

**ASSUNTO:** Recurso contra aplicação de multa cominatória

CONSTRUTORA TENDA S.A.

Processo CVM RJ-2011-8139

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto, intempestivamente, em 08.07.11, pela CONSTRUTORA TENDA S.A., registrada na categoria A de 01.01.10 a 09.06.10 e na categoria B desde então, contra a aplicação de multa cominatória, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), pelo não envio, até 06.09.10, do documento **PROP.CON.AD.AGO/2009**, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº 295/10, de 17.09.10 (fls.18).

A companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls.02/13):

- a. "o presente recurso é tempestivo porque a Companhia não foi intimada da aplicação da multa cominatória, já que o Ofício respectivo foi enviado para endereço errado";
- b. "com efeito, em 02.03.2009, o Conselho de Administração da Companhia deliberou alterar sua sede da Rua Gomes de Carvalho, nº 1.507, Bloco B, 5º andar, para a Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº 1.376, 9º andar, a partir do dia seguinte, 03.03.2009 (doc. 1)";
- c. "no Formulário IAN da Companhia referente a 31.12.2007, e que foi atualizado pela última vez em 20.05.2009, já se encontra o endereço atual. No Formulário IAN referente a 31.12.2008, atualizado pela última vez em 25.02.2010, também se encontrava o endereço correto (doc. 2)";
- d. "o Ofício para a Companhia a respeito da multa em questão está datado de 17.09.2010, mais de um ano depois da última atualização do Formulário IAN de 2007 e inclusive do Formulário IAN de 2008, porém foi enviado para o endereço antigo da Companhia";
- e. "dessa forma, a Companhia só tomou conhecimento da existência de multa cominatória após ter sido informada da existência de restrição em seu nome no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal ('CADIN') e de ter diligenciado junto a essa CVM para obter informações a respeito";
- f. "neste contexto, evidentemente o prazo para apresentação de recurso contra a decisão da CVM de aplicar a multa cominatória sequer teve início, tendo em vista que não houve intimação da Companhia a respeito";
- g. "note-se, por fim, que o e-mail enviado à Companhia informando o suposto atraso na informação periódica (devidamente respondido como mencionado adiante), não supre a falta de intimação da aplicação da multa, tendo em vista que: (i) a Companhia esclareceu que não estava obrigada a enviar o documento, não tendo motivos para acreditar que viesse a ser multada por isso e (ii) o próprio e-mail destacava que tinha apenas a finalidade de alertar a Companhia 'não cabendo recurso, que, se for o caso, poderá ser interposto somente quando e se informada a aplicação da multa cominatória';
- h. "desse modo, deve ser reconhecido como tempestivo o presente recurso, pois até e momento a Companhia não foi intimada da aplicação da multa cominatória";
- i. "a multa aplicada à Companhia é indevida. Com efeito, em dezembro de 2009 as ações de emissão da Tenda foram incorporadas pela Gafisa S/A, que passou a ser a única acionista da Recorrente";
- j. "dessa forma, a Tenda se tomou e continua a ser subsidiária integral da Gafisa S.A. Em se tratando de companhia com um único acionista, não há necessidade sequer de prévia convocação da assembleia, já que a presença do acionista único corresponde à presença de todos os acionistas (art. 124, § 4º da Lei nº 6.404/76). Não há, por outro lado, acionistas minoritários, aos quais se destina a norma que determina a divulgação da proposta da administração";
- k. "nesse sentido, a Companhia entrou em contato com essa Autarquia para confirmar ser suficiente a divulgação apenas da ata da assembleia, e seu entendimento também foi confirmado. Posteriormente, recebeu e-mail informando suposto atraso no envio da proposta, e respondeu esclarecendo que não entendia necessário, conforme anteriormente confirmado junto a essa CVM, disponibilizar a proposta da administração";
- l. "dessa forma, não há justificativa para exigir a divulgação de proposta da administração pela Companhia, como já reconheceu o Colegiado dessa CVM";
- m. "esta questão foi apreciada recentemente em caso análogo pelo Colegiado da CVM, no qual foi cancelada a multa aplicada ao BNDES Participações S.A. ('BNDESPAR'), igualmente subsidiária integral, pelo não envio do mesmo documento de que se trata o presente recurso:

'Trata-se do pedido de reconsideração de BNDES Participações S.A. BNDESPAR da decisão do Colegiado de 28.12.10, que manteve a multa cominatória aplicada pela Superintendência de Relações com Empresas - SEP decorrente do não envio no prazo regulamentar da proposta da administração para a Assembleia Geral Ordinária ('AGO') referente ao exercício social de 2009, como estabelecido no art. 21, inciso VIII, da Instrução 480/09 ('Instrução').

