

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

BIOMM S.A.

Processo CVM RJ-2011-1265

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto, em 31.01.11, pela BIOMM S.A., registrada na categoria A desde 01.01.10, contra a aplicação de multa cominatória, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) pelo atraso de 99 (noventa e nove) dias, limitado a 60 dias nos termos do art. 14 da Instrução CVM nº 452/02, do documento **FORM.REFERÊNCIA/2010**, comunicada por meio do Ofício CVM/SEP/MC/Nº 26/11, de 12.01.11 (fls.10).

A Companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls.02/09):

- a. "conforme dispõe no artigo 24, parágrafo 1º da Instrução CVM nº 480/2009 ('ICVM 480'), a Companhia é obrigada a enviar à CVM o Formulário de Referência atualizado anualmente, em até 5 (cinco) meses contados da data de encerramento do exercício social";
- b. "em 09 de abril de 2010 a CVM divulgou ao mercado a Deliberação CVM nº 627 que prorrogou até 30 de junho de 2010 o prazo de entrega anual do Formulário de Referência";
- c. "em 30 de junho de 2010, no último dia do prazo para o envio do Formulário de Referência, a Companhia por intermédio do seu responsável perante a CVM, Sr. Francisco Marques de Freitas, foi comunicada pela CVM que até aquele momento não constava o recebimento do documento Form.Referência/2010";
- d. "em 20 de janeiro de 2011 a Companhia recebeu o Ofício, comunicando a aplicação de multa cominatória no valor de R\$ 30.000,00, referente a 60 dias de atraso 'no envio do documento Form. Referência/2010 previsto no art. 21, inciso II da Instrução CVM nº 480/2009";
- e. "o envio do Formulário de Referência caracteriza-se como prestação de uma Informação Periódica, conforme definida na seção II da ICVM 480, cujo descumprimento, desde que respeitadas as normas específicas sobre o assunto, em especial o disposto na Instrução CVM 452/07 ('ICVM 452'), sujeita o infrator registrado na categoria 'A' a uma penalidade diária fixada em R\$ 500,00";
- f. "nessa esteira, a ICVM 452 regula a imposição de multas cominatória pela CVM às pessoas que deixaram de prestar Informações Periódicas, estabelecendo as regras procedimentais que devem ser respeitadas pela CVM para a regular imposição dessa penalidade";
- g. "no caso em tela, contudo, será demonstrado o descabimento da aplicação de multa cominatória, pelos fundamentos abaixo aduzidos:
 - a. a comunicação dirigida à Companhia alertando sobre a incidência da multa cominatória é inválida, pois não obedeceu aos requisitos previstos no art. 3º da ICVM 452;
 - b. não foi possível elaborar o Formulário de Referência e, conseqüentemente, disponibilizá-lo ao mercado no prazo estipulado pelas normas da CVM por conta da situação *sui generis* da Companhia relativamente à participação em *joint venture* na Arábia Saudita;
 - c. a Companhia possui um restrito número de acionistas e suas ações são pouco negociadas, sendo pouco relevante ao mercado o impacto causado pelo atraso na entrega do Formulário de Referência;
 - d. a companhia é uma empresa pré-operacional com frágil situação financeira, situação na qual os altos valores da multa aplicada excedem a sua função punitiva e coibitiva para se tornarem uma ameaça a continuidade das atividades da Companhia; e
 - e. há uma desproporção entre o valor da multa aplicada pela CVM à Companhia e àquelas aplicadas a outros agentes que realizaram condutas mais gravosas ao mercado, em claro desrespeito ao princípio da proporcionalidade que deve vigorar até mesmo na aplicação de multas previamente estabelecidas";
- a. "conforme exposto, a ICVM 452 regula a imposição de multas cominatórias pela CVM O artigo 3º da referida Instrução estabelece o procedimento para a aplicação de multa por atraso na entrega de Informação Periódica, vejamos:

