fato Relevante, contendo o teor da decisão da Assembléia Geral convocada para deliberar sobre o cancelamento do registro", ferindo, portanto o art. 25(3) da Instrução nº 265/97. O Fundo alegou, ainda, que não teve conhecimento da Oferta Pública para Aquisição de Ações contrariando o art. 29(4) da Instrução nº 265/97.

Por fim, alega-se a impossibilidade do cancelamento do registro de Companhia Incentivada nos termos do art. 2º, §3º, alínea "a" (5), da Instrução já mencionada.

Manifestação da SEP

A SEP, em 12/09/08, às fls. 119/123, se manifestou acerca do recurso apresentado.

Sobre a inadimplência na prestação de informações entre a CANAAN e o FINOR, a SEP diz que a matéria não participa da esfera de competências da CVM, mas esclarece que o registro da Companhia perante a CVM encontrava-se regular ao tempo dos fatos. Ademais, o registro é público, de forma que poderia ser acessado pelo Recorrente descaracterizando, portanto o alegado pelo Fundo.

Segundo a SEP, a Companhia respeitou o disposto na Instrução nº 265/97 no aspecto do preço a ser pago pelas ações em sede de Oferta Pública e, ainda, não se verificou discordâncias sobre o preço.

A Superintendência diz ser correto o Aviso de Fato Relevante publicado pela CANAAN para convocação da Assembléia Geral que iria decidir sobre o cancelamento do registro de companhia incentivada que a Companhia mantinha junto a esta Autarquia, uma vez que neste ato não se tinha a certeza sobre a realização da OPA.

Diz a SEP que a CANAAN providenciou a realização de Assembléia Geral, de 31/05/08, e gerou a devida publicidade para o evento, entretanto, da lista de presença da Assembléia Geral não consta nenhum representante do FINOR.

Na visão da SEP, ao argumentar sobre eventual desconhecimento do Fundo sobre a realização da OPA por parte da CANAAN, o Recorrente está vazio de razões, dado que o Edital da OPA foi publicado no Diário Oficial e em jornal de grande circulação, alternativa válida ao envio de cartas com aviso de recebimento sendo observado, desta maneira, pela CANAAN, o dever de publicidade.

Acerca do último argumento do Recorrente no mérito, avocando o art. 2º, §3º, alínea "a" (6), que condiciona o cancelamento do registro da Companhia ao controle da totalidade das ações pelo acionista controlador, a SEP diz ser impossível precisar tal hipótese, em face do que dispõe o art. 30(7) da Instrução CVM nº 265/97.

As últimas palavras da SEP foram no sentido de esclarecer a extinção da competência da CVM na atuação da CANAAN com exceção dos atos eivados de nulidades e atos irregulares no procedimento da OPA. A SEP, contestando o que foi levantado pelo Fundo, requereu que fosse mantida a decisão da área técnica.

É o relatório.

Voto

Trata-se de processo administrativo originário do requerimento de cancelamento de registro de companhia incentivada que a CANAAN até então mantinha perante esta Autarquia, nos termos da Instrução nº 265/97. A SEP, após analisar a documentação pertinente, aprovou a minuta da Oferta Pública para Aquisição de Ações e esta veio a ser realizada. Na seqüência, a SEP cancelou o registro de companhia incentivada nos termos do pedido da CANAAN.

O FINOR, em face do que foi decidido pela SEP, apresentou recurso para o Colegiado da CVM com fulcro na Deliberação CVM nº 463/03 (8). Alegou, resumidamente, que o rito previsto pela Instrução nº 265/97 para cancelamento de registro não havia sido respeitado em vários aspectos que serão analisados a seguir.

O primeiro ponto devolvido para análise deste Colegiado se refere a uma obrigação de ordem "estatutária/contratual" pela qual a Companhia estaria obrigada a enviar informações contábeis para o FUNDO periodicamente e há cerca de três anos a Canaan estava inadimplente. Quanto a este argumento, não vislumbro competência da CVM para conhecer desta obrigação, uma vez que como disse a SEP em sua manifestação, a CVM deve verificar a regularidade do envio de documentação periódica para o mercado e para esta Autarquia e, ademais, tal obrigação não compõe o rito estabelecido pela Instrução nº 265/97.

