

Assunto: Recurso contra decisão da SRE que desconsiderou o aditamento ao edital de OPA de Diagnósticos da América S.A. - Processo CVM nº RJ-2014-783

Senhor Superintendente,

Trata-se de expedientes protocolados nesta CVM em 24/01/2014 (fls. 108 a 130) e 27/01/2014 (fls. 131 a 135), por meio dos quais a ofertante da oferta pública voluntária de aquisição de ações ordinárias de emissão de Diagnósticos da América S.A. ("OPA"), de que trata o art. 257 da Lei nº 6.404/76 ("LSA"), interpôs recurso, com requerimento de efeito suspensivo, contra decisão da Superintendência de Registro de Valores Mobiliários que desconsiderou o aditamento, publicado em 22/01/2014, ao edital de OPA publicado em 23/12/2013 ("Edital").

Conforme o Edital, a OPA tem como objeto até a totalidade das ações ordinárias de emissão de Diagnósticos da América S.A. ("DASA"), excetuando-se aquelas já detidas pelos acionistas da ofertante, e sua eficácia estaria condicionada à adesão por acionistas que representassem uma quantidade de mínima de 26,41% mais 1 ação, nos termos do inciso V do art. 2º da Instrução CVM nº 361/02 ("Instrução CVM 361").

A propósito, a ofertante da OPA de DASA é a Cromossomo Participações II S.A. ("Recorrente"), companhia cujas ações representativas de seu capital social são 100% de propriedade do Sr. Godoy Bueno e da Sra. Dulce Pugliese de Godoy Bueno, os quais conjuntamente detêm, aproximadamente, 23,59% do total das ações ordinárias de emissão de DASA, e, em caso de sucesso na OPA, atingiriam pelo menos 50% + 1 ação ordinária de DASA, o que lhes asseguraria o controle da companhia.

Em 22/01/2014, foi publicado um aditamento ao Edital, no qual constava renúncia à condição de eficácia de oferta supracitada, o que levou à sua desconsideração por esta área técnica, por entender que a renúncia a tal requisito legal não seria uma faculdade do ofertante.

Assim, a decisão da SRE, quanto à referida desconsideração do aditamento ao Edital, publicado em 22/01/2014, foi comunicada ao Recorrente por meio do OFÍCIO/CVM/SRE/GER-1/Nº 16/2014 (fls. 79 e 80), datado de 22/01/2014.

O requerimento de efeito suspensivo quanto à decisão supra foi deferido por esta área técnica, que suspendeu a contagem de prazo de que trata o §1º do art. 12 da Instrução CVM 361, e comunicado ao Recorrente por meio do OFÍCIO/CVM/SRE/GER-1/Nº 19/2014 datado de 22/01/2014 (fls. 95 e 96), de acordo com o que preceitua o disposto no inciso V da Deliberação CVM nº 463/03 ("Deliberação CVM 463").

Ademais, de acordo com o teor dos protocolos de interposição de recurso supracitados, ressaltamos que os mesmos serão tratados neste Memorando como pedido de formulação de uma única OPA ("OPA Unificada") nos termos do § 2º do art. 34 da Instrução CVM nº 361/02 ("Instrução CVM 361"), com as seguintes finalidades: (i) voluntária, nos termos dos incisos IV da Instrução CVM 361; e (ii) para aquisição de controle, nos termos do inciso V, ambos do art. 2º da mesma Instrução.

Conforme descrito em detalhes na seção "II. Alegações do Recorrente", abaixo, teria havido com a publicação do aditamento ao Edital, segundo o Recorrente, na prática, a transformação da OPA original em duas OPA: aquela que já existia e estava em curso, visando à aquisição de controle da companhia, nos termos do inciso V da Instrução CVM 361, e uma OPA voluntária simples, nos termos do inciso IV do art. 2º da mesma Instrução.

Dessa forma, o Recorrente pede, em seu pleito, a autorização da CVM para a formulação de uma única oferta, por meio da unificação das ofertas voluntárias a que se referem os incisos IV e V do art. 2º da Instrução CVM 361 e que sejam seguidos os prazos da OPA original (conforme edital publicado em 23/12/2013), respeitando-se o período de que trata o §1º do art. 12 da Instrução CVM 361.

I. ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

- 1.1 A recorrente primeiramente protocolou expediente (fls. 108 a 130) em 24/01/2014, no qual tratava da cumulatividade das ofertas, entre outros pontos que julgou relevante.
- 1.2 Em 27/01/2014, protocolou novo expediente (fls. 131 a 135) no qual fundamenta seu pleito de formulação de uma única OPA, nos termos do §2º do art. 34 da Instrução CVM 361.
- 1.3 Dessa forma, transcrevemos abaixo as alegações apresentadas pelos Recorrentes no expediente protocolado em 27/01/2014, fundamentando seu pleito, com os grifos originais:

"1 Das razões que fundamentam o pedido

1.1 Dos fatos

(...), o Ofertante lançou oferta pública voluntária de aquisição de ações para aquisição do controle da DASA ("OPA Original"). A OPA Original estava sujeita a condição de que o Ofertante adquirisse uma quantidade mínima de ações que lhe assegurasse o controle majoritário da DASA (respectivamente, "Condição" e "Quantidade Mínima de Ações").

Em 22 de janeiro de 2014, anteriormente à realização do leilão da OPA de Aquisição de Controle, por razões que estão descritas no Recurso, o Ofertante decidiu renunciar à Condição, mas manteve todas as demais condições da OPA Original, e publicou o Aditamento.

O Recurso informa ainda que o Aditamento, na medida em que renuncia a condição admite tanto a aquisição do controle majoritário da DASA, já que a quantidade de ações objeto da oferta continua a se até 100% das ações ordinárias de emissão da DASA; quanto a aquisição de quantidade de ações que não assegure o controle majoritário.

Desta forma, na prática, o Aditamento transformou a OPA Original em duas ofertas públicas de aquisição de ações ("OPA" ou "Oferta"): (i) a OPA Original, que já existia e estava em curso, nos termos do artigo 2º, V da Instrução CVM 361, no caso de, após o leilão, o Ofertante adquirir quantidade de ações que assegurem o controle majoritário da DASA; e (ii) uma OPA voluntária simples, nos termos do artigo 2º, IV da Instrução CVM 361, no caso de, após o leilão, o Ofertante não adquirir quantidade de ações que assegurem o controle majoritário da DASA.

Pode-se notar que a realização de ofertas unificadas é fato corriqueiro e aceito pela CVM, em especial companhias que frequentemente acumulam oferta pública por alienação de controle ("tag-along") com fechamento de capital, por exemplo.

1.2 Do fundamento legal

Nos termos do parágrafo 2.º do artigo 34 da Instrução 361:

"A CVM poderá autorizar a formulação de uma única OPA, visando a mais de uma das finalidades previstas nesta instrução, desde que seja possível compatibilizar os procedimentos de ambas as modalidades de OPA, e não haja prejuízo para os destinatários da oferta."

Da leitura desse dispositivo, depreende-se que os requisitos para a unificação de ofertas são (a) a ausência de prejuízo aos destinatários das ofertas e (b) a possibilidade de compatibilização dos procedimentos a elas aplicáveis.

1.2.1 Ausência de prejuízo para os destinatários da Oferta

No que tange ao requisito mencionado no item (a) acima, é importante ressaltar que a Oferta unificada alinha-se com o interesse dos destinatários, dado que ocorrerá a um só tempo e visará necessariamente o mesmo público-alvo.

A Oferta proporciona aos destinatários um evento que permite liquidez eficaz estendido a todos os acionistas da Companhia, de maneira uniforme -- a um preço justo e razoável, tal como confirmado pelo conselho de administração da DASA em sua manifestação favorável - sem pressão vendedora no preço, sendo de enorme interesse dos investidores e do mercado em geral. Ademais, não há qualquer prejuízo, seja de qualquer natureza, aos acionistas da Companhia.

Importante mencionar que a não unificação da Oferta traria custos desnecessários e adicionais à Ofertante, pois a obrigaria, entre outros, à realização de procedimentos separados, de publicação de editais, realização de leilões, além da contratação de instituição intermediária em dois momentos.

Pelos motivos acima -- adicionados às razões detalhadamente expostas no Recurso -- a Ofertante e Instituição Intermediária entendem que a conclusão da Oferta beneficiará tanto a DASA quanto a seus acionistas e, portanto, é do interesse de todos que seja concluída com sucesso e nos prazos originalmente aplicáveis a Oferta Original.

1.2.2 Compatibilização dos Procedimentos

No que concerne ao requisito de compatibilização dos procedimentos aplicáveis a cada uma das ofertas, a Ofertante esclarece que pretende adotar as seguintes regras de compatibilização:

(i) As regras e os princípios gerais aplicáveis a ofertas públicas de aquisição de ações, a saber: artigos 4º a 8ºA e 10º a 15ºB, conforme previstas na Instrução CVM 361; e (ii) As regras específicas aplicáveis a ofertas públicas voluntárias de aquisição de controle, a saber: artigo 257 e seguintes da Lei das Sociedades por Ações e artigo 32 da Instrução CVM 361.