'Art. 3º Verificado o descumprimento de obrigação de fornecer informação periódica, o Superintendente da área responsável fará enviar, nos 5 (cinco) dias úteis seguintes ao término do prazo, comunicação específica, dirigida ao responsável indicado no cadastro do participante junto à CVM, alertando-o de que, a partir da data informada, incidirá a multa ordinária prevista na regulamentação aplicável, devidamente indicada";
- b. "dessa forma, para a aplicação de multa pelo atraso na entrega de informação periódica é necessário que a CVM cientifique o emissor nos 5 dias úteis seguintes ao término do prazo para a entrega da Informação Periódica, indicando (i) que a partir da data informada incidirá a multa ordinária prevista na regulamentação aplicável e (ii) qual a regulamentação aplicável. A A comunicação de multas sem a comunicação prévia e regular, além de claro desrespeito ao disposto na ICVM 452, configuraria, principalmente, uma infração à lei";
- c. "nesse ponto é imprescindível explicitar que a Companhia recebeu a comunicação prevista no artigo 3º da ICVM 452 antes do término da fluência do prazo para entrega do Formulário de Referência, logo tal comunicação é irregular";
- d. "nessa esteira, a referida comunicação deve seguir estritamente os preceitos normativos que regulamentam o envio, preceitos esses que são essenciais ao direito administrativo. A inobservância de tais preceitos, portanto, vicia os efeitos que a notificação deve produzir; não obstante o flagrante desrespeito ao princípio da legalidade, conforme nos ensina Fábio Medina Osório: 'a garantia de uma previsão legal e típica das infrações administrativas é corolário lógico do princípio da legalidade";
- e. "destarte, só resta concluir que a aplicação de multas mediante comunicação irregular, realizada ainda no decurso do prazo de entrega do Formulário de Referência, além de claro desrespeito ao disposto na ICVM 452, configuraria, principalmente, uma infração ao princípio da legalidade e tipicidade dos atos administrativos e, em última instância, uma infração à lei";
- f. "inválida, portanto, a aplicação de multa pelo atraso no envio da Informação Periódica";
- g. "em atendimento à regulamentação da CVM e à legislação, em especial ao disposto no artigo 24 da ICVM 480, o Formulário de Referência da Companhia deve conter o conteúdo que reflete o Anexo 24 da referida Instrução. Notadamente o item 3 do Anexo 24, e seus respectivos

subitens, demanda que sejam preenchidas diversas informações financeiras, as quais, no caso da Companhia, requerem a apresentação de informações contábeis consolidadas";

