

ASSUNTO: RECURSO CONTRA MULTA COMINATÓRIA

INTERESSADA: AVESTRUZ MASTER AGRO-COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

RELATOR: DIRETOR WLADIMIR CASTELO BRANCO

RELATÓRIO

1. Trata-se de recurso interposto pela Avestruz Master Agro-Comercial Importação e Exportação Ltda. contra a aplicação, pela Superintendência de Fiscalização Externa - SFI, de multa no valor de R\$ 300.000,00, por infração à Deliberação CVM n.º 473/2004.

2. Em 01.12.2004, esta Autarquia editou a Deliberação CVM n.º 473, que resolveu:

"I – alertar os participantes do mercado de valores mobiliários e o público em geral que a empresa Avestruz Master Agro-Comercial Importação e Exportação Ltda. ("Avestruz Master") não se encontra registrada perante esta Comissão de Valores Mobiliários – CVM como companhia aberta, não estando, portanto, habilitada a oferecer publicamente quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo, conforme definidos no inciso IX do art. 2o da Lei no 6.385, de 1976;

II – determinar à empresa referida no item I que se abstenha de efetuar oferta ao público de Cédulas de Produtor Rural – CPR representativas de vendas para entrega futura de aves, exceto se a empresa:

a) incluir, nas cédulas dos títulos e demais instrumentos contratuais utilizados, cláusula grafada em destaque, com expressa ressalva de que a empresa ou quaisquer outras empresas a ela ligadas, ou que com ela mantenham relação de natureza comercial, não se obriga a recomprar, do adquirente das CPR, as aves a ele alienadas por meio desse título;

b) se abstenha de utilizar o "Certificado de Garantia de Mercado", conforme cópia constante do anexo a esta Deliberação, ou quaisquer outros documentos semelhantes, contendo estipulações que possam configurar um compromisso de recompra, pela empresa ou por terceiros, das aves alienadas por meio de CPR;

c) se abstenha de fazer referência, nas CPR, em quaisquer outros instrumentos contratuais e em materiais de divulgação, a importâncias em dinheiro correspondentes ao valor futuro das aves comercializadas pela empresa; e

d) faça constar, em destaque, dos títulos, instrumentos contratuais e materiais de divulgação utilizados, a advertência de que a Avestruz Master e os investimentos por ela ofertados não são regulados ou fiscalizados pela CVM.

III – determinar à Avestruz Master que dê imediata ciência da presente Deliberação aos adquirentes de CPR e aos demais adquirentes das aves por ela comercializadas;

IV – alertar a Avestruz Master que a não observância das determinações contidas nos itens II e III sujeitá-la-á à imposição de multa cominatória máxima diária, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sem prejuízo de responsabilidade por eventuais infrações, com a imposição da penalidade cabível, nos termos do art. 11 da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976."

3. Em 30.03.2005, foi a Recorrente multada no valor de R\$ 300.000,00, " em razão da continuidade da prática irregular de emissão e colocação junto ao público de contratos assemelhados aos contratos de investimento coletivo, com a emissão de "Cédula de Produto Rural – CPR", pela empresa, e de "Contrato de Compra e Venda de Avestruzes", pelo abatedouro Struthio Gold, empresa ligada à primeira por controle comum, mediante o qual esta última empresa se obriga a comprar as aves quando do vencimento da CPR, caracterizando o descumprimento da deliberação CVM n.º 473/04" (fl. 17).

4. Embora vencida a multa desde 29.04.2005, a Avestruz Master Agro-Comercial Importação e Exportação Ltda. interpôs recurso neste Colegiado em 03.05.2005, com pedido de efeito suspensivo, solicitando fosse alterada a decisão de aplicação de multa, sustentando, em síntese, que (fl. 01-09):

- i. a penalidade de multa está eivada de vício formal, por não ter sido observado o devido processo legal antes de sua aplicação;
- ii. não há prova de que seja oferta ao público CPR representativas de vendas para entrega futura de aves atreladas a um contrato de compra e venda dessas aves com o Abatedouro Struthio Gold;
- iii. a Recorrente apenas procedeu à venda das CPR, sem garantir ao cliente uma futura recompra, o que não representa infração à Deliberação CVM n.º 473/2004, nem configura um CIC;
- iv. não há que se falar que a existência de venda para entrega futura e de contrato de compra e venda com o Abatedouro se assemelhe aos CIC, pois esses eram independentes, não sendo publicamente ofertados e só se realizando de forma independente e em conformidade com a vontade do cliente.