Na seqüência o FUNDO alega que o Aviso de Fato Relevante publicado pela CANAAN contendo as deliberações tomadas na Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária realizada no dia 31/05/08, (fls.45), não continha o valor a ser pago pelas ações nem as condições de pagamento. Esta omissão teria impedido o Fundo, por conseguinte, de realizar análises dos termos da OPA que seria realizada e teria causado a perda do prazo estabelecido no art. 23, PU(9), da Instrução nº 265/97, que trata de dissidência.

Neste ponto, esclareço que o art. 23 deve ser lido em conjunto com o art. 21 que possibilita a acionistas titulares de 10% das ações objeto da oferta obstaculizar a realização da oferta pública na hipótese do valor ofertado ser inferior aos estabelecidos no art. 20: (a) valor patrimonial da ação, calculado com base em demonstração financeira referente ao último exercício social, auditada por auditor independente registrado na CVM ou (b) cotação da ação em bolsa de valores ou em mercado de balcão organizado. No caso concreto o preço fixado é superior ao valor patrimonial não se aplicando, por conseguinte, a hipótese de dissidência.

Para a SEP o Aviso de Fato Relevante foi publicado em conformidade com a Instrução nº 265/97 e as informações de preço e condições de pagamento não necessariamente precisariam estar presentes no Aviso, uma vez que os termos da OPA deveriam ser primeiramente aprovados por esta Autarquia. Acredito, neste particular, que os preços e condições de pagamento, ainda que não aprovados e com caráter provisório, são informações essenciais, compondo o teor do que foi decidido pela Assembléia Geral Extraordinária uma vez que pelo disposto no art. 23 da Instrução nº 265/97, o acionista controlador na assembléia geral informará aos acionistas presentes o preço a ser ofertado e as condições de pagamento.

Ademais, o Aviso do art. 25 deverá ser publicado no primeiro dia útil posterior à realização da Assembléia Geral e a dissidência poderá dar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias subseqüentes à publicação do mesmo enquanto a minuta de oferta pública poderá ser encaminhada dentro dos 45 dias subseqüentes à realização da assembléia geral (art.25).

O FINOR alegou que não foi cumprido o disposto no art. 25 (10), da Instrução nº265/97. A SEP contestou dizendo que foi dada a devida publicidade aos eventos societários que deliberaram o cancelamento do registro de companhia incentivada e a realização de OPA através da publicação em jornal de grande circulação, considerando dispensável o cumprimento do art.25 *retro*. Neste ponto discordo da SEP e verifico não existir comprovante nos autos de que tal Aviso tenha sido encaminhado por via postal ao banco operador do FINOR como exigido pela Instrução nº 265/97.

O Fundo, após, disse que não teve conhecimento da OPA, havendo então o descumprimento do art. 29 (11), PU, da Instrução nº 265/97. Aqui acredito ser coerente afastar tal argumento do Fundo, uma vez que o art. 29 apresenta obrigações alternativas, de forma que ou deveria existir a publicação da OPA em jornal de grande circulação (opção tomada pela CANAAN) ou deveriam ser expedidos avisos por via postal. A CANAAN optou pela alternativa mais eficiente em termos de publicidade de forma que neste particular não cabe o argumento do FINOR.

O FUNDO, em seu último argumento, alega que o art. 2º, §3º, alínea "a" (12), foi frontalmente desrespeitado uma vez que jamais poderia ser concedido o cancelamento do registro de companhia incentivada que a CANAAN mantinha sendo que o Controlador não possuía a totalidade de ações da Companhia.

A SEP contrapôs tal argumento dizendo que é impossível precisar o teor do art.2º, §3º, "a", da já mencionada Instrução e em face do disposto no art. 30(13) da mesma Instrução e, com o seu devido cumprimento, o cancelamento de registro poderia ser deferido.

Ora, o art. 2º, §3º, alínea "a" configura, per si, uma formalidade alternativa à realização de Oferta Pública que pode ser observada em casos de deferimento do cancelamento do registro. Não é razoável, tampouco plausível, que se exija que a totalidade de ações de emissão da sociedade incentivada esteja sob o domínio do acionista controlador após a realização de a Oferta Pública.

