

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

Processo CVM RJ-2007-12703

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto pela SERGEN SERVS GERAIS DE ENG S/A (SERGEN) contra aplicação de multa cominatória no valor de R\$ 2.000,00, pelo atraso de 10 (dez) dias no envio do documento 2ª ITR/06, previsto no art. 16, inciso VIII, da Instrução CVM nº 202/93, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº 538/07, de 18.09.07 (fl. 07).

Em 11.10.07, foi protocolizado recurso pela companhia, nos seguintes termos (fls. 02/06):

DOS FATOS: AS RAZÕES PARA O ATRASO NO ENVIO DAS INFORMAÇÕES PERIÓDICAS DA COMPANHIA

- a. o referido formulário foi enviado em 15.09.06, após prazo estabelecido pela CVM (29.08.06);
- b. o mencionado atraso decorreu de um problema técnico ocorrido em fevereiro de 2006, quando o servidor de informática da SERGEN saiu do ar, inviabilizando o acesso aos programas e arquivos nele instalados – incluindo todas as informações contábeis da Companhia;
- c. ao constatar o problema, a administração da SERGEN diligentemente contratou serviço técnico especializado para reparar o servidor. Foi diagnosticado que o problema era do disco rígido do servidor, que deveria ser substituído, tendo sido então realizado um trabalhoso processo de recuperação dos dados do disco rígido danificado. Esse trabalho demorou aproximadamente 40 (quarenta) dias e foi apenas parcialmente exitoso, posto que nem todas as informações contidas no disco rígido puderam ser recuperadas;
- d. durante o período em que se procedeu ao trabalho de recuperação dos dados no servidor da SERGEN, o trabalho da área contábil-financeira foi seriamente prejudicado, uma vez que não havia modo de acessar as informações contábeis da Companhia contidas no servidor;
- e. conseqüentemente, durante o primeiro semestre de 2006 o trabalho de organização, formatação e envio das informações periódicas não foi capaz de atender aos prazos fixados pela CVM. Note-se que, mesmo após o restabelecimento do servidor, o trabalho da área contábil-financeira da SERGEN ficou prejudicado, uma vez que os 40 dias durante os quais as informações ficaram indisponíveis inviabilizaram o atendimento ao seu cronograma de trabalho;

DO DIREITO: INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

- f. a situação antes exposta é, sem sobre de dúvida, uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, sendo descabida a aplicação da multa cominatória;
- g. primeiramente, é importante frisar que embora a infração que embasa a multa recorrida seja de natureza objetiva, a responsabilidade da Recorrente não o é. É sabido que a responsabilidade objetiva – aquela que independe de culpa ou dolo – somente pode advir de expressa previsão legal. A regra geral, em nosso direito, é a da responsabilidade subjetiva, só podendo ser aplicada penalidade caso o agente tenha agido com culpa ou dolo. A questão foi bem sintetizada pelo ex-diretor da CVM, Luiz Antonio de Sampaio Campos, no julgamento do Processo CVM RJ 2003/0426: "a infração que é objetiva, não a responsabilidade, que é subjetiva";
- h. ademais, deve-se ter em mente que os princípios informadores de nosso Direito Administrativo Sancionador encontram-se no Direito Penal, no qual resta pacífico que a configuração do ilícito penal depende da presença de dois elementos: o fato típico e a antijuricidade. A imposição da pena encontra-se, ainda, condicionada à inexistência de culpabilidade;
- i. **fato típico** pode ser definido como o comportamento humano (positivo ou negativo) que produz um resultado, e é previsto em lei como infração penal. Já a **antijuricidade**, na dicção de Julio Fabbrini Mirabete, "é a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico. O fato típico, até prova em contrário, é um fato que, ajustando-se ao tipo penal, é antijurídico. Existem, entretanto, na lei penal ou no ordenamento jurídico em geral, causas que excluem a antijuricidade do fato típico. Por essa razão diz-se que a tipicidade é indicio da antijuricidade, que será excluída se houver uma causa que elimine sua ilicitude". O art. 23 do Código Penal elenca as causas de exclusão de antijuricidade, quais sejam: o estado de necessidade, a legítima defesa, e o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular do direito;
- j. por fim, em nosso ordenamento legal o ato típico e antijurídico somente é punível se apurada a culpabilidade do agente, ou seja, se a conduta por esse praticada for socialmente reprovável. O exame desta reprovabilidade deverá analisar as razões que levaram o agente a agir em descompasso com comando jurídico infringido, restando afastada a culpabilidade se demonstrado que o agente, ao descumprir o preceito legal, não tinha alternativa de agir diferentemente. Nesse sentido, ensina Damásio E. de Jesus:

"Só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme ao ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o direito. Então, faz-se objeto do juízo de culpabilidade. A inexigibilidade de conduta diversa é, então, causa de exclusão de culpabilidade".