- h. "nesse rastro, a Companhia participa indiretamente de uma *joint venture* na Arábia Saudita, denominada Gabas Global Company foi Biotechnology LLC ('Gabas'), cujas demonstrações também devem ser auditadas e abrangidas na consolidação. A *joint venture* foi formada com a Gabas Advanced Biotechnology Holding Ltd., uma sociedade saudita que possui 51% do capital votante, e está sujeita à regulamentação da Arábia Saudita, país no qual ela está sediada e o Rei governa de acordo com a *Sharia*, a lei sagrada do islamismo";
- i. "desde o estabelecimento da *joint venture*, por conta de preceitos e restrições impostos pela Gabas e pela *Sharia*, os auditores independentes têm tido dificuldade em acessar as suas informações financeiras, o que vem ocasionando reiterados atrasos na elaboração das demonstrações contábeis da Companhia. Ressalta-se que a Companhia tem empenhado seus melhores esforços na busca de uma solução adequada para suprimir as dificuldades supramencionadas";
- j. "assim, a elaboração intempestiva do Formulário de Referência não decorre de falta de diligência da Companhia ou de seus administradores visto que o atraso deu-se por circunstâncias alheias à Companhia, decorrentes da situação peculiar na qual a sua *joint venture* se insere. A Companhia destacou para a Gabas a seriedade e importância do envio de informações periódicas ao mercado acionário brasileiro nos termos das normas editadas pela CVM e, adicionalmente, tem tomado todas as medidas cabíveis e necessárias para possibilitar o acesso às informações financeiras da *joint venture* crendo que tal obstáculo será contornado";
- k. "destacadas essas condições extraordinárias nas quais a Companhia está inserida fica evidente a inadequabilidade e desproporcionalidade da multa cominatória aplicada";
- l. "a Companhia possui somente cerca de 500 acionistas, número consideravelmente reduzido dentro dos padrões de mercado. Nessa esteira, houve apenas 278 negociações das ações da Companhia na BM&FBOVESPA ao longo de todo o ano de 2010, movimentando apenas R\$ 4.925.380,00 - uma média diária inferior a 0,76 negociações e R\$ 1.378,00; contribuindo com menos de 1,7% dos negócios no mercado mobiliário referente ao setor farmacêutico. Além das ações, não há outros valores mobiliários emitidos pela Companhia";
- m. "isto posto, a participação da Companhia no mercado é irrelevante e, portanto, o atraso no Formulário de Referência não é passível causar qualquer impacto significativamente negativo ao mercado acionário brasileiro, consubstanciando a inadequabilidade e desproporcionalidade da multa aplicada";
- n. "a Companhia ainda está em fase pré-operacional e, dessa forma, suas operações ainda não atingiram um estágio de maturação capaz de gerar recursos de forma regular. Até que tal estágio seja alcançado e as operações da Companhia se tornem rentáveis ela depende do suporte financeiro de seus acionistas ou terceiros";
- o. "ademais, a Biommm é uma Companhia com um mercado extremamente restrito e concentrado. Até o presente momento a única fonte de recursos da Companhia é uma *joint venture* estabelecida na Arábia Saudita, cujo objetivo é a produção de insulina e cristais de insulina, mas que também se encontra em fase pré-operacional e irá demandar uma longa fase de maturação, não existindo perspectiva de novas fontes de recursos em curto prazo.
- p. "nesse contexto, a Companhia apresentou prejuízos acumulados de aproximadamente R\$ 7.414.000,00 em 2008 e R\$ 7.016.000,00 em 2009; encontrando-se em uma situação financeira deficitária extremamente frágil e delicada";
- q. "nesse contexto, as multas cominatórias, pelo grande peso que representam nas finanças da Companhia, excedem a sua função punitiva e de coibição à condutas repreensíveis para se tornarem uma ameaça a continuidade das atividades da Companhia";
- r. "é cediço que a CVM, na qualidade de autarquia responsável por fiscalizar e regulamentar o mercado de valores mobiliários, frequentemente aplica multas cominatórias em companhias e pessoas físicas que por meio de suas ações ou omissões vieram a prejudicar ou lesar o mercado de valores mobiliários brasileiro";
- s. "é de igual conhecimento que existem condutas com o maior ou menor potencial ofensivo ao mercado e tais condutas devem ser punidas segundo esse potencial";
- t. "em relação aos critérios de aplicação de multas, nas palavras de Valdir Sznick, explicita-se que:
- Requer-se, para a aplicação da pena de multa, que o julgador atente: a) para as condições sócio-econômicas do apenado, fixando o *quantum* em razão de seu patrimônio; b) para o delito cometido, levando em consideração sua gravidade, repercussão social, grau de culpa e intensidade do dolo, assim como c) as circunstâncias atenuantes e agravantes";
- u. "a partir dessas premissas e do que foi anteriormente exposto conclui-se que a multa cominatória de R\$ 30.000,00 aplicada à Companhia é desproporcional às multas aplicadas pela CVM à condutas muito mais prejudiciais ao mercado, a exemplo das situações abaixo expostas:
- (i) o caso da Sra. Ruth Dias da Silva Pinto (registrado na CVM sob o no 7380/10) que foi acusada de ter negociado ações e posse de informações relevantes ainda não divulgadas ao Mercado (Insider trading) e pagou um valor correspondente ao dobro do prejuízo por ela auferido. Destaca-se que o valor pago pela Sra. Ruth foi inferior a 25% do total das multas cominatórias impostas a Biommm pelo atraso no envio de informações;
- (ii) o caso dos Srs. Joaquim Felipe de Andrade Cavalcanti, Banco Rural Mais S.A. e outros (registrado na CVM sob o n° 6576/09) que foram acusados de terem participado de 217 operações, no mercado à vista e/ou no de opções, no período de 1997 a 2001, que envolveram a Fundação Banco Central de Previdência Privada - CENTRUS, nas quais ficou supostamente configurada a ocorrência de práticas não-equitativas, de operações fraudulentas e de criação de condições artificiais de demanda, oferta e preço de valores mobiliários. Cada um dos acusados pagou o montante de R\$ 50.000,00, valor seis vezes inferior ao total das multas cominatórias impostas a Biommm pelo atraso no envio de informações";
- v. "ora, se o fundamento da branda punição aplicada para os casos de Insider Trading e realização de práticas não-equitativas é o prejuízo que tais condutas causam ao mercado, é incabível, que por conta do atraso na entrega do Formulário de Referência, a Companhia seja multada em valores tão elevados";
- w. "não há que se falar, ainda, que os exemplos supramencionados tratavam de processos administrativos sancionadores enquanto a multa aplicada à Companhia decorre da aplicação da multa prefixada para atraso na entrega de informação periódica prevista no artigo 58 da ICVM 480. A simples aplicação da multa prefixada, quando realizada de forma cega e irracional, pode criar desproporções entre a repreensibilidade da conduta e a punição aplicada, como vista no presente caso";

