Processo Administrativo CVM nº SP 2007/0259

(Reg. Col. nº 6421/2009)

Recorrente: Socimel Empreendimentos e Participações Ltda.

Assunto: Recurso contra entendimento da SEP referente a fato relevante divulgado por Agra Empreendimentos Imobiliários S.A.

Diretor relator: Otavio Yazbek

Relatório

Objeto

1. Trata-se de recurso interposto por Socimel Empreendimentos Imobiliários S.A. ("Recorrente" ou "Socimel") contra entendimento da SEP referente ao conteúdo de Fato Relevante divulgado por Agra Empreendimentos Imobiliários S.A. ("Agra" ou "Companhia").

Fatos

2. Em 29.11.2007 a Recorrente protocolou perante esta CVM reclamação referente a Fato Relevante divulgado pela Agra em 1.7.2007, por meio do qual esta informava ter assinado "acordo operacional ("Acordo BKO") com a BKO Engenharia e Comércio Ltda. ("BKO"), para desenvolvimento conjunto de empreendimentos imobiliários no Estado de São Paulo originados pela BKO (...), incluindo ainda a aquisição de uma participação de 80% nos empreendimentos do banco de terrenos (*landbank*) da BKO por R$ 16 milhões pagos à vista" (fl. 8).

3. A Recorrente informou à época que, em 5.6.2007, firmara com a BKO "Instrumento Particular de Constituição de Consórcio para Empreendimento Imobiliário" ("Consórcio") (fls. 11-43), segundo o qual esta última seria responsável pela execução das obras necessárias à implantação de loteamento residencial em imóvel detido pela Socimel no município de Santana do Parnaíba, Estado de São Paulo. De acordo com o referido instrumento, caberia à BKO "tão somente a participação nos resultados da venda dos lotes do empreendimento, sem qualquer vínculo de natureza imobiliária ou de direito real" (fl. 3). Não obstante, a Agra e a BKO estariam promovendo intensa propaganda indicando como objeto de suas tratativas os imóveis referidos no Consórcio, que nunca teriam sido objeto de transmissão ou promessa de transmissão de direitos.

4. Diante das alegações da Recorrente, a CVM enviou à Agra o Ofício/CVM/SOI/GOI-2/Nº0033/08, datado de 17.1.2008, solicitando esclarecimentos quanto ao conteúdo do Fato Relevante por esta publicado (fls. 87-88). Em sua resposta (fls. 91-95), a Companhia: (i) negou que a assinatura do Acordo BKO tenha implicado em qualquer forma de cessão, transferência, alienação ou transmissão de qualquer direito ou obrigação objeto do Consórcio à Agra; e (ii) esclareceu que os terrenos negociados, pertencentes ao *landbank* da BKO, não foram especificados no Fato Relevante – não tendo, portanto, havido qualquer equívoco nas informações nele veiculadas.

5. Instada a se manifestar, entendeu a SEP que a questão da violação do Consórcio pela BKO já estava sendo tratada no foro competente (juízo da 37ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo), não cabendo à CVM se manifestar sobre a quebra de contrato, mas apenas zelar para que a Agra, na qualidade de companhia aberta: (i) divulgasse ao mercado a existência de disputa judicial oriunda do Acordo BKO e as eventuais conseqüências para a Agra e (ii) avaliasse a necessidade de reconhecimento contábil de eventual contingência passiva ou de esclarecimentos em notas explicativas (fls. 103-113).

6. Obedecendo à determinação da CVM, a Agra publicou, em 20.5.2008, Comunicado ao Mercado contendo as informações aludidas no despacho da SEP, informando, ainda, que (i) a Companhia estaria isenta de qualquer contingência direta advinda da questão judicial em comento e que (ii) o valor proporcional ao empreendimento "Vila España – Melville" teria sido substituído, em termo aditivo celebrado em 2.1.2008, por participação da Agra em outros negócios desenvolvidos pela BKO (fl. 117).

7. A Recorrente protocolou manifestação em 11.8.2008, alegando que a Agra em seus esclarecimentos não teria enfrentado a questão da inveracidade do Fato Relevante divulgado a seus investidores e que aquela continuava a propagandear empreendimentos envolvendo patrimônio da Socimel e de seus controladores (fls. 133-144).

