

Interessado: TOV Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários Ltda.

Assunto: Reclamação da TOV relativa aos procedimentos adotados pela BM&F previamente e durante a AGE que deliberou a sua desmutualização.

Relatório e Voto

Trata-se de reclamações apresentadas pela TOV CCTVM ("TOV" ou "Corretora"), relativamente aos procedimentos adotados pela Bolsa de Mercadorias & Futuros ("BM&F") previamente e durante a assembléia geral extraordinária que deliberou a desmutualização da entidade, bem como a respeito de procedimentos contábeis e quanto às atualizações patrimoniais dos títulos dos sócios patrimoniais da BM&F.

A relação das reclamações da TOV e de seus andamentos encontra-se no Relatório de Análise GMA-2 Nº 044, de 23/10/07, às fls. 1459/1466. Com relação à correspondência da TOV de 24/10/07 que demonstra seu inconformismo com a interpretação dada pela SMI ao artigo 34 do estatuto social da BM&F, a SMI encaminhou o MEMO/CVM/SMI/GMA-2/Nº090, de 30/10/07, às fls. 1495/1496, ratificando a sua posição de que o citado artigo se aplica unicamente às Assembléias Gerais Ordinárias.

Passo a descrever as reclamações que ainda estão pendentes de julgamento pelo Colegiado:

Convocação e realização da AGE

Em 17/09/07, o Colegiado analisou reclamação apresentada pela TOV relativa à assembléia geral extraordinária que seria realizada pela BM&F em 20/09/07, tendo concluído que os pedidos da Corretora não poderiam ser acolhidos, pois o artigo 124, §5º, da Lei nº 6.404/76(1) aplica-se somente às companhias abertas, jamais a associações civis como a BM&F, e, ainda, pelo fato de não se ter vislumbrado violação às normas vigentes que disciplinam a organização e o funcionamento das bolsas. Tal decisão foi mantida pelo Colegiado em reunião de 25/09/07.

Em 17/09/07, às 18h06, foi efetuada a convocação da AGE através do Ofício Circular 071/2007-PRES. Não houve determinação no sentido de fazer com que a BM&F aguardasse a decisão da CVM sobre o pedido da TOV de sustar a ocorrência da AGE, o que demonstra o cumprimento do prazo legal determinado pelo Estatuto Social da BM&F, dado que a AGE ocorreu em 20/09/07.

Em 09/10/07, foi realizada a Reunião do Colegiado nº 40/07 que analisou pedido de reconsideração da decisão tomada na reunião do Colegiado de 17/09/07 e mantida na reunião de 25/09/07.

Nessa mesma reunião analisou-se nova alegação da TOV, qual seja, a de que teria sido infringido o disposto no artigo 34 do Estatuto Social da BM&F, segundo o qual os documentos relativos a orçamento, programas de trabalho e de investimentos e demonstrações financeiras devem ser colocados à disposição dos associados pelo menos cinco dias úteis antes da realização da Assembléia Geral em que serão discutidos e apreciados, o que não teria ocorrido, haja vista a convocação para a realização da AGE ter acontecido em 17/09, três dias antes de sua realização.

O Colegiado decidiu manter a decisão referente à reunião de 17/09/07 e, no caso do artigo 34 do Estatuto Social da BM&F, decidiu que os pedidos da TOV não poderiam ser acolhidos por não se ter vislumbrado violação às normas vigentes que disciplinam a organização e o funcionamento das bolsas. Nessa ocasião, manifestei meu entendimento sobre a inaplicabilidade do artigo 34 do Estatuto Social da BM&F às Assembléias Gerais Extraordinárias, sendo esse voto, vencido. Em 23/10/07, a CVM, através do OFÍCIO/CVM/SMI/Nº 082/07, informou a TOV sobre essa decisão.

Indignada, a Corretora, em 24/10/07, aditou seu pedido de reconsideração, reafirmando a aplicabilidade do referido artigo 34 do Estatuto Social às Assembléias Gerais Extraordinárias e Ordinárias e pedindo o esclarecimento da posição da SMI e o pronunciamento do Colegiado.

Através do MEMO/CVM/GMA-2/Nº 090/07, datado de 30/10/07, a GMA-2 esclarece a posição da SMI, argumentando que o artigo 34 do Estatuto Social da BM&F trata dos documentos estabelecidos como objeto de uma Assembléia Geral que delibere sobre proposta orçamentária, programas anuais de trabalho e de investimento (artigo 25, inciso III) e demonstrações financeiras (artigo 25, inciso IV). Assim, temos que o citado artigo 34 necessariamente se refere às Assembléias Gerais Ordinárias, pois somente nessa modalidade de assembléia podem ser discutidos assuntos relativos a esses documentos.