5. Diante do exposto, a Recorrente solicitou (i) a concessão de efeito suspensivo ao seu recurso, (ii) a nulidade da multa de R\$ 300.000,00, em função dos vícios formais que acompanharam a sua constituição; e (iii) subsidiariamente, a revogação do ato que aplicou a multa, por não haver prova suficiente de que a venda para entrega futura – formalizada por CPR – e o contrato de venda do Abatedouro assemelhem-se à oferta pública de CIC.

6. Após analisar o recurso, a SFI, por meio do MEMO/CVM/SFI/N.º 007/05 (fl. 19), manifestou-se no sentido de que deveria ser mantida a multa imposta à Recorrente, haja vista não haver dúvidas de que a empresa descumpriu os ditames da Deliberação CVM n.º 473/04, por continuar a emitir CPR de venda de aves para entrega futura com compromisso de recompra e por estar acenando rentabilidade, com base em tabela de preços veiculada em imprensa pelo abatedouro nos locais onde a Avestruz mantém escritórios de venda das CPR – como comprovam inspeções realizadas na Avestruz Master, no Abatedouro Struthio Gold, e nas "filiais" da Avestruz em Uberlândia (MG), Salvador (BA), Cuiabá (MT) e Recife (PE).

7. Por fim, a área técnica sugeriu fossem indeferidos os pleitos constantes do recurso interposto, exceto quanto ao pedido de efeito suspensivo.

8. Em 27.05.2005, mediante o OFÍCIO/CVM/SFI/N.º 007/05, a SFI comunicou à Avestruz Master o deferimento do pedido de efeito suspensivo formulado.

É o Relatório.