Em seu pedido, o BNDESPAR reiterou o argumento de que não lhe seria aplicável a exigência contida no art. 21, inciso VIII, da Instrução, por ser uma companhia subsidiária integral, tendo por único acionista o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES. Em vista disso, não seria razoável nem proporcional a obrigatoriedade de divulgação da proposta da administração, uma vez que a finalidade seria a tutela do direito de voto dos acionistas minoritários da companhia, que, no seu caso, não existem'.

'A Presidente Maria Helena apresentou declaração de voto, ressaltando que, após examinar novamente os autos, se convenceu da necessidade de rever a decisão anterior de modo a evitar a imposição ao BNDESPAR de uma exigência sem sentido e, portanto, injurídica. Segundo a Presidente, como o BNDESPAR não realizou AGO no exercício de 2010 e sequer a isto estava obrigado em razão, basicamente, da sua condição de subsidiária integral, não haveria motivo de ordem jurídica ou fática para se exigir a divulgação da proposta da administração para essa assembleia'.

'Segundo a Presidente, as companhias abertas que, por serem subsidiárias integrais, deixarem legitimamente de realizar assembleias gerais ordinárias não estão obrigadas a cumprir a exigência do art. 21, inciso VIII, de divulgação pelo sistema IPE da proposta que a administração teria para essa assembleia.'

'Com base no voto apresentado pela Presidente Maria Helena Santana, o Colegiado deliberou pelo acolhimento do pedido de reconsideração, cancelando a multa aplicada ao BNDES Participações S.A. - BNDESPAR pela Superintendência de Relações com Empresas - SEP em razão da não entrega, no prazo regulamentar, da proposta da administração para a AGO referente ao exercício de 2009.' (Pedido de Reconsideração de Decisão do Colegiado - Multa Cominatória - BNDES PARTICIPAÇÕES S.A. - BNDESPAR - PROC. RJ2010/15508, j. em 12.01.2011)";

n. "com efeito, não teria sentido nenhum exigir o documento se não há razão para tanto, e nesse contexto vale transcrever trecho do voto da Presidente Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana no citado Processo:

'4. Ao examinar novamente tais considerações, convenci-me de que a decisão do Colegiado, que denegou o recurso interposto pelo BNDESPAR, deva ser revista para se evitar a imposição à Companhia de exigência desprovida de sentido e, mais do que isso, injurídica. Afinal, se o BNDESPAR sequer precisava realizar AGO no exercício de 2010 em razão, basicamente, da sua condição de subsidiária integral, não há motivo de ordem jurídica ou fática para se exigir a divulgação da proposta da administração para essa assembleia.

5. A meu ver, em nada altera essa conclusão o fato de o Estatuto Social do BNDESPAR atribuir ao Conselho de Administração a obrigação de se manifestar sobre o Relatório Anual da Diretoria, as demonstrações financeiras do exercício e as propostas de destinação de resultados. Ainda que tal manifestação pudesse ser interpretada como uma espécie de proposta da administração, não haveria por que tomar obrigatória a sua divulgação por meio do sistema IPE, uma vez que o BNDESPAR não realizou AGO no exercício de 2010 e sequer a isto estava obrigado. Não há, portanto, cabimento a aplicação do disposto no art. 21, inciso VIII, da Instrução 480/09.

6. É verdade que a referida Instrução não excepciona textualmente as subsidiárias integrais do cumprimento do disposto no art. 21, inciso VIII. No entanto, tal dispositivo deve ser interpretado e aplicado tendo em vista o sistema jurídico como um todo, especialmente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que regem a atividade da Administração Pública Federal. Daí porque acredito que as companhias abertas que, por serem subsidiárias integrais, deixarem legitimamente de realizar assembleias gerais ordinárias não estão obrigadas a cumprir a exigência do art. 21, inciso VIII, de divulgação pelo sistema IPE da proposta que a administração teria para essa assembleia.