A GMA-2 esclarece, por fim, que o prazo de convocação de AGE, três dias antes da sua realização, seria incompatível com o prazo do artigo 34 (cinco dias úteis antes da realização da Assembléia Geral), o que reforçaria a interpretação de que a Assembléia de que trata o citado artigo é, necessariamente, ordinária.

Ademais, reclama a TOV de que não teria sido verificado o quorum na 52ª Assembléia Geral Extraordinária da BM&F tendo a SMI solicitado à entidade que apresentasse a lista de presença.

Foi informado (fls.1425/1455) que 285 associados da BM&F estiveram presentes à AGE, representando 78% dos sócios, e que 14 sócios (2) votaram contra a proposta, aprovada por 271 associados, representando 74% dos 364 sócios, acima dos 2/3 necessários.

A TOV questionou, ainda, o desaparecimento de 63 títulos de sócios efetivos da BM&F, tendo esclarecido a entidade que, de acordo com o disposto no artigo 18, § 3º do Estatuto Social, os mesmos foram cancelados, em 17/08/07, por inadimplência dos seus titulares (fls. 919/920), sendo que nos termos do artigo 14, § 2º, do Estatuto Social da BM&F, o sócio inadimplente está impedido de exercer seu direito de voto.

Inconsistências contábeis

A TOV apontou inconsistências contábeis nas demonstrações financeiras da BM&F, bem como nos procedimentos adotados pela auditoria independente, que, por solicitação da SMI (MEMO/CVM/SMI/Nº 013, de 09/10/07 e MEMO/CVM/GMA-2/Nº 085, de 16/10/07 – fls.1468 e 1469) foram analisadas pela SNC (MEMO/SNC/GNC/Nº063, de 24/10/07 – fls. 1470/1475).

- a. *Diferença a menor de R\$ 6.676 mil entre o saldo da conta Superávit Acumulado (Patrimônio Líquido) apresentado nas Demonstrações Financeiras de 31/12/06 e o saldo inicial desta mesma conta nas Demonstrações Financeiras de 30/06/07:*

A KPMG informou que a mudança do tipo societário da BM&F, bem como a adaptação às normas da CVM, acarretaram a mudança no critério de avaliação, de custo histórico para equivalência patrimonial a partir de junho de 2007.

- b. *Ausência de apresentação de Demonstrações Individuais de Coligadas e de Entidades de Propósito Específico base para a consolidação pela primeira vez apresentada pela BM&F:*

A área de normas contábeis opinou que as demonstrações financeiras de 30/06/07 da BM&F atendem às determinações das Instruções CVM nºs 247/96 e 408/04.

- c. *Ausência de apresentação do Parecer da KPMG relativo às Demonstrações Financeiras de junho de 2007 datado de 31/08/2007 conforme mera correspondência (datada de 10/09/2007) que demonstrava que os dados objeto de Parecer sem Ressalvas foram os individuais da BM&F:*

A área de normas contábeis entende que o documento datado de 10/09/07 constitui o referido Parecer e não era "mera correspondência" no dizer do reclamante.

- d. *Solicita melhor explicação sobre as Demonstrações Financeiras Consolidadas em junho de 2007, tendo em vista o conteúdo da Nota Explicativa nº 2 que informa sobre critérios usados pela administração que incluem estimativas com base em fatores objetivos e subjetivos:*

A área de normas contábeis entende não haver reparos a fazer ao conteúdo da nota explicativa nº 2 ou ao procedimento adotado pela BM&F, pois a elaboração de demonstrações contábeis exige que a administração de uma entidade estabeleça premissas e estimativas de ativos e passivos uma vez que o "exercício de julgamento, dentro dos limites impostos pela norma, é um direito inalienável da administração da entidade".

- e. *Ausência de Demonstrações Financeiras Completas e ausência de Parecer de Auditoria em 31/08/2007:*

A área de normas contábeis informa que a KPMG apresentou as Demonstrações Financeiras completas, acompanhadas do respectivo parecer de auditoria, de 19/09/07.

- f. *Não há forma de se apreciar contabilmente a brusca queda de 63 títulos de Sócios Efetivos de junho para agosto de 2007 nem laudo sobre números de títulos ou valores individuais dos sócios:*

A área de normas contábeis declarou não ser possível verificar, período a período, a movimentação e inferir sobre os valores individuais dos títulos patrimoniais emitidos, cancelados, adquiridos e vendidos, por falta de informação.