8. A Agra rebateu esses argumentos em documento datado de 17.11.2008, afirmando que (i) a disputa judicial relativa ao Acordo BKO não afastaria a veracidade da redação do Fato Relevante e (ii) os empreendimentos sob litígio oferecidos pela BKO à Agra seriam substituídos, conforme termo aditivo celebrado entre estas últimas (fls. 153-156).

9. Em despacho de 28.11.2008, a SEP acolheu a manifestação da Agra, entendendo que se o conteúdo do referido Fato Relevante estivesse de fato trazendo prejuízos à Socimel, a CVM "não é o foro adequado para resolver questões dessa natureza" (fl. 174).

Recurso

10. A Recorrente interpôs recurso em 16.2.2009, reforçando que o objeto do presente processo administrativo não é a discussão sobre a propriedade de bens imóveis, mas sim o fato de que os "fundamentos equivocados" das informações divulgadas por Agra e BKO teriam afrontado gravemente o mercado de capitais, tendo inclusive influenciado "significativamente à época a cotação das ações da Agra" (fl. 195). Requereu por conseqüência a reforma da decisão de fl. 175, determinando-se a correção das informações veiculadas pela Agra em Fato Relevante e a apuração da existência de eventual ilicitude na conduta da Companhia.

11. A distribuição para o Relator ocorreu em 24.3.2009.

12. Em 14.8.2009, a Recorrente protocolou nesta CVM cópia de sentença judicial prolatada no âmbito do Processo nº 583.00.2008.149950-2, na qual o Consórcio foi declarado rescindido.

Despacho de 29.9.2009 e Diligências posteriores

13. Ante a seqüência dos acontecimentos e a natureza das acusações formuladas, questionou o Relator a observância, pelos administradores da Agra, do seu dever de diligência quando da celebração do Acordo BKO. Determinou-se, assim, o retorno dos autos à SEP a fim de que a área verificasse, preliminarmente, se os administradores da Companhia agiram nos termos do art. 153, da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 ("Lei nº 6.404/76").

14. Como solicitado, a SEP interpelou o DRI da Agra em 16.10.2009, por meio do Ofício/CVM/SEP/GEA-3/N917/09 (fl2. 232-233).

15. A Companhia respondeu em 23.10.2009 (fls. 238-244), alegando que não se poderia imputar aos administradores da Agra "qualquer tipo de comportamento que possa ter sido contrário ao *standard* da absoluta diligência e cuidado quando da celebração do negócio jurídico com a BKO."

Argumentou, assim: (i) que o Acordo BKO apenas facultou à Agra a aquisição de participações societárias em SPEs; e (ii) que o pagamento do preço acordado à BKO estava condicionado ao implemento de certas condições suspensivas, dentre as quais a realização de auditoria legal e contábil nas referidas SPEs. Nesse sentido, inclusive, relembrou a Agra que antes de vencido o prazo de 180 dias para ocorrência das condições suspensivas[1] previstas na Cláusula Segunda no Acordo BKO, foi celebrado termo aditivo a este último, substituindo o valor proporcional ao empreendimento "Vila España – Melville" por participação da Companhia em outros negócios desenvolvidos pela BKO.

16. A Agra refutou, ademais, as alegações da Socimel de que a celebração do Acordo BKO teria influenciado significativamente a cotação de suas ações à época, observando que "o rumo de alta do papel já vinha de semanas, e assim continuou, sem ter sua trajetória imediatamente alterada em nenhum sentido". Por fim, afirmou a Companhia que, em sua petição datada de 14.8.2009, furtou-se a Socimel de informar a CVM que em 13.8.2009, o mesmo magistrado que rescindiu o Consórcio indeferiu pedido desta última para alienar os imóveis objeto do litígio.

17. A SEP, diante dos esclarecimentos prestados pela Agra, entendeu no Relatório de Análise/CVM/SEP/GEA-3/Nº104/09 (fls. 250-260) não haver indícios de que os administradores da Companhia tivessem violado os deveres de diligência previstos no art. 153 da Lei nº 6.404/76, nem quando da assinatura do Acordo BKO nem após terem tomado ciência da notificação da Socimel à BKO.