VOTO

9. A Recorrente sustenta, em síntese, não ter sido observado, na aplicação da multa, o devido processo legal, bem como não ter sido descumprida a Deliberação CVM n.º 473/2004.
10. Primeiramente, observo que a Lei n.º 6.385/76, nos incisos I a VIII de seu art. 11, apresenta o rol de penalidades passíveis de serem impostas pela CVM aos infratores das normas dessa Lei, da Lei de Sociedades por Ações, das suas Resoluções e de outras normas legais cujo cumprimento incumba a esta Autarquia fiscalizar.
11. A aplicação dessas penalidades – dentre as quais a de multa – depende da instauração de um procedimento administrativo que vise a apurar atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal, acionistas de companhias abertas, intermediários e demais participantes do mercado (cf. art. 11, § 4º (1) c/c art. 9º, incisos V e VI, e § 2º (2), da Lei n.º 6.385/76).
12. Além da multa a que alude o art. 11, a Lei n.º 6.385/76 prevê a cominação de multa por descumprimento do dever de prestar informações ou esclarecimentos à CVM (art. 9º, inciso II(3)) e de se abster da prática de atos especificados por esta Autarquia que prejudiquem o regular funcionamento do mercado (art. 9º, § 1º, inciso IV (4)).
13. Para a cominação dessas multas, impostas por inexecução de ordem da CVM, não se exige a instauração do procedimento administrativo indicado no art. 9º, *caput*, inciso V, da Lei n.º 6.385/76 (cf. art. 11, § 11, dessa Lei (5)).
14. A propósito, noto que, no âmbito do PARECER/CVM/SJU/N.º 019/79, a então Superintendência Jurídica desta Autarquia já havia se manifestado no sentido de que a multa diária por inexecução de ordem (antes prevista no § 2º do art. 11 (6) da Lei n.º 6.385/76 e que, com a edição da Lei n.º 9.457/97, passou a ser tratada, com nova redação, no § 11 desse artigo), não é penalidade segundo consenso doutrinário corrente, mas simples meio de coerção tendente a obter certo comportamento do sujeito passivo da obrigação, não estando sua aplicação condicionada a prévio inquérito administrativo.
15. De igual modo, no PARECER/CVM/SJU/N.º 1998/008, de 06.05.1998, a mesma Superintendência assinalou que a multa cominada por inexecução da ordem dada nos termos do art. 9º, inciso II, da Lei n.º 6.385/76 (a qual, vale lembrar, tem a mesma natureza da multa do art. 9º, § 1º, inciso IV, dessa lei), tem caráter cominatório, não possuindo natureza jurídica de penalidade, sendo modo de coerção sobre a vontade do administrado.
16. Ora, a multa objeto do presente processo não corresponde a uma penalidade em sentido estrito, tendo natureza cominatória, posto que imposta em função da não observância de ordem da CVM no sentido de sustar o exercício de atividade considerada perniciosa ao regular funcionamento do mercado de capitais (cf. art. 9º, § 1º, inciso IV, da Lei n.º 6.385/76), não dependendo, por conseguinte, da abertura de prévio inquérito administrativo.
17. Ademais, cumpre observar, apenas para que não restem dúvidas a respeito da constitucionalidade da Deliberação CVM nº 473/04, e da conseqüente aplicação de multa cominatória em decorrência de seu descumprimento, que as providências adotadas pela CVM não impõem total supressão do princípio do contraditório, mas tão-somente postergam a oitiva da Agravante.
18. Neste particular, noto que tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem a ação imediata da Administração sem a necessidade de prévio contraditório, quando o decurso do tempo possa inviabilizar a proteção ao bem jurídico que lhe caiba tutelar.
19. Dentro desta linha de raciocínio, urge registrar que o art. 45 da Lei nº 9.784/99 é expresso ao estabelecer que, em caso de risco iminente, "a administração pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado".
20. Assim, em casos como o presente, onde a urgência revela situações em que não é possível agir de outro modo, a legislação brasileira permite, expressamente, a adoção de medidas acauteladoras, sem a prévia audiência do interessado.
21. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, vale notar, já reconheceu, em diversas oportunidades, a possibilidade de postergação do contraditório nos casos em que a atuação preventiva da Administração se apresente indispensável. Veja-se, a propósito, a seguinte passagem da decisão proferida nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.097/ES:
- "I - A inspeção para apuração de irregularidades em Contadoria Judicial não oficializada equipara-se a uma sindicância administrativa, **procedimento prévio que segue um rito peculiar, cujo escopo é a investigação de pretensas faltas funcionais atribuídas ao sindicato, sendo desnecessária a observância de alguns princípios basilares e específicos do processo administrativo disciplinar.** Afinal, procedimento não se confunde com processo. Precedentes.*
- II - Os procedimentos para apuração de faltas disciplinares, previstos nos artigos 247 e 250 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Espírito Santo, não se aplicam a serventários de cartório judicial não oficializado, que exercem seu mister em regime de direito privado, por força de delegação de função pública. Assim, **não configura ofensa ao contraditório e ampla defesa, nem violação ao devido processo legal, a suspensão preventiva de serventário, decretada desde o início da inspeção judicial a fim de evitar prejuízo na colheita de provas e apuração dos fatos, afastamento desse que, inclusive, pode ser prorrogado por tempo indeterminado até a conclusão de ação disciplinar**" (grifei)*
22. Logo, diante da flagrante irregularidade da conduta da ora Recorrente, esta Autarquia, visando proteger os interesses de todos os potenciais investidores – muitas vezes hipossuficientes – contra emissões irregulares de valores mobiliários, editou a Deliberação CVM nº 473/04, a qual, além de alertar o público acerca dos fatos que chegaram ao seu conhecimento, determinou que a ora Recorrente se abstinhasse de efetuar a colocação de títulos ou contratos que conferissem um direito de remuneração aos investidores, sob cominação de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelo descumprimento dessa determinação.
23. É oportuno lembrar que a Deliberação CVM nº 473/04 representa o exercício regular da competência prevista no art. 9º, § 1º, inciso IV, da Lei nº 6.385/76, que dispõe:

"Art. 9º. (...)

§ 1º Com o fim de prevenir ou corrigir situações anormais do mercado, a Comissão poderá:

(...)

IV – proibir aos participantes do mercado, **sob cominação de multa**, a prática de atos que especificar, prejudiciais ao seu funcionamento." regular."

24. Parece fácil, portanto, inferir pela inexistência de vício que possa tornar inválido o ato administrativo exarado pela CVM que, diante das circunstâncias específicas do caso concreto e da grave ameaça de dano à coletividade, não pôde prescindir de outra medida que não a edição da Deliberação nº 473/04, tendo observado, para tanto, o devido processo legal aplicável à espécie.

25. Qualquer outra medida seria inócua, por não ser possível se assegurar e proteger contra uma irregularidade atribuindo-lhe uma continuidade.