Cumprido ressaltar que as regras apresentadas acima são complementares entre si e não trazem conflitos que poderiam expor os destinatários da Oferta a incertezas quando de sua tomada de decisão.

2 Do pedido

Ante os argumentos expostos acima e, com fundamento no disposto no artigo 34, parágrafo 2º, da Instrução CVM 361 e nos princípios de economia processual expostos no Recurso, a Ofertante e a Instituição Intermediária requerem sejam-lhes concedida, respeitosamente: (i) a autorização desta D. Comissão para a formulação de uma única oferta, por meio da unificação das ofertas voluntárias a que se referem os incisos IV e V, do artigo 2º, da Instrução CVM 361; e (ii) que sejam seguidos os prazos da OPA Original e autorizada a realização do leilão nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, inciso I da Instrução CVM 361, i.e., em 10 dias a contar da publicação do Aditamento.

(...)"

II. NOSSAS CONSIDERAÇÕES

2.1 A OPA para aquisição de controle, conforme formulada pela ofertante e publicada em Edital datado de 23/12/2013, é aquela tratada pela LSA, nos seguintes termos de seu art. 257, conforme abaixo:

LSA - "Art. 257. A oferta pública para aquisição de controle de companhia aberta somente poderá ser feita com a participação de instituição financeira que garanta o cumprimento das obrigações assumidas pelo ofertante.

§ 1º Se a oferta contiver permuta, total ou parcial, dos valores mobiliários, somente poderá ser efetuada após prévio registro na Comissão de Valores Mobiliários.

§ 2º A oferta deverá ter por objeto ações com direito a voto em número suficiente para assegurar o controle da companhia e será irrevogável.

§ 3º Se o ofertante já for titular de ações votantes do capital da companhia, a oferta poderá ter por objeto o número de ações necessário para completar o controle, mas o ofertante deverá fazer prova, perante a Comissão de Valores Mobiliários, das ações de sua propriedade.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários poderá expedir normas sobre oferta pública de aquisição de controle." (grifos nossos)

2.2 A OPA para aquisição de controle deve atender, ainda, aos seguintes requisitos previstos no art. 32 da Instrução CVM 361:

"A OPA voluntária para a aquisição do controle de companhia aberta, de que trata o art. 257 da Lei 6.404/76, somente dependerá de registro na CVM caso envolva permuta por valores mobiliários, e observará o seguinte:

I - aplicam-se o procedimento geral e o procedimento especial aplicáveis a qualquer OPA voluntária, e ainda os requisitos desta seção;

II - deverão ser divulgadas pelo ofertante as mesmas informações exigidas para a OPA por alienação de controle, se estiverem à sua disposição; e

III - a OPA deverá ter por objeto, pelo menos, uma quantidade de ações capazes de, somadas às do ofertante, de pessoas a ele vinculadas, e que com ele atuem em conjunto, assegurar o controle de companhia aberta." (grifos nossos)

2.3 Dos dispositivos legal e normativo acima, nota-se que a oferta pública para aquisição de controle deve ter por objeto ações em número suficiente para assegurar o controle da companhia.

2.4 Tais requisitos foram observados no Edital de OPA de DASA, no qual destacamos os seguintes trechos (itens 1.1, 1.4 e 1.7 do Edital):

"1.1. Fundamento Legal:

A Oferta está sendo realizada nos termos do artigo 257 da Lei das Sociedades por Ações, bem como nos termos do artigo 2º, inciso V, da Instrução CVM 361.

1.4. Ausência de Registro da Oferta:

Nos termos do artigo 257 e seguintes da Lei das Sociedades por Ações e do parágrafo 1º, artigo 2º da Instrução CVM 361, a Oferta objeto deste Edital não está sujeita a registro perante a CVM. A Oferta observará, no que for aplicável, o procedimento geral estabelecido nos artigos 4º a 8º-A, 10 a 12 e 14 a 15-B da Instrução CVM 361, conforme determinado pelo parágrafo 2º, artigo 2º da Instrução CVM 361.

1.7. Ações Objeto da Oferta:

A Ofertante concorda em adquirir, por meio da Instituição Intermediária, a quantidade total de 311.803.015 (trezentos e onze milhões, oitocentos e três mil e quinze) Ações, que correspondem à totalidade das ações ordinária de emissão da DASA, observada a quantidade mínima de 82.362.124 (oitenta e dois milhões, trezentas e sessenta e duas mil e cento e vinte e quatro) ações, correspondentes a 26,41% (vinte e seis vírgula quarenta e um por cento) mais 1 (uma) ação do capital social da DASA, listadas no segmento de Novo Mercado da BM&FBOVESPA .”