Manifestação da Socimel

18. Em 16.3.2010, a Socimel protocolou petição rebatendo as alegações da Agra, nos seguintes termos (fls. 275-280):

> i) imediatamente após a assinatura do Acordo BKO, a Agra teria efetuado o pagamento ajustado de R$ 16 milhões, sendo imperioso concluir, à luz do disposto na Cláusula Terceira, parágrafo 3º, que os administradores da Companhia teriam violado, sim, seu dever de diligência. Isto porque (a) ou foi feita a *due diligence* na documentação imobiliária apresentada pela BKO e a Agra, mesmo sabedora de que estava negociando com alguém que não tinha titularidade ou expectativa de direitos sobre os imóveis, antecipou a totalidade do preço e divulgou Fato Relevante ao mercado; ou (b) a Companhia nada examinou e, ainda assim, pagou substancial importância sem se acautelar sobre o efetivo conteúdo patrimonial do contrato, tendo divulgado em seguida Fato Relevante ao mercado;
>
> ii) à CVM incumbe exercer o poder fiscalizador e de polícia, tanto preventivo como repressivo, de forma a coibir práticas que impliquem informações inverídicas aos mercados de Bolsa e, por decorrência, ao mercado imobiliário, fortemente impactado por aquele;
>
> iii) a imprudência da Agra foi destacada pelos esforços propagandísticos feitos pela própria e pela BKO na imprensa de grande circulação, tendo por objeto imóveis de terceiros, indicando-os como sendo de propriedade conjunta; e
>
> iv) a Agra só buscou a composição com a BKO após a rescisão do Consórcio e a reclamação feita pela Socimel à CVM e, de qualquer forma, nenhuma medida séria e consistente foi tomada pela Companhia.

19. Instada a emitir manifestação sobre os argumentos apresentados pela Socimel, reafirmou a SEP/GEA-3 seu entendimento de que os administradores da Agra se valeram de garantias contratuais adequadas para a proteção da Companhia, notadamente pelo recurso a condições suspensivas, às quais se subordinaria a conclusão do negócio.

É o relatório.

Voto

20. Foi questionada pela Socimel, nos presentes autos, a acurácia do conteúdo do Fato Relevante publicado pela Agra, em que esta referia operação realizada com a BKO. Isso porque aquela operação teria por objeto a aquisição de terrenos que, na verdade, pertenciam à Socimel.

21. No despacho de 29.9.2009, esclareci que tal questão apenas poderia ser discutida adequadamente se também se analisasse, no caso concreto, o conjunto de informações de que dispunham os administradores da Agra, o que, por sua vez, acabava também por envolver considerações acerca da observância, por estes, de seu dever de diligência. Creio que as diligências realizadas a partir de então e as informações por seu intermédio obtidas são suficientes para a tomada de uma decisão.

22. Neste sentido, não me parece que o Fato Relevante publicado pela Agra em 1.7.2007 possa ter o seu conteúdo questionado, nos termos pretendidos pela Recorrente. Com efeito, o referido Fato Relevante falava em "acordo operacional" e na aquisição de uma "participação de 80% nos empreendimentos do banco de terrenos (*landbank*)" da BKO. Por outro lado, tal redação parece, de fato, corresponder aos termos do pactuado com a BKO, sendo de se destacar que o próprio texto do acordo é bastante genérico, remetendo à aquisição por intermédio da compra de participações em sociedades de propósito específico. Daí porque voto pela improcedência do recurso.

23. Não obstante, após a análise dos autos remanesce, para mim, um questionamento referente ao cumprimento do dever de diligência pelos administradores da Agra. Isso porque o acordo da Agra com a BKO, em sua cláusula segunda, diz que "*as partes reconhecem que a aquisição das participações nos Empreendimentos subordina-se à ocorrência das seguintes condições suspensivas, cumulativa e sucessivamente, dentro do prazo máximo de 180 dias...*".