26. Em situações como esta, a aplicação de multa cominatória em face do eventual descumprimento da determinação expedida pela CVM com base no art. 9º, § 1º, inciso IV, da Lei nº 6.385/76 deve se fazer de forma imediata, tendo em vista seu caráter preventivo e acautelatório, configurando medida destinada tão-somente a dissuadir o destinatário de uma tal determinação a dar continuidade à prática tida por irregular.

27. Nesse passo, observa-se que após a aplicação da multa decorrente da constatação, pela SFI, do descumprimento da Deliberação CVM nº 473/04, a empresa apresentou o presente recurso administrativo – ao qual, inclusive, foi deferido efeito suspensivo – impugnando a expedição deste ato, o que demonstra que o princípio do contraditório foi apenas temporariamente postergado.

28. Dessa forma, insta reiterar que a CVM, em momento algum, agiu fora dos limites impostos pela legislação, mas, ao contrário, tendo sempre pautado sua atuação pelo respeito às normas legais vigentes, bem como ao devido processo legal que se revelava aplicável à hipótese em comento.

29. Entendo, assim, que não procede o argumento da Recorrente de que não teria sido observado o devido processo legal.

30. Superada essa questão, cumpre analisar se foram efetivamente descumpridos os ditames da Deliberação CVM n.º 473, de 01.12.2004, que determinava, sob pena de cominação de multa diária no valor de R\$ 5.000,00, a imediata suspensão da emissão de CPR representativas de vendas para entrega futura de aves, exceto se a Avestruz Master:

- i. incluísse, nas cédulas dos títulos e demais instrumentos contratuais utilizados, cláusula grafada em destaque, com expressa ressalva de que a empresa ou quaisquer outras empresas a ela ligadas, ou que com ela mantenham relação de natureza comercial, não se obriga a recomprar, do adquirente das CPR, as aves a ele alienadas por meio desse título;
- ii. se abstivesse de utilizar o "Certificado de Garantia de Mercado" ou quaisquer outros documentos semelhantes, contendo estipulações que possam configurar um compromisso de recompra, pela empresa ou por terceiros, das aves alienadas por meio de CPR;
- iii. se abstivesse de fazer referência, nas CPR, em quaisquer outros instrumentos contratuais e em materiais de divulgação, a importâncias em dinheiro correspondentes ao valor futuro das aves comercializadas pela empresa; e
- iv. fizesse constar, em destaque, dos títulos, instrumentos contratuais e materiais de divulgação utilizados, a advertência de que a Avestruz Master e os investimentos por ela ofertados não são regulados ou fiscalizados pela CVM.

31. Nesse ponto, destaco que a SFI, com o intuito de verificar a real observância dessa Deliberação, realizou, no período de 15.03 a 18.03.2005, inspeções no Abatedouro Struthio Gold Importação, Exportação e Comércio Ltda., na Avestruz Master Agro-Comercial Importação e Exportação Ltda., e em quatro filiais desta última, localizadas nas cidades de Recife (PE), Uberlândia (MG), Salvador (BA) e Cuiabá (MT).

32. Os relatórios de inspeção acostados aos autos (fl. 20-81) revelam que:

- i. em Recife-PE, os inspetores constataram que a Avestruz Master, através de uma abrangente estrutura de venda – com outdoors, anúncios na televisão e equipe de vendedores – continuava a oferecer a possibilidade de compra de avestruzes com a garantia de revenda ao Abatedouro Struthio Gold (através de contrato firmado entre o investidor e o Abatedouro simultaneamente ao contrato de compra da ave - fl. 26-27) e a divulgar importâncias em dinheiro correspondentes ao valor futuro das aves por ela comercializadas, enfatizando que, embora o preço apresentado tivesse por base o valor de mercado das aves, esse nunca sofrera alteração relevante desde o início de sua divulgação;
- ii. em Uberlândia-MG, os inspetores notaram que as CPR trazem cláusulas em negrito indicando que a Avestruz Master ou quaisquer outras empresas a ela ligadas, ou que com ela mantenham relação de natureza comercial, não se obriga a recomprar, do adquirente dos títulos, as aves a ele alienadas por meio desse título (fl. 36), mas assinalaram que os adquirentes dos títulos, após a compra das CPR, recebem contrato de compra e venda assinado pelo Abatedouro (que é a garantia de que, após o término do prazo do CPR, a ave será recomprada), sendo, outrossim, fornecidos aos investidores (e regulamente publicados em jornais nas cidades onde a Avestruz Master opera) os preços a serem pagos pelo Abatedouro. Diante disso, a inspeção concluiu que a única determinação da Deliberação realmente atendida foi meramente formal;
- iii. em Salvador-BA, os inspetores concluíram que a Avestruz Master continua oferecendo as CPR e os contratos de compra e venda de avestruzes conjuntamente, fazendo parte do processo de convencimento do investidor a garantia de venda, numa data futura, da ave para o Abatedouro Struthio Gold, com valor definido por uma tabela de preços, divulgada pelo próprio Abatedouro, a qual segundo o vendedor, não sofre variações significativas no tempo (fl. 45). Destacaram, ainda, que a prática de venda difere dos registros documentais, pois verbalmente é assegurado o recebimento da CPR e do contrato de compra e venda com o Abatedouro, conquanto, no contrato preliminar somente conste o envio da CPR; e
- iv. em Cuiabá – MT, os inspetores verificaram que a Avestruz Master emite, simultaneamente, em nome dos clientes, uma CPR, emitido pela própria empresa, e um contrato de compra e venda, emitido pelo Abatedouro Struthio Gold, tratando-se, assim, de uma operação casada. Afirmaram, adicionalmente, que o cliente não procura o Abatedouro, mas é vinculado ao mesmo no momento em que realiza a compra de avestruzes na Avestruz Master, tendo, no momento exato da compra, a garantia de recompra por parte das empresas envolvidas, e sendo informado do preço (pouco variável) pelo qual irá vender a ave.