- x. "nessa esteira, cabe mencionar a já revogada Instrução Normativa 309 de 10 de junho de 1999, que anteriormente normatizava a aplicação de multa cominatória em seu artigo 18 e estabelecia como critério para a definição do valor da multa o porte da companhia, definido de acordo com o patrimônio líquido da mesma, em clara busca da isonomia na aplicação das multas. Se tais critérios ainda vigorassem a multa recebida pela Companhia provavelmente seria até 5 vezes menor";
- y. "desta feita, a aplicação da multa prefixada para entrega de informações periódicas também deve guardar sintonia com a finalidade da norma, devendo haver equilíbrio no exercício do *jus puniendi*, sob o risco de ferir-se o princípio da proporcionalidade";
- z. "a multa é inválida visto que não houve comunicação regular da CVM, conforme determina o artigo 3º da ICVM 452";
- aa. "*ad argumentandum*, mesmo se considerássemos que a Companhia fora devidamente comunicada, conclui-se que o peso financeiro de multa cominatória aplicada é extremamente desproporcional ao grau de reprovação da conduta e à situação operacional e financeira da Companhia. Destarte, a multa é, no mínimo, inadequada e desproporcional, devendo, se não cancelada, ao menos ser reduzida. Nessa esteira, uma vez que a CVM tem poderes para anular ou revogar atos, logicamente tem poderes para reduzir o *quantum* da multa, dentro do princípio de quem pode mais pode menos"; e
- ab. "ante os fatos e argumentos expostos, a Companhia espera que sejam acolhidos os argumentos supramencionados para:
 - a) conceder efeito suspensivo ao presente recurso, haja vista que a soma das multas cominatórias relacionadas à intempestividade da prestação de Informações Periódicas (todas com vencimento no trigésimo dia após a interposição deste recurso) perfaz um valor relevante para a atual condição financeira da Companhia, o que poderá impactar a capacidade de financiar suas operações, causando prejuízo de difícil ou incerta reparação. Subsidiariamente caso este pedido seja denegado, total ou parcialmente, requer-se que, nos termos do item VI da Deliberação CVM 463 de 25 de julho de 2003, que o presente recurso e a decisão que denegou o pedido de efeito suspensivo sejam remetidas à Presidente de CVM;
 - b) cancelar a aplicação da multa cominatória por ausência de requisitos e pressupostos essenciais à sua manutenção, notadamente a comunicação nos moldes previstos no art. 3º da ICVM 452;
 - c) caso seja rejeitado o pedido anterior, reduzir o valor da multa para um valor proporcional à (i) baixa reprovação da conduta face à impossibilidade de elaboração tempestiva do Formulário de Referência devido a circunstâncias alheia à Companhia; (ii) pouca representatividade da Companhia no mercado de valores mobiliários; (iii) frágil situação financeira da Companhia; e (iv) condenação aplicável a outros participantes do mercado que realizaram condutas indiscutivelmente mais graves, reprováveis e nocivas".

Entendimento da GEA-3

Inicialmente, cabe destacar que foi encaminhado, à companhia, o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº270/11, de 10.02.11, **indeferindo** o pedido de efeito suspensivo do recurso interposto e esclarecendo que o Colegiado, em reunião realizada em 23.11.10, acompanhou o entendimento da Superintendência de Relações com Empresas de que o disposto no inciso VI da Deliberação nº 463/03 **não** se aplica aos casos de multas cominatórias (fls.13).

Nos termos do § 1º do art. 24 da Instrução CVM nº480/09, o emissor deve entregar o **FORMULÁRIO DE REFERÊNCIA** atualizado, anualmente, em até 5 (cinco) meses contados da data de encerramento do exercício social.

O Ofício-Circular/CVM/SEP/Nº004/2010, de 01.06.10, por sua vez, comunicou que estava disponível a versão do sistema Empresas.net para preenchimento e envio do Formulário de Referência (FR) e lembrou aos emissores que a Deliberação CVM nº 627, de 09.04.10, prorrogou, de forma excepcional no exercício de 2010, para até 30.06.10, o prazo de entrega do FR para os emissores com exercício social encerrado em 31 de dezembro.

Posteriormente, a Deliberação CVM nº 631, de 16.06.10, estabeleceu o que se segue:

Art. 1º **Facultar**, aos emissores de valores mobiliários com exercício social findo em 31 de dezembro, **a entrega anual do formulário de referência, no prazo estabelecido na Deliberação CVM nº 627, de 9 de abril de 2010, em arquivo em formato de texto livre por meio do sistema IPE** disponível na página da CVM na rede mundial de computadores.

Art. 2º **Determinar**, aos emissores que exercerem a faculdade prevista no art. 1º, **a reentrega até o final do dia 31 de agosto de 2010 do formulário de referência atualizado, por meio do sistema eletrônico específico para o preenchimento e o envio do formulário**, disponível na página da CVM na rede mundial de computadores.