- g. *Não há definição de valor patrimonial dos títulos em Junho em função do Patrimônio Social, nem parecer do auditor sobre os mesmos:*

A área de normas contábeis aponta que as Demonstrações Financeiras elaboradas e auditadas, para a data de 31/08/07, forneceram a base para fixação do valor os títulos. No entanto, a GNC afirma que, salvo melhor juízo, a base para fixação dos títulos patrimoniais, considerando o disposto na Resolução 2.690, em seu artigo 9º, deveria ser R\$ 1.281 milhões e não R\$ 901 milhões, acrescendo que, exceção feita à conta de Reservas de Reavaliação, toda a parcela cindida deveria ser incorporada à conta "Patrimônio Social" que, nesse caso, apresentaria o montante de R\$ 1.256.231.711,77.

Informo que a SEP encaminhou à companhia o Ofício/CVM/SEP/GEA-1/Nº413, em 24/10/07, solicitando, dentre outros, esclarecimentos quanto ao embasamento legal para a versão do patrimônio líquido da BM&F - Associação, em 31/08/07, composto por patrimônio social, títulos em tesouraria e superávit acumulado, no valor de R\$ 1.281.877.292,00, na Assembléia de incorporação, subdividido em R\$ 901.877.292,00 de capital social, R\$ 24.904.425,01 de Reservas de Reavaliação e R\$ 354.354.919,77 de Reservas Estatutárias e não de todo o montante como capital social da BM&F S/A.

A companhia respondeu que:

(i) *a decisão de dividir o Patrimônio Líquido da BM&F Associação de 31/08/07, quando da incorporação pela BM&F S/A do Patrimônio cindido da BM&F - Associação, em R\$ 901.877.292,00 de capital social, em R\$ 24.904.425,01 de Reservas de Reavaliação e em R\$ 354.354.919,77 de Reservas Estatutárias, foi tomada de forma a proteger a integralidade das atividades de negociação e de liquidação da Companhia e os interesses dos participantes dos mercados por ela administrados;*

(ii) *os valores então atribuídos para formar essas reservas estavam registrados na BM&F Associação, principalmente como fundos especiais, que tinham como objetivo garantir a segurança financeira das operações nela realizadas em situações de stress dos mercados ou em caso de falhas no processo de liquidação de operações. A segregação desses fundos sob a forma de reserva da Companhia se deu em razão das atividades típicas da Bolsa, e com a finalidade de dar cumprimento a imperativos legais aplicáveis à atividade de compensação e liquidação de suas operações, nomeadamente da Lei 10.214/01, que tratou do Sistema de pagamentos brasileiros, e a Resolução do CMN nº 2.882/01, que exigem a adoção de mecanismo de salvaguarda dessa natureza;*

(iii) *se na incorporação da parcela cindida do patrimônio da BM&F Associação pela Companhia, os valores anteriormente atribuídos aos fundos acima fossem registrados como capital social na Companhia, a natureza original e principal de tais fundos seria alterada de salvaguarda dos sistemas de negociação para capital próprio, garantidor, de forma indireta, de todos os credores, indistintamente, o que prejudicaria a segurança dos mercados em que a Companhia atua e de seus participantes;*

(iv) *se tais valores fossem incorporados ao Capital Social, a administração da BM&F S/A não teria a necessária maleabilidade para a sua administração. Lembrando que essa capacidade está consagrada no art.29º, XXXIII, do seu Estatuto Social, que estabelece ser competência do Conselho de Administração da BM&F S/A deliberar sobre a forma de alocação dos recursos daquelas reservas "entre os fundos e salvaguardas constituídos pela BM&F S/A, inclusive para ressarcimento de prejuízos decorrentes de operações realizadas no Sistema do Bolsa, regulamentando as hipóteses e os procedimentos para sua utilização";*

(v) *o Sr. Nelson Eizirik apresentou parecer sobre o assunto (em anexo), concordando com a destinação realizada pela Companhia, uma vez que o art.226 da Lei 6.404/76 não exige que todo o valor do patrimônio objeto da operação de cisão seja destinado para a conta de capital. Na verdade, o que a lei societária proíbe é exatamente o contrário, isto é, que o capital seja aumentado por valor superior ao do patrimônio cindido;*

(vi) *os associados da BM&F Associação concordaram com a destinação em referência, ao aprovarem a operação de desmutualização e as demonstrações financeiras da BM&F Associação e da Companhia, que já refletem os efeitos da cisão parcial e da incorporação.*

A SEP, em consulta à PFE, por intermédio do MEMO/SEP/GEA-1/Nº230, de 14/11/07, afirma, ao contrário do entendimento da BM&F S/A, que no momento da incorporação, o patrimônio líquido cindido da Associação deveria ser vertido para o capital social da BM&F S/A, uma vez que a Lei das S/A, no §1º do art.227, enfatiza que: "A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão."