- 2.5 Do exposto no Edital de OPA de DASA, notamos que foi definido percentual mínimo de ações que, nos termos do § 2º do art. 257 da LSA, seriam *em número suficiente para assegurar o controle da companhia*”, haja vista que, tal percentual mínimo de ações, somados ao percentual de ações hoje detidos pelos controladores da ofertante, os levaria a uma participação de 50% + 1 ação, o que garantiria o controle majoritário da Companhia.
- 2.6 Outro aspecto fundamental do disposto no § 2º do art. 257 da LSA é sua irrevogabilidade, ou seja, uma vez publicado o edital de OPA para aquisição de controle, a mesma não pode simplesmente deixar de ser realizada, tendo em vista o preceito legal.
- 2.7 O aditamento ao Edital, publicado em 22/01/2014, passou a conter a seguinte redação em seus itens 1.1, 1.4 e 1.7:
- “1.1 Fundamento legal.*
- A Oferta está sendo realizada nos termos do artigo 2º, inciso IV, da Instrução CVM 361.*
- 1.4 Ausência de registro da Oferta.*
- Nos termos do parágrafo 1º, artigo 2º da Instrução CVM 361, a Oferta objeto deste Edital não está sujeita a registro perante a CVM. A Oferta observará, no que for aplicável, o procedimento geral estabelecido nos artigos 4º a 8º-A, 10 a 12 e 14 a 15-B da Instrução CVM 361, conforme determinado pelo parágrafo 2º, artigo 2º da Instrução CVM 361.*
- 1.7 Ações objeto da Oferta.*
- A Ofertante concorda em adquirir, por meio da Instituição Intermediária, a quantidade total de 311.803.015 (trezentos e onze milhões, oitocentos e três mil e quinze) Ações, que correspondem à totalidade das ações ordinárias de emissão da DASA, listadas no segmento de Novo Mercado da BM&FBOVESPA (“Novo Mercado”), sob o código DASA3.”*
- 2.8 Assim, a nosso ver, o aditamento ao Edital contrariou os preceitos legais ao suprimir requisitos, tais como a *“quantidade mínima de ações”* a que se refere o § 2º do art. 257 da LSA e outras remissões à mesma Lei.
- 2.9 Ademais, o aditamento ao Edital alterou ainda a modalidade de OPA em curso, suprimindo referências à OPA para aquisição de controle, nos termos do inciso V do art. 2º da Instrução CVM 361 e conforme publicado em 23/12/2013, para fazer referência somente à OPA voluntária, nos termos do inciso IV do art. 2º da mesma Instrução, o que na prática, foi uma revogação de uma OPA irrevogável, nos levando então à desconsideração daquele aditamento.
- 2.10 Em relação à unificação de OPA ora proposta, em nível de recurso, pela ofertante, seria formulada uma única OPA (*“OPA Unificada”*) com as seguintes finalidades: (i) voluntária, nos termos dos incisos IV da Instrução CVM 361; e (ii) para aquisição de controle, nos termos do inciso V, ambos do art. 2º Instrução CVM 361, conforme segue abaixo:
- “Art. 2º Inciso IV – OPA voluntária: é a OPA que visa à aquisição de ações de emissão de companhia aberta, que não deva realizar-se segundo os procedimentos específicos estabelecidos nesta Instrução para qualquer OPA obrigatória referida nos incisos anteriores;*
- Art. 2º Inciso V – OPA para aquisição de controle de companhia aberta: é a OPA voluntária de que trata o art. 257 da Lei 6.404/76;”*
- 2.11 A OPA voluntária de que trata o inciso IV do art. 2º da Instrução CVM 361, consistiria em OPA cujo objeto seria as ações ordinárias de emissão de DASA em quantia inferior àquela constante como quantidade mínima, nos termos do § 2º do art. 257 da LSA e originalmente publicado em 23/12/2013, e seria concretizada caso a OPA para aquisição de controle não atingisse tal quantidade mínima, enquanto demais procedimentos para as duas OPA seriam compatíveis.
- 2.12 A possibilidade de unificação de OPA é prevista pela Instrução CVM 361, no § 2º de seu art. 34, conforme listado abaixo:
- “Art. 34 §2º A CVM poderá autorizar a formulação de uma única OPA, visando a mais de uma das finalidades previstas nesta instrução, desde que seja possível compatibilizar os procedimentos de ambas as modalidades de OPA, e não haja prejuízo para os destinatários da oferta.”*
- 2.13 Do disposto acima, nota-se que, para ser possível a formulação de uma única OPA visando a mais de uma finalidade, dois quesitos precisam ser observados: deve ser possível a compatibilização dos procedimentos de ambas as modalidades de OPA e não deve haver prejuízo para os destinatários da oferta.
- 2.14 Quanto à ausência de prejuízo para os destinatários da oferta, vale ressaltar que a OPA Unificada, conforme destacou a ofertante, alinha-se com o interesse de seus destinatários, pois ocorrerá a um só tempo e terá o mesmo público-alvo, além de criar um evento de liquidez estendido a todos os acionistas da companhia, de maneira uniforme.
- 2.15 Quanto à compatibilização de procedimentos, deve ser cumprido, no caso da OPA para aquisição de controle, as regras específicas aplicáveis a ofertas públicas voluntárias de aquisição de controle, a que são o art. 257 da LSA e o art. 32 da Instrução CVM 361, enquanto que para a OPA voluntária devem ser seguidos, no que couber, os artigos 4 a 8-A e 10 a 15-B da Instrução CVM 361.
- 2.16 Não obstante, procedimentos mais rígidos de cada modalidade de OPA devem ser observados em uma OPA Unificada. Entre tais procedimentos, no caso concreto, destaca-se o fato de a ofertante não poder elevar o preço no leilão, nos termos do § 7º do art. 12 da Instrução CM 361, dado que uma das modalidades da OPA Unificada é para aquisição de controle.
- 2.17 Conforme se observa, tais requisitos são complementares e não trazem prejuízo ou incertezas aos destinatários da OPA, razão pela qual somos favoráveis à formulação de uma única OPA, nos termos propostos.
- 2.18 Em seu recurso, a ofertante ainda solicita que para a OPA Unificada sejam observados os prazos da OPA para aquisição de controle, conforme previstos no Edital.
- 2.19 Em relação a esse prazo, somos favoráveis à manutenção da contagem do prazo original para a OPA Unificada, ou seja, fluindo a partir da publicação do Edital, dado que já havia informação ao mercado sobre OPA de DASA desde aquela data e que os procedimentos de ambas as modalidades de OPA são compatíveis e que a unificação de OPA não traz prejuízo para os destinatários da oferta.
- 2.20 Dessa forma, os prazos para realização da OPA Unificada começariam a fluir da data de 23/12/2013, data de publicação do Edital, respeitando-se o que preceitua o § 1º do art. 12 da Instrução CVM 361 e tendo em consideração o requerimento de efeito suspensivo deferido por esta área técnica e a necessidade de publicação de um aditamento ao Edital, dando ampla publicidade ao edital de OPA Unificada.
- 2.21 Por fim, a conjugação do prazo de que trata o § 1º do art. 12 da Instrução CVM 361, com o prazo mínimo de 10 dias antes do término da oferta como limite para a publicação de aditamento ao edital de OPA, inclusive quanto a eventual aumento de preço, devem