Por essas razões, voto pelo acolhimento do pedido de reconsideração, devendo-se cancelar a multa aplicada ao BNDESPAR pela Superintendência de Relações com Empresas - SEP em razão da não entrega, no prazo regulamentar, da proposta da administração para a AGO referente ao exercício de 2009";

o. "enfim, se a Companhia que é subsidiária integral sequer está obrigada a fazer o principal (assembleia) está também, por óbvio, desobrigada do acessório (divulgação de proposta da administração). Não havia, enfim, acionistas minoritários, de modo que a divulgação da proposta da administração era efetivamente desnecessária";

p. "por tais razões, entende a Recorrente ser o caso de cancelamento da multa indevidamente aplicada";

q. "nesse sentido, recordar que quando a Companhia recebeu e-mail informando o suposto atraso na informação periódica, respondeu esclarecendo que não havia necessidade de envio no caso, e não recebeu à época nenhuma orientação em sentido contrário dessa CVM (doc. 3)";

r. "a Companhia requer, adicionalmente, a imediata suspensão da inscrição relativa à multa cominatória ora questionada no CADIN";

s. "é importante destacar que tal requerimento não depende da apreciação do mérito do presente recurso";

t. "isto porque a inscrição no CADIN só seria cabível depois de pelo menos 30 dias da interposição do recurso ou, mesmo na hipótese de sua não interposição, 30 dias após o término do prazo para tanto, conforme previsto na Deliberação CVM nº 501/06";

u. "como o prazo para recurso não teve início, tendo em vista a inexistência de intimação quanto à aplicação da multa cominatória, a inscrição no CADIN é indevida, sendo de rigor seu imediato cancelamento";

v. "por fim, a Companhia solicita que este recurso seja recebido com efeito devolutivo e suspensivo, não incidindo juros de mora na cobrança da multa cominatória, nos termos do art. 13 da Instrução CVM nº 472/08";

w. "a adequação da conduta da Companhia decorre de devida interpretação da legislação e da regulamentação aplicáveis, e seu entendimento já havia sido anteriormente manifestado a essa CVM por e-mail, sem que tenha recebido qualquer orientação em sentido contrário";

x. "desse modo, ainda que o Colegiado venha a mudar o entendimento neste caso - o que apenas para argumentar se admite - a Companhia não poderia ser penalizada, por ter agido com legítima convicção de não violar nenhuma norma";

y. "pelo exposto, a Companhia respeitosamente requer:

a) o conhecimento do presente recurso e de sua tempestividade, tendo em vista a inexistência de regular intimação prévia, a despeito de a Companhia ter informado seu endereço atualizado no Formulário IAN;

b) o provimento do presente recurso e o consequente cancelamento da multa cominatória aplicada, conforme precedente do Colegiado dessa CVM em caso análogo;

c) a imediata retirada da suposta dívida relativa à multa cominatória do CADIN, por não ter transcorrido o prazo para tanto, conforme a regulamentação dessa CVM; e

d) a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso".

#### Entendimento da GEA-3

Inicialmente, **cade** destacar que: (i) foi encaminhado, à companhia, o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº831/11, de 27.07.11, **indeferindo** o pedido de efeito suspensivo do recurso interposto (fls.20/21); (ii) o presente recurso refere-se ao documento **PROP.CON.AD.AGO/2009**.

O documento Proposta da Administração para a Assembleia Geral Ordinária – **PROP.CON.AD.AGO**, nos termos do artigo 21, inciso VIII, da Instrução CVM nº 480/09 (em vigor desde 01.01.10) combinado com o art. 133, inciso V, da Lei 6.404/76, e, no caso de companhias registradas na Categoria A (como a recorrente), arts. 9º, 10 e 12 da Instrução CVM nº481/09, deve ser entregue até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização regular da assembleia geral ordinária, não havendo, na legislação aplicável, qualquer hipótese de dispensa de seu envio.

Ressalta-se ainda que:

a. nos termos do §4º do art. 133 da Lei 6.404/76, o comparecimento da totalidade de acionistas na AGO (foi o caso da AGO da Construtora Tenda),

somente permite a entrega do documento **PROP.CON.AD.AGO** fora do prazo previsto no caput do artigo, se aquele documento for publicado (encaminhado via Sistema IPE) antes da realização da assembleia, o que não ocorreu.