Sobre o exercício da função administrativa assim diz a Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (14):

"Pode-se pois concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva"

Cabe aqui a transcrição de trecho do MEMO/PFE-CVM/GJU-2/Nº191/2004 em resposta a consulta da SEP:

"Quanto à inobservância do citado art. 25, consistente na falta de publicação de Aviso de Fato Relevante pelo controlador, tem-se que, frente ao disposto em seu art. 30 ("Cumpridos os prazos e as formalidades estabelecidos nesta Instrução, a CVM concederá a dispensa ou o cancelamento do registro a que se refere o artigo 2º desta Instrução, como sociedade beneficiária de recursos oriundos de incentivos fiscais"), se a Autarquia, no exercício de poder vinculado, partindo da premissa (motivo) de que houve o cumprimento de prazos e formalidades impostas pela Instrução, concede o cancelamento do registro e, depois, constata a insubsistência do **motivo**, caso em que seu **objeto** importa violação a ato normativo, pode a entidade pública anular o ato administrativo ilegal, como assentado no art. 53 ("A administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência. ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos") da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e nos Verbetes 346 e 473 da Jurisprudência Sumulada do Supremo Tribunal Federal;"

Em despacho à manifestação acima, o Subprocurador-chefe traz à colação trecho da obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto [\(15\)](#) no sentido de que o princípio de que o nulo não produz efeitos pode sofrer temperamentos em Direito Administrativo.

Face ao disposto na Instrução CVM nº 265/97, há que se perquirir qual o prejuízo sofrido pelo FINOR decorrente da não remessa por via postal do Aviso tratado no art. 25 da citada Instrução. Anoto, também, que o Aviso de Fato Relevante a que se refere o art. 25 deveria conter as condições da Oferta a ser submetida à CVM.

No caso concreto, verifico que o FINOR, não tomando conhecimento da realização da Assembléia Geral, teve prejudicada a possibilidade de aderir aos termos da oferta pública.

Frente ao exposto, por entender que não foi observado o disposto no art. 25 da Instrução CVM nº 265/97, voto para que a SEP exija da empresa a extensão dos termos da oferta pública ao FINOR sob pena de não o fazendo reativar seu registro de companhia incentivada.

É como voto.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2008.

Eli Loria

Diretor-Relator

[\(1\)](#) I - Das decisões proferidas pelos Superintendentes da Comissão de Valores Mobiliários - CVM caberá recurso para o Colegiado no prazo de 15 (quinze) dias, contados da sua ciência pelo interessado.

[\(2\)](#) Art. 23 Na assembléia geral convocada para deliberar sobre a dispensa ou cancelamento do registro, o acionista controlador deverá declarar que fará oferta pública, informando aos acionistas presentes o preço a ser ofertado e as condições de pagamento.

Parágrafo Único. Os acionistas dissidentes da deliberação da Assembléia deverão manifestar-se por escrito à sociedade, com cópia para o banco operador do fundo, e para a CVM, no prazo máximo de 30 (trinta) dias subseqüentes à publicação do aviso a que se refere o artigo 25.

[\(3\)](#) Art. 25 - No primeiro dia útil posterior à realização da Assembléia Geral, o acionista controlador, sob pena de responsabilidade, deverá publicar Aviso de Fato Relevante, contendo o teor da decisão da Assembléia Geral e a comunicação de que submeterá a minuta de instrumento de oferta pública à CVM, para sua aprovação, dentro dos 45 (quarenta e cinco) dias subseqüentes à realização da assembléia geral. Deverá, ainda, enviar cópia do aviso às entidades de auto-regulação em que sejam admitidos à negociação os valores mobiliários da sociedade e aos bancos operadores dos fundos de investimentos criados pelo DECRETO-LEI Nº 1.376/74.

[\(4\)](#) Art. 29 O instrumento de oferta pública, após aprovado pela CVM, deverá ser publicado uma vez em jornal de grande circulação, editado na localidade em que se situar a sede da empresa, e divulgado através dos boletins ou sistemas das entidades auto-reguladoras.

[\(5\)](#) Instrução CVM nº265/1997 – Art. 2º As sociedades referidas no " caput" e § 1º do artigo 1º serão obrigatoriamente registradas na Comissão de Valores Mobiliários, de acordo com as normas previstas nesta Instrução.

