

EMENTA: Recurso contra decisão da SRE que indeferiu a alienação de controle de companhia aberta, determinando o desfazimento do negócio. Adquirente não requereu registro de OPA. Art. 254-A da Lei nº 6.404/76 e Instrução CVM nº 361/02. Ineficácia do negócio jurídico. Comunicação ao alienante do controle e antigos administradores da companhia e, se for o caso, à CBLC, informando que a referida alienação de controle é ineficaz. Possibilidade de instauração de processo administrativo sancionador.

VOTO

RELATÓRIO

1. Trata-se de recurso interposto pela companhia SOLE DO BRASIL S.A. TELECOMUNICAÇÕES E COMÉRCIO EXTERIOR ("Sole"), antiga GFTT S.A., contra a decisão da SRE que, através do OFÍCIO/CVM/SRE/GER-1/Nº 1093/2004 (fls.15), indeferiu a alienação do controle da referida companhia aberta.
2. Em 06.05.2004 foi publicado Fato Relevante (fls. 9), informando sobre a transferência do controle acionário de GFTT S.A. naquela data e, ainda, que o novo controlador observaria as exigências regulatórias vigentes.
3. Em 07.05.2004, a recorrente publicou novo comunicado ao mercado (fls 10), elucidando a informação prestada na data anterior. Neste, informou que:
 - a) O acionista controlador, Sr. Francisco Ernesto Moura Flörsheim, transferira, no dia anterior, sua participação acionária de 967.215.750 ações ordinárias, representando 99,39% do capital votante e 993.538.881 ações preferenciais, representando 97,83% das ações sem direito de voto;
 - b) O adquirente, a empresa OFF LIMITS PRESTADORA DE SERVIÇOS S/C LTDA., pagou R\$ 500,00 pelo lote de ações ordinárias e R\$ 500,00 pelo lote de ações preferenciais, mediante pagamento à vista;
 - c) Não havia a informação de que o novo controlador intentava promover o cancelamento do registro de companhia aberta;
 - d) O novo controlador realizaria OPA extensível às ações preferenciais, uma vez definidos o preço a ser oferecido e a respectiva forma de pagamento; e
 - e) Por fim, fez saber que todos os acionistas minoritários estavam identificados e seriam comunicados por carta com A.R.
4. Em 03.06.2004, através do OFÍCIO/CVM/SRE/GER-1/Nº 938/2004 (fls. 11), a SRE alertou o DRI da companhia de que o prazo, para que o adquirente do controle da empresa apresentasse à CVM o requerimento para registro de OPA, encerraria em 05.06.2004, conforme o disposto no artigo 29 da Instrução CVM nº 361/02.
5. Em 04.06.2004, o novo DRI da companhia protocolou pedido de prorrogação por 30 dias no prazo estabelecido no artigo 29 da Instrução CVM nº 361/02. Ainda nesta correspondência, requereu autorização para realização de OPA com procedimento diferenciado, apresentando os seguintes elementos, exigidos no artigo 34 da Instrução CVM nº 361/02:
 - a) Concentração extraordinária de ações (somente 0,62% das ações votantes e 2,71% das ações preferenciais encontram-se em circulação, pertencendo a apenas quatro acionistas, identificados);
 - b) Pequeno valor das ações a serem adquiridas e impacto insignificante da OPA no mercado, alegando que consoante o ITR do primeiro trimestre deste exercício, o valor patrimonial total das ações preferenciais em circulação, é de apenas R\$ 945,71 e das ordinárias, R\$ 3.467,60;
 - c) As operações da companhia encontram-se paralisadas desde 1998, quando da realização de sua única atividade – a participação da licitação para concessão de licença para operação da banda B de telefonia celular.
6. Em 09.06.2004, a SRE encaminhou o OFÍCIO/CVM/SRE/GER-1/Nº 964/2004 (fls.14) à recorrente, esclarecendo que não era possível conceder dilação do prazo, uma vez que este encontra previsão expressa no parágrafo 2º, do artigo 29 da Instrução CVM nº 361/02.
7. Em 02.07.2004, a SRE voltou a corresponder-se com a recorrente, através do OFÍCIO/CVM/SRE/GER-1/Nº1093/2004, através do qual comunicou da decisão da SRE, de não autorizar a alienação do controle da companhia, tendo em vista que o adquirente, até o momento, não havia requerido o registro da OPA, exigido no artigo 254-A da Lei nº 6.404/76 e artigo 29 da Instrução CVM nº 361/02. Determinou, ainda, que a administração da companhia tomasse as devidas providências para o cumprimento da referida decisão, devendo, inclusive, divulgá-la ao mercado, através de Fato Relevante, sob pena de multa por dia de atraso, conforme o artigo 2º, parágrafo 3º, da Instrução CVM nº 273/98.
8. Conforme a determinação desta Comissão, em 06.07.2004, foi publicado Fato Relevante, cientificando o mercado da decisão supra.
9. Em 15.07.2004, a GER-1 recebeu o procurador da Sole, Sr. Paulo Marcelo Kulaif, em audiência a particular nº 01779, na qual, consoante o MEMO/SRE/Nº 138/2004, o procurador alegou a parca experiência na lida com companhias abertas e o entendimento equivocado de que o adquirente do controle precisaria sanar determinadas pendências junto ao BACEN, à CVM, à Bovespa, entre outras, reveladas quando levantada, minuciosamente, a situação da companhia. Por último, o procurador da Sole pediu orientação sobre a maneira de proceder em relação à OPA.
10. O Gerente de Registro 1, conforme o mesmo MEMO/SRE/Nº 138/2004, elucidou as dúvidas do procurador, apontando o procedimento para o adquirente requerer a dispensa ou a realização com procedimento diferenciado de OPA, mencionando em ambos, vários processos similares.
11. Ainda nessa data, a requerente protocolou, nesta Comissão, pedido de reconsideração da decisão da SRE ou, se denegado, fosse o mesmo apreciado pelo Colegiado sob a forma de recurso (fl.01).
12. No expediente, deixou expresso as seguintes alegações, já apontadas no curso da reunião com a Gerência de Registros 1:
 - a) A existência de pendências junto a vários órgãos públicos, aliada à inexperiência no trato com companhias abertas;
 - b) Certa de que deveria, aprioristicamente, proceder à regularização da situação fiscal da companhia junto aos referidos órgãos, não atentou para a fluência do prazo para requerimento do registro para OPA; e
 - c) Por entender que a situação da empresa se enquadra nas exceções do artigo 34 da Instrução CVM nº 361/02, já havia elaborado requerimento