- b. a Assembléia realizada em 30.04.10 (fls.24/27) aprovou as contas relativas ao exercício social findo em 31.12.09, bem como as Demonstrações Financeiras e demais documentos da administração O resultado do exercício foi totalmente absorvido por prejuízos acumulados, na forma do disposto no Art. 189 da Lei nº 6.404/76.
- c. constou, ainda, da ordem do dia da referida AGO: (i) a eleição de membros do Conselho de Administração; e (ii) a fixação da remuneração global dos membros dos administradores;
- d. como companhia classificada na Categoria A na data da referida Assembleia, no que se refere à destinação do resultado, a Recorrente deveria ter fornecido, no mínimo, as informações indicadas no Anexo 9-1-II da Instrução CVM nº 481/09 (conforme art. 9º da mesma Instrução). Com relação à eleição de membros do Conselho de Administração, a Companhia deveria fornecer, no mínimo, as informações indicadas nos itens 12.6 a 12.10 do formulário de referência, relativamente aos candidatos indicados ou apoiados pela administração ou pelos acionistas controladores (conforme art. 10 da Instrução CVM nº 481/09). No que se refere à remuneração dos administradores, a Construtora Tenda deveria ter fornecido, no mínimo, os seguintes documentos e informações: I- a proposta de remuneração dos administradores; e II- as informações indicadas no item 13 do Formulário de Referência (conforme dispõe o art. 12 da Instrução CVM nº 481/09) ;
- e. assim sendo, conforme disposto nos Ofícios-Circulares CVM/SEP/Nº01/10, de 19.01.10, e Nº04/11, de 15.03.11 e Manual do IPE (todos disponíveis no site da CVM), a companhia deveria ter encaminhado o documento PROP.CON.AD.AGO/2010, através do Sistema IPE, "Categoria: Assembleia"; "Tipo: AGO/E"; "Espécie: **Proposta da Administração**"; Assuntos: "**Comentários dos Administradores sobre a Situação Financeira da Companhia**", "**Destinação dos Resultados**" (para o item II do art. 132 da Lei nº 6.404/76), "**Eleição de membros dos Conselhos de Administração e Fiscal**" (para o item III do art. 132 da Lei nº 6.404/76) e "**Remuneração dos administradores e conselheiros**" (para o art. 152 da Lei nº 6.404/76);
- f. ao contrário do alegado pela Recorrente, o presente recurso é **intempestivo**, uma vez que OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº295/10 foi recebido em **24.01.11** (fls.18);
- g. apesar de a Recorrente informar que os dados cadastrais estavam atualizados no Formulário IAN, também era obrigação da Companhia atualizá-los por meio do Sistema CVMWEB. Nesse sentido, o OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SEP/Nº002/10, de 02.03.10, informava que, excepcionalmente até 31.05.10, os emissores deveriam continuar atualizando seus dados cadastrais, junto à CVM, por meio do Sistema de Atualização Cadastral (CVMWEB), com exceção dos dados do DRI que continuariam sendo atualizados por meio do Sistema IPE;
- h. com relação à alegação da Companhia de que seu caso é análogo ao do BNDESPAR (Processo CVM nº RJ-2010-15508), cabe destacar que, conforme Formulário de Referência 2011, quadro 15.3, a Construtora Tenda é uma subsidiária integral, nos termos da lei, por possuir apenas um acionista, a Gafisa S.A. (fls.28). Seus Conselheiros, assim como os conselheiros do BNDESPAR, não possuem ações. No entanto, a Construtora Tenda S.A. realizou AGO, ao contrário do BNDESPAR que deixou legitimamente de realizar a assembleia.

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 31.03.10 (fls.19); e (ii) a CONSTRUTORA TENDA, até a presente data, **não** encaminhou o documento **PROP.CON.AD.AGO/2009**.

Isto posto, sugerimos o **indeferimento** do recurso apresentado pela CONSTRUTORA TENDA, 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

PATRICK VALPAÇOS FONSECA LIMA

Gerente de Acompanhamento de Empresas 3

De acordo,

FERNANDO SOARES VIEIRA

Superintendente de Relações com Empresas