

Ao SGE,

Trata-se de pedido de reexame da decisão desta Superintendência que resultou na aplicação de multa cominatória, em face de Recrusul S.A., pelo atraso de 60 dias no atendimento ao pedido de informações contido no OFÍCIO/CVM/SOI/GOI-1/Nº 978, de 16 de junho de 2006 (fls. 7), expedido nos autos do Processo CVM nº RJ 2006/3702.

Os argumentos da recorrente não contraditam os fatos, relatados no despacho da GOI-1 (fls. 23/25), pelo que entendemos que a hipótese legal restou perfeitamente preenchida, tendo ocorrido, efetivamente, atraso superior a 60 dias, não se podendo concluir que a cominação da multa tenha ocorrido em desconformidade com os requisitos da Instrução nº 273/98. Nesses termos, sem ainda avaliar a hipótese de revogação, consideramos que não há elementos que permitam a anulação da astreinte, por esta Superintendência. Não nos parece, tampouco, tratar-se de hipótese enquadrada em alguns dos precedentes estabelecidos pelo Colegiado.

Todavia, não pudemos deixar de considerar a situação do administrado, retratada na correspondência de fls. 30/31, protocolada após a interposição do recurso, onde se relata que a empresa teria paralisado suas atividades operacionais, realizando corte drástico de pessoal e mantendo somente os serviços essenciais de manutenção e segurança, com prejuízos às "atividades acessórias na área administrativa". Aduz, ainda, que: "o sacrifício ao atendimento de determinadas formalidades, entre as quais a CVM, decorreu de verdadeiro 'estado de necessidade', eis que a falta de recursos para itens básicos como energia elétrica, telefonia, etc., fizeram justificar itens que dizem mais com a regularização do que propriamente a vida da empresa, que estava a perigo" (fls. 31). Embora o pedido de recuperação judicial seja de janeiro de 2006, segundo a empresa, apenas em dezembro de 2006 a mesma foi "homologada definitivamente" (fls. 30).

O prejuízo às atividades administrativas da empresa, pela situação precitada, parece ser confirmada pela própria consulta que deu origem ao presente processo, onde o consultante informa que o "e.mail do DRI sempre volta" (fls. 5), do que se infere que mesmo o serviço de correio eletrônico, pelo menos naquele período, teria sido afetado, impedindo o investidor de obter a informação desejada.

Outra situação a ser considerada, vale apontar, está no Edital de Notificação de 11 de janeiro de 2007, por meio do qual a Superintendência de Relações com Empresas publicou a relação das companhias abertas inadimplentes há mais de 06 (seis) meses quanto à divulgação de informações obrigatórias ao mercado, nos termos da Lei nº 6.385, de 07.12.76, e da Instrução CVM nº 202, de 12.06.93. Verifica-se, dos termos do referido ato, que a Recrusul, em recuperação judicial, entregou o DFP de 31.12.05 e os ITR's de 31.03.06 e 30.06.06, mas está pendente com o formulário IAN de 31.12.05, o que motivou a sua inclusão na referida lista.

Essas questões justificam analisar o caso considerando os fatos relatados e não apenas o atendimento estrito à legalidade que determina, em face do preenchimento da hipótese de incidência, a consequência jurídica determinada pela regra. Esse, de fato, é o esquema das regras, mas não o dos princípios, os quais igualmente possuem repercussões normativas. O ordenamento jurídico também repudia soluções que violem, por exemplo, a proporcionalidade ou a razoabilidade, por serem as mesmas de observância obrigatória. Essa é a posição de Gilmar Mendes e de Ives Gandra Martins, ao afirmarem que "o princípio da proporcionalidade [...] tem plena aplicação entre nós"<sup>(1)</sup>. O STF, a seu turno, também reconhece a sede constitucional da proporcionalidade, extraída de diversas cláusulas constitucionais, mas notadamente do "substantive due process of law", nos termos do art. 5º, LIV, da CF/88 (p.ex.: ADIn 1407-2). De fato, tal justificativa também vem sendo aplicada à razoabilidade, tanto pelo Supremo quanto pela melhor doutrina constitucional<sup>(2)</sup>, para quem a mesma funciona como um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa, administrativa e judicial.

No caso específico da proporcionalidade, não nos parece que a mesma tenha sido vulnerada, pelo menos em seus sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, se mantivermos posição anteriormente manifestada no Processo RJ-2006/4973:

"No que concerne à proporcionalidade, analisamos, sinteticamente, seus sub-princípios"<sup>(3)</sup>:

- a. *Relativamente à adequação ou idoneidade, que indaga se o meio escolhido contribui para o fim pretendido, temos que a multa não se mostrará compatível se o administrado, por exemplo, for desprovido de patrimônio ou, de outra forma, se a obrigação é impossível, situações em que a astreinte, a toda evidência, não atingiria sua finalidade, que é a de coagir. No caso concreto, todavia, a coerção era possível, face à possibilidade do cumprimento da obrigação de prestar informações e à existência de patrimônio.*
- b. *Quanto à necessidade ou exigibilidade, traduzida na condição de a medida restritiva ser indispensável ou, então, não poder ser substituída por meio menos gravoso, temos que na situação específica da astreinte, como sua incidência decorre apenas no caso de descumprimento da obrigação, sempre que incidir, desde que adequada, é porque terá sido necessária.*
- c. *No que concerne à proporcionalidade em sentido estrito, temos que a restrição imposta pela multa cominatória tutela o interesse da celeridade processual, alçado, atualmente, à categoria de princípio constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF/88), sendo que os efeitos sobre o patrimônio, como consabido, só ocorrerão na eventualidade do descumprimento de um dever, imposto pela lei e aplicado pela Administração. Portanto, se a própria Constituição prevê a existência de meios que garantam a celeridade da tramitação de processos no âmbito judicial e administrativo, princípio inserto no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, e se a astreinte é meio que contribui exatamente para esse propósito, somente incidindo na hipótese de descumprimento de dever, somos de opinião que há proporcionalidade na multa cominatória, em tese, não tendo restado comprovado, nem claramente demonstrado pelo recorrente, fato ou ato que afastem tal conclusão para o caso concreto".*

