

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

BIOMM S.A.

Processo CVM RJ-2011-1271

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto intempestivamente, em 01.02.10, pela BIOMM S.A., registrada na categoria A desde 01.01.10, contra aplicação de multa cominatória no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), pelo não envio, até 14.12.10, do documento 2º ITR/2010, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº27/11, de 12.01.11 (fls.11).

A Companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls.02/10):

- a. "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 2º ITR/2010 previsto no art, 21, inciso V da Instrução CVM nº 480/2009'";
- b. conforme disposto no artigo 29, inciso II da Instrução CVM nº 480/2009 ('ICVM 480'), a Companhia é obrigada a enviar à CVM o ITR em até 1 mês contado da data de encerramento de cada trimestre";
- c. "o envio do ITR 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";
- d. "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";
- e. "no caso em tela, contudo, será demonstrado o descabimento da aplicação de multa cominatória, pelos fundamentos abaixo aduzidos:
 - a. não foi dirigida à Companhia a comunicação alertando sobre a incidência da multa cominatória, exigência prevista no art. 3º da ICVM 452 e condição para a aplicação de multa por atraso na entrega de Informação Periódica;
 - b. não foi possível elaborar o 2º ITR/2010 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 2º ITR/2010;
 - 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 cienteifique 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";
- c. "a racionalidade detrás da exigência de comunicação prévia fundamenta-se no artigo 9º, inciso II da Lei 6.385/76, o qual determina que a CVM tem competência para intimar a Companhia a prestar informações e, ante o descumprimento, aplicar multas";
- d. "a aplicação de multas sem a comunicação prévia e regular, além de claro desrespeito ao disposto na ICVM 452, configuraria, principalmente, uma infração à lei";
- e. "destarte, a multa somente começa a fluir após a interpelação prévia e regular da Companhia";
- f. "todavia, a Companhia não recebeu qualquer comunicação alertando sobre a não-apresentação do 2º ITR/2010";
- g. "a inexistência da comunicação prévia impede a aplicação da multa pela CVM. Nesse sentido, a própria ICVM 452 assevera em seu artigo 6º:

'É vedada a aplicação da multa ordinária: I - caso a obrigação de prestação de informação seja cumprida com atraso, mas antes da comunicação de que tratam os arts. 3º e 4º";
- h. "inválida, portanto, a aplicação de multa pelo atraso no envio da Informação Periódica prevista no OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº27/11";
- i. "em atendimento à regulamentação da CVM e à legislação, em especial ao disposto no § 2º, artigo 29 da ICVM 480, o ITR da Companhia deve conter informações contábeis consolidadas";
- j. "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";

- k. "desde a constituição 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";
- l. "assim, a elaboração intempestiva do 2º ITR/2010 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";
- m. "destacadas essas condições extraordinárias nas quais a Companhia está inserida fica evidente a inadequabilidade e desproporcionalidade da multa cominatória aplicada";
- n. "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";
- o. "isto posto, a participação da Companhia no mercado é irrelevante e, portanto, o atraso no 2º ITR/2010 não é passível de causar qualquer impacto significativo no mercado acionário brasileiro, consubstanciando a inadequabilidade e desproporcionalidade da multa aplicada";
- p. "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";
- q. "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.
- r. "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";
- s. "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";
- t. "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";
- u. "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";
- v. "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";
- w. "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 nº 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";
- x. "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 2º ITR/2010, a Companhia seja multada em valores tão elevados";
- y. "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";
- z. "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";
- aa. "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";
- ab. "a multa é inválida visto que não houve comunicação regular da CVM, conforme determina o artigo 3º da ICVM 452";

- ac. "*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
- ad. "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 intempetividade 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 2º ITR/2010 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/Nº271/11, 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).

O **Formulário de Informações Trimestrais - ITR**, nos termos do inciso II do art. 29 da Instrução CVM nº 480/09, deve ser entregue pelo emissor no prazo de 1 (um) mês contado da data de encerramento de cada trimestre. Entretanto, o art. 65 da referida Instrução dispõe que o prazo de que trata o inciso II do art. 29 será de 45 (quarenta e cinco dias) até 31.12.11.

Cabe destacar que **não** há, na Instrução CVM nº 480/09, qualquer dispositivo que permita, à Companhia, entregar em atraso suas informações periódicas, nas quais se inclui o Formulário de Informações Trimestrais - ITR.

No presente caso, a Companhia, até o momento, **não** encaminhou o Formulário 2º ITR/2010.

Ademais, é importante ressaltar que:

- a. ao contrário do alegado pela Biommm, foi encaminhada, à Companhia, a comunicação específica prevista no art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 (fls.12);
- 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 2º ITR/2010;
- 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 16.08.10 (fls.12); e (ii) a Companhia, até o momento, não encaminhou o Formulário 2º ITR/2010.

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

Interino