24. Dentre as condições, encontrava-se, por exemplo, a realização de *due diligences* imobiliárias, destinadas a confirmar a propriedade dos imóveis. A cláusula terceira, reforçando essa situação, diz que "*implementadas as condições suspensivas acima previstas, a Agra obriga-se a adquirir e a BKO obriga-se a alienar 80% das participações que detém nos empreendimentos, mediante a cessão e transferência de cotas das SPEs pelo valor total de R$16 milhões...*".

25. Ora, condição suspensiva é aquela à qual se subordina a eficácia de um determinado negócio jurídico – assim, somente após verificada a condição é que o pactuado passaria a produzir efeitos entre as partes. Ocorre, porém, que o pagamento de R$ 16 milhões, sujeito a uma série de condições daquela natureza, foi efetuado pela Agra aparentemente antes de verificadas, pelos prazos e mecanismos estabelecidos no contrato, aquelas condições.

26. Desta maneira, por todo o exposto, **julgo improcedente o recurso apresentado pela Socimel**, reconhecendo não haver indício de irregularidade no fato relevante de 1.7.2007.

27. Não obstante, entendo que a SEP, considerando o disposto nos parágrafos 22 a 25 acima, deveria avaliar se, antes do mencionado pagamento efetuado pela Agra à BKO, os administradores daquela cumpriram seu dever de diligência, adotando, se for o caso, as medidas cabíveis.

Rio de Janeiro, 9 de setembro de 2010.

Otavio Yazbek

[1]Nos termos da referida Cláusula Segunda, consta que a aquisição das participações pela Agra nos empreendimentos subordinar-se-ia à ocorrência das seguintes condições suspensivas, cumulativa e sucessivamente, dentro do prazo máximo de 180 dias, contados da assinatura do Acordo BKO:
"a) a realização de auditoria (due diligence) legal e contábil completa e detalhada nas SPEs, a ser realizada por profissionais indicados pela AGRA de sua própria equipe ou mediante a contração de consultores externos, no prazo de até 60 (sessenta) dias, contados da data em que os profissionais tenham acesso aos documentos e informações, para verificação de eventuais contingências;
b) ausência de contingências passivas e/ou insubsistências ativas não refletidas nas Demonstrações Financeiras das SPEs, na forma dos respectivos Balanços Patrimoniais encerrados em 31/05/2007, conforme laudo apresentado pelos profissionais especializados, de acordo com as práticas de mercados para transações da mesma natureza e observado [sic] os princípios contábeis geralmente aceitos no Brasil;
c) confirmação de que as SPEs são as legítimas titulares dos Empreendimentos e de todos os demais bens e direitos constantes do Balanço Patrimonial de 31/05/2007, e que tais bens encontram-se livres de ônus, gravames, encargos, ou outra limitação de qualquer espécie ou natureza;
d) confirmação de que todos os contratos relevantes das SPEs encontram-se devidamente arquivados nas suas sedes, não existindo qualquer contrato, declaração, renúncia de direitos, ou ajuste em poder de terceiros que possam acarretar qualquer responsabilidade para as SPEs;
e) confirmação de que os contratos relevantes celebrados pela BKO e pelas SPEs são válidos, oponíveis às partes e a terceiros, encontram-se em plena vigência e contêm as disposições que são habituais à sua natureza;
f) apresentação das certidões negativas em nome da BKO e dos seus sócios e de seus antecessores nos últimos 10 anos: (a) Tributos Federais e da Dívida Ativa da União; (b) Tributos Estaduais; (c) Tributos Mobiliários; (d) Justiça Federal; (e) Distribuidores cíveis; (f) Distribuidores de falências e concordatas; (g) Distribuidores executivos fiscais; (h) Distribuidores criminais e de execuções criminais; (i) Cartórios de Protestos e (j) Justiça do Trabalho. As certidões deverão ser emitidas nas cidades em que a BKO possua sede ou filiais e no domicílio e/ou residência dos sócios da BKO e também naquelas onde localizados os imóveis; e
g) apresentação da certidão atualizada da matrícula, acompanhada de certidões [sic] títulos de propriedade dos últimos vinte anos, devidamente registradas e todos os demais documentos de praxe para uma due diligence de natureza imobiliária."