endereçado à CVM.

13. Analisando o pedido, a SRE chegou ao seguinte entendimento (fls. 22 e ss.):

a) Por tratar-se de alienação de controle, não vale a alegação da recorrente sobre o baixo valor das ações a serem adquiridas e conseqüente insignificância do impacto da OPA no mercado, visto que o preço da oferta não está atrelado ao valor patrimonial das ações da companhia. Enfatizou, ainda, que o valor patrimonial das ações independe da sua espécie, apurando em R\$ 0,1579, o valor patrimonial por lote de mil ações, com base nas informações de 31.03.2004;

b) Quanto às outras duas condições – concentração extraordinária de ações e operações paralisadas – entendeu pela sua plausibilidade, inclusive no tocante à imaterialidade do valor da oferta (R\$ 12,00), ressalvado o fato de não terem quaisquer documentos comprobatórios da veracidade das informações prestadas, sequer o contrato de compra e venda das ações, para os fins de adoção de procedimento diferenciado, conforme o artigo 34 da Instrução CVM nº 361/02;

c) Entretanto, o simples requerimento de dispensa de OPA não é suficiente para que o pedido seja encaminhado ao Colegiado para apreciação. É imprescindível a análise prévia da documentação mínima necessária à instrução do referido processo pela SRE, mesmo após o vencimento do prazo, de modo a viabilizá-lo, preservando a utilidade, a despeito da forma. Ocorre que, até o momento, esta não foi recebida, não obstante os Ofícios de alerta para a expiração do prazo, de não autorização da alienação de controle, além da audiência realizada para esclarecimentos e disponibilização de números de telefone para quaisquer dúvidas supervenientes;

d) Assim, a SRE concluiu pela manutenção da decisão anterior, em vista da ausência de manifestação do interessado até o momento, encaminhando o presente processo ao Colegiado para apreciação do recurso à mencionada decisão.

e) Por fim, ressaltou que, caso o Colegiado decida pela manutenção da decisão da SRE, é necessário que seja fixado prazo para o envio à CVM, de elementos comprobatórios do desfazimento da alienação de controle da companhia.

14. Em 11.08.2004, quando o presente já se encontrava com a Relatora para apreciação, a SRE acusou o recebimento (i) do Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Ações nominativas da empresa GFTT S.A. e Outras Avenças, (ii) a cópia da ata da Reunião do Conselho de Administração de 24.05.2004, (iii) cópia da ata da Assembléia Geral Extraordinária de 24.05.2004, (iv) minuta de carta, parecendo ser destinada aos acionistas minoritários da companhia, e (v) Demonstrativo de Posição Acionária da GFTT S.A. em 06.08.2004.