- k. em resumo, verifica-se que as hipóteses de **inexigibilidade de conduta diversa** constituem causas de exclusão de culpabilidade, inexistindo ato ilícito passível de sanção. A toda evidência, o exame da culpabilidade somente poderá ser feito de maneira casuística, devendo sempre ser apurado se, diante das circunstâncias do caso concreto, era possível exigir-se do agente uma conduta diversa daquela por ele realizada. Veja-se que a lei não esgota as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa, como se verifica na lição de Damásio E. de Jesus:

"Por mais previdente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deva excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa da exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos da não-exigibilidade de comportamento ilícito. Em face de um caso concreto seria condenar-se o sujeito unicamente porque o fato não foi previsto pelo legislador? Se a conduta não é culpável, por ser inexigível outra, a punição seria injusta, pois não há pena sem culpa. Daí ser possível a adoção da teoria da inexigibilidade como causa de exclusão de culpabilidade".

- l. a situação aqui enfrentada é, sem sombra de dúvida, uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, sendo descabida a aplicação da multa cominatória à SERGEN. Note-se, nesse sentido, a existência de diversos precedentes em que a CVM afastou a aplicação de penalidades em razão de não poder se exigir conduta diversa da adotada;

CONCLUSÃO

- m. por todo o exposto, confia a recorrente que o Colegiado afastará a multa cominatória que lhe foi aplicada tendo em vista a ausência de culpabilidade em sua conduta; e
- n. outrossim, a recorrente informa que caso a multa cominatória seja mantida, o que somente se admite por amor ao debate, solicitará o seu pagamento parcelado, conforme lhe faculta a Deliberação CVM n° 447/02.

Entendimento da GEA-3

Inicialmente, cabe ressaltar que a multa foi aplicada corretamente, tendo em vista que: (i) o e-mail de alerta foi enviado em 04.09.06; (ii) o documento 2° ITR/06 foi encaminhado em 15.09.06; e (iii) não há na legislação aplicável dispositivo que exima companhias com registro ativo na CVM de enviar as informações periódicas e eventuais, nos devidos prazos, como disposto no art. 16 da Instrução CVM n° 202/93.

Quanto às alegações da recorrente, cumpre registrar que, após o recebimento do e-mail, a companhia não se manifestou em resposta, tampouco divulgou ao mercado (por exemplo, por meio do Sistema IPE, categoria "Comunicado ao Mercado", tipo "Outras Informações não Consideradas Fato Relevante"), a sua impossibilidade de enviar o referido formulário no prazo.

Importa salientar que não se está diante da apuração das responsabilidades dos administradores pelo atraso no envio das informações elencadas na Instrução CVM n° 202/93, mas tão-somente de aplicação de multa cominatória prevista na aludida Instrução.

Por fim, causa estranheza a alegação da recorrente de que uma empresa com capital aberto, que possui elevada dispersão acionária (38,15% do capital total segundo o IAN/06) e faturamento superior a R\$ 15 milhões, possui suas informações contábeis concentradas em um único disco rígido, sem ao menos fazer o *backup* dessas informações.

Isto posto, somos pelo indeferimento do recurso da companhia, pelo que encaminhamos o presente processo a essa Superintendência Geral, para posterior envio ao Colegiado para deliberação, nos termos do artigo 13 da Instrução CVM n° 452/07.

Atenciosamente,

ARCO ANTONIO PAPER A MONTEIRO

Analista

FERNANDO SOARES VIEIRA

Gerente de Acompanhamento de Empresas 3

De acordo

ELIZABETH LOPEZ RIOS MACHADO

Superintendente de Relações com Empresas