A PFE, em resposta à consulta da SEP, opinou pelo acolhimento das alegações trazidas pela BM&F por entender que a Lei veda simplesmente que o valor do patrimônio vertido para a formação do capital seja inferior ao montante do capital a realizar, protegendo, assim, os interesses dos sócios já existentes na incorporadora, bem como o interesse dos credores.

A PFE, a luz do art.226 da lei societária, entendeu que a lei expressamente prevê a possibilidade de ser vertido para a companhia incorporadora patrimônio superior ao montante do capital a ser realizado.

"Art. 226. As operações de incorporação, fusão e cisão somente poderão ser efetivadas nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar."

Conclusão

No que se refere à questão da convocação da Assembléia Geral da BM&F, já afirmei e agora reafirmo que, no meu entender, o artigo 34 do estatuto social da BM&F se aplica unicamente às Assembléias Gerais Ordinárias sendo inaplicável às suas Assembléias Gerais Extraordinárias.

Com relação às demonstrações financeiras da BM&F verifico que a BM&F S/A foi constituída apenas em 15/06/07, sendo pré-operacional até a data da incorporação da parcela cindida da BM&F Associação, em 30/09/07.

As Demonstrações Financeiras importantes para a SEP no pedido de registro de companhia aberta foram as de 30/09/07 da BM&F Associação e as de 01/10/07 da BM&F S/A. Além do que os dados contábeis utilizados para protocolo eram de 31/08/07.

Com relação à diferença entre o saldo da conta Superávit Acumulado (Patrimônio Líquido) apresentado nas Demonstrações Financeiras de 31/12/06 e o saldo inicial desta mesma conta nas Demonstrações Financeiras de 30/06/07, a mesma se justifica pela adaptação às normas da CVM e a mudança do tipo societário da BM&F que acarretaram a mudança no critério de avaliação para equivalência patrimonial ao revés de custo histórico, a partir de junho de 2007.

No que se refere à divisão da parcela do patrimônio líquido cindido da Associação quando da incorporação, acompanho a PFE no sentido de entender que os arts. 226 e 227 da lei societária vedam que o valor do patrimônio vertido para a formação do capital seja inferior ao montante do capital a realizar.

Quanto às atualizações patrimoniais dos títulos dos sócios patrimoniais da BM&F, a TOV alega que desde 1996 o valor dos títulos dos sócios efetivos não sofreu qualquer atualização e conclui que a manifestação da CVM será fundamental para a tomada de decisão daquela corretora quanto à sua participação na Oferta Pública Secundária da BM&F S/A.

A BM&F informa que essa questão é objeto de demanda judicial aforada pela própria TOV e que já teria sido julgada improcedente em 1ª Instância na Justiça do Estado de São Paulo. Assim, entendo que a matéria encontra-se na esfera judicial, devendo a CVM aguardar o resultado do litígio para se manifestar.

Por fim, determino a juntada aos presentes autos de cópia do Ofício/CVM/SEP/GEA-1/Nº413/07, da resposta da BM&F S/A, do MEMO/SEP/GEA-1/Nº230/07 e da resposta da PFE.

É o voto.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2007.

Eli Loria

Diretor-Relator

(1) Art. 124. A convocação far-se-á mediante anúncio publicado por três vezes, no mínimo, contendo, além do local, data e hora da assembléia, a ordem do dia, e, no caso de reforma do estatuto, a indicação da matéria.

§ 5º A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, mediante decisão fundamentada de seu Colegiado, a pedido de qualquer acionista, e ouvida a companhia:

I - aumentar, para até 30 (trinta) dias, a contar da data em que os documentos relativos às matérias a serem deliberadas forem colocados à disposição dos acionistas, o prazo de antecedência de publicação do primeiro anúncio de convocação da assembléia-geral de companhia aberta, quando esta tiver por objeto operações que, por sua complexidade, exijam maior prazo para que possam ser conhecidas e analisadas pelos acionistas;

II - interromper, por até 15 (quinze) dias, o curso do prazo de antecedência da convocação de assembléia-geral extraordinária de companhia aberta, a fim de conhecer e analisar as propostas a serem submetidas à assembléia e, se for o caso, informar à companhia, até o término da interrupção, as razões pelas quais entende que a deliberação proposta à assembléia viola dispositivos legais ou regulamentares.

(2) Votaram contra as propostas apresentadas na 52ª AGE da BM&F: Terramar Navegação Ltda., Marisa Lojas Varejistas Ltda., Banco Rendimento S.A., Décio Goldfarb, EGEMP Gestão Patrimonial Ltda., Prime S.A. CCV, Alberto Raduan, ASM Asset Management DTVM S.A., Nominal DTVM Ltda., Antonio Carlos Rago Cano, TOV CCTVM Ltda., Louis Dreyfus Commodities Brasil S.A., PreviBank S.A. DTVM, Pavarini DTVM Ltda..