15. Ocorre que, a referida documentação foi protocolada sem qualquer petição ou requerimento anexo, que indicasse a pretensão da recorrente - se relativa à dispensa da realização de OPA ou à realização de OPA com adoção de procedimento diferenciado - com suas devidas especificações e justificativas.

16. Assim, não obstante o recebimento da documentação exigida e, sem perder de vista a prevalência da essência à forma, a SRE, em Aditamento ao MEMO/SRE/Nº 138/2004 (fls.), manifestou seu impedimento em reconsiderar a decisão anterior, em vista da falta de pedido do interessado, aliada à falta de cuidado e diligência na condução do caso.

17. Desta feita, em 13.08.2004, foi enviado o OFÍCIO/CVM/SRE/GER-1/Nº 1280/2004 (fls.) ao DRI da companhia, informando que, dada a ausência do pedido e suas devidas justificativas e especificações, a decisão anterior foi mantida pela área técnica, cuja única opção em relação à documentação recebida, foi acostá-la aos autos do presente processo, já submetido a apreciação do Colegiado, sem dar início ao prazo previsto no artigo 9º, parágrafo 2º da Instrução CVM nº 361/02.

18. Na missiva, a gerência de Registro 1 prestou novamente esclarecimentos acerca do pedido que deveria ser protocolado na CVM, detalhando as hipóteses em que poderia haver dispensa da OPA ou adoção de procedimento diferenciado, as normas e procedimento aplicáveis e os documentos necessários à instrução do pedido.

FUNDAMENTOS

19. A lei societária é incisiva ao tratar da imprescindibilidade da OPA, quando da alienação de controle de companhia aberta, senão vejamos:

"Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle."

20. Da leitura desse dispositivo, depreende-se que o negócio jurídico, no caso, a alienação de controle de companhia aberta, é ineficaz, uma vez que não se realizou a condição indispensável à eficácia do negócio jurídico, qual seja a oferta pública de aquisição de ações.

21. Assim, não se verificando tal estipulação contratual, entende-se que o negócio jurídico se submete a condição resolutiva. Neste caso, a transferência do controle da companhia ocorre no momento da alienação, no entanto, a eficácia do negócio jurídico fica condicionada à realização da oferta pública. Se esta não ocorre, o negócio jurídico não produz seus efeitos, como se não houvesse ocorrido.

22. A Instrução CVM nº 361/02, normativo que regula a matéria, traz, expressamente, no item III, do seu artigo 2º, orientação diversa, senão vejamos:

"Art. 2º A Oferta Pública de Aquisição de ações de companhia aberta (OPA) pode ser de uma das seguintes modalidades:

.....

III – OPA por alienação de controle: é a OPA obrigatória, realizada como condição de eficácia de negócio jurídico de alienação de controle de companhia aberta, por força do art. 254-A da Lei 6.404/76;"

23. Este dispositivo confirma o entendimento da lei societária, aludindo expressamente à OPA, como condição de eficácia do negócio jurídico.

24. Assim, repita-se, apesar de alguns contratos relativos à alienação de controle não trazerem cláusula expressa que determine a obrigação de o adquirente realizar OPA, considera-se que estejam submetidos à condição resolutiva de realização da oferta pública. Tal exigência tem sido materialmente atendida, dado que se protocola nesta CVM um pedido de OPA, instruído de acordo com a Instrução CVM nº 361/02 e cumprindo um processo inteiro de formalidades para a realização da mencionada oferta pública.

25. O parágrafo 1º, do mesmo artigo 2º, da referida Instrução (a seguir transcrito) exige o registro da OPA por alienação de controle de companhia aberta nesta Comissão para se operar e, para tanto, é necessário que o adquirente protocole na CVM o respectivo requerimento, observando os requisitos previstos no Anexo I da mesma Instrução.

"Art. 2º (...)

§ 1º Somente estarão sujeitas a registro perante a CVM as modalidades de OPA referidas nos incisos I a III do *caput*, aquelas de que tratam os incisos IV e V, quando envolverem permuta por valores mobiliários, e as de que tratam o inciso VI, quando concorrerem com OPA sujeita a registro perante a CVM."

26. O normativo em menção outorga, ainda, em situações excepcionais, a dispensa da OPA ou a adoção de procedimento diferenciado na sua realização, desde que justificados e aprovados pelo Colegiado da CVM, assim:

"Art. 34. Situações excepcionais que justifiquem a aquisição de ações sem oferta pública ou com procedimento diferenciado, serão apreciadas pelo Colegiado da CVM, para efeito de dispensa ou aprovação de procedimento e formalidades próprios a serem seguidos, inclusive no que se refere à divulgação de informações ao público, quando for o caso.