Pelo menos em tese, parece-nos que a medida da astreinte, nos moldes fixados, é proporcional. No entanto, o deslinde da questão talvez perpassasse pela razoabilidade, acompanhando, aqui, a posição daqueles que a distinguem da proporcionalidade, como é o caso de Humberto Ávila.

Em tese, a razoabilidade, que traduz conceito de moderação e de equilíbrio para com o fim pretendido, só permitiria concluir como excessiva a astreinte quando ultrapassasse o necessário para coagir o destinatário, mesmo o recalcitrante. Essa é uma questão de difícil mensuração, não nos parecendo que, no normal dos casos, o valor diário de R\$ 500,00 seja irrazoável, pelo menos a priori, dado que o mesmo é fixado, de antemão, de forma im pessoal e uniforme, para situações aparentemente similares. A conclusão pode ser diferente se, a posteriori, verificar-se, pelas circunstâncias, que o montante final resulta incompatível com a situação econômica do administrado. Como se sabe, uma diferença de quantidade pode mudar a qualidade das coisas, especialmente se deixar de haver uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir.

Nesse particular, Humberto Ávila, examinando os critérios utilizados pela jurisprudência do STF, destacou que a razoabilidade pode ser entendida como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto (razoabilidade como equidade), citando, especialmente, que "a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral pode não ser aplicável, por se tratar de caso anormal"<sup>(4)</sup>. Exemplifica citando um caso de uma fábrica de sofás que teria sido excluída de mecanismo especial de pagamento de tributos por ter realizado uma importação de produtos estrangeiros, vedada pelo regime tributário especial em questão. Embora, de fato, tivesse ocorrido a importação, causa legal para a exclusão, verificou-se que a mesma teria se limitado a 4 pés de sofá, uma única vez, o que fez com que a consequência do descumprimento da regra não fosse aplicada, "porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justifica". No caso concreto, a situação

da empresa, em recuperação judicial, com o relato de que grande parte de sua atividade administrativa, por força maior, teve de ser descontinuada durante o referido processo, não pode deixar de ser sopesada, o que pode fazer com que norma geral não se ajuste, adequadamente, à situação real, ainda que, como mencionamos, o atraso tenha, de fato, ocorrido.

Outra acepção da razoabilidade, mencionada por Ávila, é a de diretriz para equivalência entre duas grandezas: a medida adotada e o critério que a dimensiona. Um exemplo poderia ser encontrado na condição de que as penas (e não estamos dizendo que a astreinte é pena) devem ser fixadas de acordo com a culpabilidade do agente. Não se trataria, portanto, da relação entre meio e fim, própria da proporcionalidade (no caso concreto parece-nos que o meio escolhido promove o fim de celeridade processual, visto que é idôneo, necessário e proporcional em sentido estrito), mas sim entre critério e medida, repisamos. Ao final, o valor da multa cominatória, da forma que resultou, pode não equivaler, devemos reconhecer, ao bem jurídico tutelado, se considerarmos, especialmente, o tipo de informação requerida ("*quem é o novo agente escriturador da Recrusul*", às fls. 5). Embora não tenhamos elementos para afirmar, inequivocamente, que, no período da consulta, tal agente não existisse, é de se presumir que o contrato findo 05 de abril de 2006 não tenha sido renovado, em virtude da situação financeira já relatada, provavelmente advindo daí a falta de um posicionamento da empresa ao consulente.

Por tudo que se expôs, embora reconheçamos que a multa cominatória foi expedida, a nosso ver, de forma legal e em estrito cumprimento às normas que a embasam, a nós nos parece que a sua manutenção pode vulnerar o princípio da razoabilidade. A permanência dessa medida pode ter resultado em um valor excessivo, critério que justificaria sua exclusão. Cremos que o aspecto individual da companhia pode estar sendo sobremaneira desconsiderado pela norma geral, o que importaria sua revisão.

Isto posto, somos pelo deferimento do recurso, pelo que encaminhamos o presente processo a essa Superintendência Geral, para posterior remessa ao Colegiado, nos termos da Instrução CVM n° 273/98. Ressaltamos que, independentemente da decisão quanto à multa cominatória, a SOL prosseguirá os trabalhos para esclarecer, definitivamente, a situação e, desse modo, prover uma resposta ao investidor.

- [\(1\)](#) Apud DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, n° 798, abril de 2002. Rio de Janeiro: RT, 2002. p.33.
- [\(2\)](#) BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão e limitação a direitos fundamentais in Temas de Direito Constitucional - Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.254.
- [\(3\)](#) BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle Constitucional das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- [\(4\)](#) ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 105