33. Os relatos dessas inspeções revelam que os adquirentes das CPR, com a compra desse título, recebem também contrato de compra e venda assinado pelo Abatedouro Struthio Gold, o qual lhes garante que, após o término do prazo do título, a ave será recomprada, sendo a eles informado, outrossim, o montante provável que receberão pela venda futura da ave ao Abatedouro.

34. Mesmo nos casos em que se assinalou que o contrato firmado com a Avestruz Master trazia cláusula em negrito indicando que a empresa ou quaisquer outras empresas a ela ligadas, ou que com ela mantenham relação de natureza comercial, não se obriga a recomprar, do adquirente dos títulos, as aves a ele alienadas por meio desse título, a oferta ao público das CPR representativas de vendas para entrega futura de avestruzes continuava atrelada a um contrato de compra e venda dessas aves com o Abatedouro Struthio Gold.

35. Parece-me evidente, pois, que a Deliberação CVM n.º 473/04 foi desrespeitada, razão pela qual cumpre a imposição da multa por descumprimento ao que ela determina.

36. Pelos argumentos expostos, entendo deva ser mantida a multa de R\$ 300.000,00 imposta à Avestruz Master Agro Comercial Importação e Exportação Ltda., por descumprimento aos ditames da Deliberação CVM n.º 473/2004.

(1) Art. 11, § 4º " As penalidades somente serão impostas com observância do procedimento previsto no § 2º do art. 9º desta Lei, cabendo recurso para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional".

(2) "Art. 9º. A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no art. 2º do art. 15, poderá:

(...)

V – apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não eqüitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado;

VI – aplicar aos autores das infrações indicadas no inciso anterior as penalidades previstas no art. 11, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal

(...)

§ 2º O processo, nos casos do inciso V deste artigo, poderá ser precedido de etapa investigativa, em que será assegurado o sigilo necessário à elucidação dos fatos ou exigido pelo interesse público, e observará o procedimento fixado pela Comissão"

(3) Art. 9º, inciso II " intimar as pessoas referidas no inciso I a prestar informações, ou esclarecimentos, sob cominação de multa, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas no art. 11;"

(4) Art. 9º, § 1º. " Com o fim de prevenir ou corrigir situações anormais de mercado, a Comissão poderá:

(...)

IV – proibir os participantes do mercado, sob cominação de multa, a prática de atos que especificar, prejudiciais ao seu funcionamento regular ".

(5) Art. 11, § 11 " A multa cominada pela inexecução de ordem da Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do inciso II do caput do art. 9º e do inciso IV de seu § 1º não excederá a R\$ 5.000,00 (inço mil reais) por dia de atraso no seu cumprimento e sua aplicação independe de processo administrativo previsto no inciso V do caput do mesmo artigo".

(6) Em sua redação anterior, o art. 11, § 2º, da Lei n.º 6.385/76 dispunha que " A multa cominada pela inexecução de ordem da Comissão não excederá dez vezes o valor nominal de uma Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional por dia de atraso no seu cumprimento".