§3º As sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais poderão obter da CVM a dispensa ou o cancelamento do registro de que trata esta Instrução nos seguintes casos:

a) mediante comprovação de a totalidade das ações emitidas pelas sociedades pertencer aos controladores (art. 116 da LEI Nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976);

[\(6\)](#) Art. 2º As sociedades referidas no " caput" e § 1º do artigo 1º serão obrigatoriamente registradas na Comissão de Valores Mobiliários, de acordo com as normas previstas nesta Instrução.

§3º As sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais poderão obter da CVM a dispensa ou o cancelamento do registro de que trata esta Instrução nos seguintes casos:

a) mediante comprovação de a totalidade das ações emitidas pelas sociedades pertencer aos controladores (art. 116 da LEI Nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976);

[\(7\)](#) Art. 30 Cumpridos os prazos e as formalidades estabelecidos nesta Instrução, a CVM concederá a dispensa ou o cancelamento do registro a que se refere o artigo 2º desta Instrução, como sociedade beneficiária de recursos oriundos de incentivos fiscais.

[\(8\)](#) Deliberação CVM nº463 - I - Das decisões proferidas pelos Superintendentes da Comissão de Valores Mobiliários - CVM caberá recurso para o Colegiado no prazo de 15 (quinze) dias, contados da sua ciência pelo interessado.

[\(9\)](#) Instrução CVM nº265/1997 – Art. 23 Na assembléia geral convocada para deliberar sobre a dispensa ou cancelamento do registro, o acionista controlador deverá declarar que fará oferta pública, informando aos acionistas presentes o preço a ser ofertado e as condições de pagamento.

Parágrafo Único. Os acionistas dissidentes da deliberação da Assembléia deverão manifestar-se por escrito à sociedade, com cópia para o banco operador do fundo, e para a CVM, no prazo máximo de 30 (trinta) dias subseqüentes à publicação do aviso a que se refere o artigo 25.

[\(10\)](#) INSTRUÇÃO n.º265/97 - Art. 25 No primeiro dia útil posterior à realização da Assembléia Geral, o acionista controlador, sob pena de responsabilidade, deverá publicar Aviso de Fato Relevante, contendo o teor da decisão da Assembléia Geral e a comunicação de que submeterá a minuta de instrumento de oferta pública à CVM, para sua aprovação, dentro dos 45 (quarenta e cinco) dias subseqüentes à realização da assembléia geral. Deverá, ainda, **enviar cópia do aviso às entidades de auto-regulação em que sejam admitidos à negociação os valores mobiliários da sociedade e aos bancos operadores dos fundos de investimentos** criados pelo DECRETO-LEI N.º 1.376/74. (Grifou-se)

[\(11\)](#) Instrução CVM nº265/1997 – Art. 29 O instrumento de oferta pública, após aprovado pela CVM, deverá ser publicado uma vez em jornal de grande circulação, editado na localidade em que se situar a sede da empresa, e divulgado através dos boletins ou sistemas das entidades auto-reguladoras. Parágrafo Único. Caso o número de acionistas seja inferior a 150 (cento e cinquenta), a publicação do Edital poderá ser dispensada, desde que os acionistas sejam comunicados da oferta pública, através de telegrama ou carta com aviso de recebimento.

[\(12\)](#) Instrução CVM nº265/1997 – Art. 2º As sociedades referidas no " caput" e § 1º do artigo 1º serão obrigatoriamente registradas na Comissão de Valores Mobiliários, de acordo com as normas previstas nesta Instrução.

§3º As sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais poderão obter da CVM a dispensa ou o cancelamento do registro de que trata esta Instrução nos seguintes casos:

a) mediante comprovação de a totalidade das ações emitidas pelas sociedades pertencer aos controladores (art. 116 da LEI N.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976);

[\(13\)](#) Art. 30 Cumpridos os prazos e as formalidades estabelecidos nesta Instrução, a CVM concederá a dispensa ou o cancelamento do registro a que se refere o artigo 2º desta Instrução, como sociedade beneficiária de recursos oriundos de incentivos fiscais.

[\(14\)](#) PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 18ª ed.. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 204.

[\(15\)](#) *Curso de direito administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.196.