§ 1º São exemplos das situações excepcionais referidas no *caput* aquelas decorrentes:

I - de a companhia possuir concentração extraordinária de suas ações, ou da dificuldade de identificação ou localização de um número significativo de acionistas;

II - da pequena quantidade de ações a ser adquirida frente ao número de ações em circulação, ou do valor total, do objetivo ou do impacto da oferta para o mercado;

III - da modalidade de registro de companhia aberta, conforme definido em regulamentação própria;

IV - de tratar-se de operações envolvendo companhia com patrimônio líquido negativo, ou com atividades paralisadas ou interrompidas; e

V - de tratar-se de operação envolvendo oferta simultânea em mercados não fiscalizados pela CVM."

27. De fato, a companhia em tela se enquadra nas exceções previstas nos incisos I, II e IV, do parágrafo 1º do artigo 34 supra citado, uma vez que:

a) As ações em circulação da companhia correspondem a, tão-somente, 0,62% das ordinárias e 2,71% das preferenciais, pertencentes a apenas quatro investidores identificados; e

b) As operações da empresa encontram-se paralisadas desde 1998, quando da realização da única atividade desde a sua criação – participar da licitação de concessão de licença para operação da banda B da telefonia celular.

28. No entanto, para que seja autorizada a dispensa ou a adoção de procedimento diferenciado, é fundamental que o interessado apresente o pedido, a ser analisado pelo Colegiado, juntando os elementos comprobatórios da situação excepcional em que se enquadra.

29. Desta feita, se o interessado não protocola pedido de dispensa ou adoção de procedimento diferenciado, deve proceder da forma ordinária prevista na Lei societária e na Instrução CVM nº 361/02, observando o prazo de 30 dias, contados da data da publicação do fato relevante ou deliberação que der notícia da realização de OPA, para requerer o registro na CVM.

30. Destarte, apesar de toda a assistência prestada pela Superintendência de Registros, que em todo o tempo se correspondeu com o DRI da companhia, disponibilizando telefones de contato e, inclusive, pessoal através de audiência a particular, para orientação e esclarecimentos que se fizessem necessários, a recorrente, que só enviou a documentação pertinente à alienação do controle da companhia em 13.08.2004, mostrou total descaso e falta de interesse para com a determinação legal.

31. É máxima do direito que *"ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece"* (LICC, artigo 3º). Portanto, a alegação da recorrente de que é inexperiente no trato com companhias abertas não se mostra válida, principalmente se, como foi o caso, houver sido orientada sobre a forma correta e legal de proceder.

32. No entanto, como bem se vê, a recorrente não requereu o registro de OPA previsto na Instrução CVM nº 361/02, a dispensa ou mesmo adoção de procedimento diferenciado seguindo as formalidades previstas nos normativos da casa, não obstante os diversos alertas e esclarecimentos por parte da Gerência de Registros desta CVM. E, ainda que não reste presente má-fé por parte da recorrente, nem mesmo por isso se pode mitigar as consequências de sua falta de diligência.

33. Diante disso, a não realização da oferta pública de aquisição de ações, importa em ineficácia do negócio jurídico, redundando no reconhecimento de sua inoperância, uma vez que as transações envolvendo controle de companhia aberta exigem, como condição de sua eficácia, a autorização desta Comissão.

34. Assim, tendo em vista que a Oferta Pública é imprescindível para que a alienação do controle de companhia aberta se efetive, produzindo efeitos jurídicos, enquanto esta não for realizada, ainda que intempestivamente, tal operação não será eficaz. Neste caso, os alienantes do controle e os antigos administradores permanecem responsáveis pelo cumprimento de todas as obrigações relativas à Companhia.

CONCLUSÃO

35. Pelo exposto, **VOTO** no sentido de que não seja reconhecida a eficácia do negócio jurídico em questão, o que importa no indeferimento do recurso e, conseqüentemente, no não reconhecimento da alienação de controle da companhia SOLE DO BRASIL S.A., por não ter, o adquirente, cumprido as exigências legais.

36. Outrossim, devem ser notificados desse fato o alienante do controle e os antigos administradores, que permanecem responsáveis perante a CVM, bem como a CBLIC, se for o caso, alertando-os que a referida alienação de controle é ineficaz, haja vista o descumprimento de exigência legal pelo adquirente da companhia.

37. Por fim, entendo que cabe à SRE analisar a possibilidade de instauração de processo administrativo sancionador, haja vista a evidente inobservância de dispositivos legais e regulamentares pelo adquirente do controle da Companhia.

Rio de Janeiro, 10 de setembro de 2004.

NORMA JONSSON PARENTE

DIRETORA-RELATORA