Cabe destacar, ainda, que, em 30.06.10, foi encaminhada, às companhias, a comunicação específica prevista no art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 (e-mail de alerta), nos seguintes termos (fls.11):

"Até o momento, não consta o recebimento, pelo SISTEMA EMPRESAS.NET, do documento Form.Referência/2010, previsto no art. 21, inciso II, da Instrução CVM nº480/09.

Nesse sentido, lembramos que:

a) a Deliberação CVM nº627, de 09.04.10, prorrogou para 30.06.10 o prazo de entrega anual do Formulário de Referência, previsto no art. 24, §1º da Instrução CVM nº480/09, para os emissores com exercício social findo em 31.12;

b) o Sistema Empresas.Net foi disponibilizado em 01.06.10, nos termos do OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SEP/Nº04/2010, de mesma data; e

c) a Deliberação CVM nº631, de 16.06.10, facultou aos emissores com exercício social findo em 31.12 a entrega anual do Formulário de Referência no prazo estabelecido na Deliberação CVM nº627/10 em arquivo texto livre pelo SISTEMA IPE, determinando que aqueles que exercerem essa faculdade deverão reentregar o Formulário de Referência atualizado pelo SISTEMA EMPRESAS.NET, até 31.08.10.

Este aviso deverá ser desconsiderado caso o documento já tenha sido encaminhado pelo Sistema Empresas.net.

Ressaltamos, por fim, que este e-mail tem como objetivo apenas alertar a companhia, nos termos do art. 3º da Instrução CVM nº452/00, NÃO cabendo recurso, que, se for o caso, poderá ser interposto somente quando e se informada a aplicação da multa cominatória prevista no art. 58 da Instrução CVM nº480/09".

Em 31.08.10, foi encaminhado, às Companhias, o seguinte e-mail (fls.12):

"Lembramos a todas as companhias abertas que hoje, 31.08.10, é a data limite de reentrega do Formulário de Referência pelo Sistema Empresas.Net, para as companhias com exercício social findo em 31.12 que exerceram a faculdade prevista na Deliberação CVM nº631, de 16.06.10, ou seja, para as empresas que entregaram o referido documento pelo Sistema IPE até 30.06.10.

Este e-mail deve ser desconsiderado caso a companhia:

- a) não tenha exercido a faculdade prevista naquela Deliberação; ou
- b) tenha exercido a faculdade e já tenha encaminhado o Formulário de Referência pelo Sistema Empresas.Net".

No presente caso, a Companhia não encaminhou o Formulário de Referência Completo, via Sistema IPE, tendo encaminhado o documento pelo Sistema Empresas.Net somente em 07.10.10 (fls.16).

Ademais, é importante ressaltar que:

- a. consideramos regular e válido o envio, à Companhia, da comunicação específica prevista no art. 3º da Instrução CVM nº 452/07, no final do dia de vencimento de entrega do documento (fls.11);
- b. o fato de a Companhia (i) ter apresentado prejuízo; (ii) possuir poucos acionistas; e/ou (iii) ter suas ações pouco negociadas no mercado, **não** a exime de encaminhar, no prazo, o Formulário de Referência;
- c. ao contrário do alegado pela Companhia no item "dd" do § 2º retro, há que se falar sim que os as penalidades aplicadas nos exemplos citados pela Recorrente originaram-se de processos administrativos sancionadores enquanto o valor da multa diária aplicada por descumprimento de prazos de entrega de informações periódicas está previsto no artigo 58 da Instrução CVM nº 480/09;
- d. a Companhia vem, constantemente, descumprindo os prazos de entrega dos documentos periódicos, motivo pelo qual o total de suas multas é tão alto; e
- e. conforme decisão do Colegiado, em reunião realizada em 23.11.10, o item VI da Deliberação CVM 463/03 (citado pela Companhia no item "hh", letra "a") não se aplica aos casos de multa cominatória.

Assim sendo, a nosso ver, restou comprovado que a multa foi aplicada corretamente, nos termos da Instrução CVM nº 452/07, tendo em vista que: (i) o e-mail de alerta foi enviado em 30.06.10 (fls.11); e (ii) a BIOMM S.A. somente encaminhou o FORM.REFERÊNCIA/2010, via Sistema Empresas.net, em 07.10.10 (fls.16).

Isto posto, somos pelo indeferimento do recurso apresentado pela BIOMM S.A., pelo que encaminhamos o presente processo a essa Superintendência Geral, para posterior envio ao Colegiado para deliberação, nos termos do art. 13 da Instrução CVM nº 452/07.

Atenciosamente,

KELLY LEITÃO SANGUINETTI

Analista

De acordo

FERNANDO SOARES VIEIRA

Superintendente de Relações com Empresas

Em Exercício