observar o disposto no § 1º do art. 261 da LSA, conforme transcrito abaixo:

“Art. 261. § 1º É facultado ao ofertante melhorar, uma vez, as condições de preço ou forma de pagamento, desde que em porcentagem igual ou superior a 5% (cinco por cento) e até 10 (dez) dias antes do término do prazo da oferta; as novas condições se estenderão aos acionistas que já tiverem aceito a oferta.”

III- CONCLUSÃO

3.1 Tendo em vista todo o acima exposto, propomos o envio do presente Processo ao SGE, a fim de que o pleito em tela seja submetido à apreciação do Colegiado da CVM, tendo esta SRE/GER-1 como relatora do caso, ressaltando que somos favoráveis:

- à formulação de uma única OPA de Diagnósticos da América S.A, com as seguintes finalidades: (i) voluntária, nos termos dos incisos IV da Instrução CVM 361; e (ii) para aquisição de controle, nos termos do inciso V, ambos do art. 2º da Instrução CVM 361; e
- à realização de leilão de OPA Unificada sem que a OPA de que trata o inciso IV do art. 2º da Instrução CVM 361 observe o prazo que consta do §1º do art. 12 da Instrução CVM 361, tendo em vista que o prazo para a OPA para aquisição de controle já se encontra em curso, de acordo com o Edital, e que os procedimentos de ambas as modalidades de OPA são compatíveis e que a unificação de OPA não traz prejuízo para os destinatários da oferta.

Atenciosamente,

(original assinado por)

GUSTAVO LUCHESE UNFER

Gerente de Registros

(em exercício) -1

Ao SGE, de acordo com a manifestação da GER-1.

(original assinado por)

REGINALDO PEREIRA DE OLIVEIRA

Superintendente de Registro de Valores Mobiliários