

Interessado: Francisco Carlos Marques de Freitas

Assunto: Registro de companhia aberta desatualizado.

Diretor Relator: Marcos Barbosa Pinto

Relatório

1. A Superintendência de Relações com Empresas ("SEP") instaurou processo administrativo sancionador de rito sumário contra Francisco Carlos Marques de Freitas ("Acusado"), Diretor de Relações com Investidores ("DRI") de Biommm S.A.
2. Segundo a SEP, o Acusado teria infringido o art. 13 da Instrução CVM nº 202, de 6 de dezembro de 1993, ao deixar de apresentar as seguintes informações, previstas no art. 16 da mesma Instrução:
 - i. demonstrações financeiras anuais completas referentes ao exercício findo em 31 de dezembro de 2007;
 - ii. demonstrações financeiras padronizadas referentes ao exercício social findo em 31 de dezembro de 2007;
 - iii. formulário de informações trimestrais – ITR – referente ao primeiro trimestre do exercício social de 2008;
 - iv. edital de convocação de assembléia geral ordinária referente ao exercício social findo em 31 de dezembro de 2007; e
 - v. ata da assembléia geral ordinária referente ao exercício social findo em 31 de dezembro de 2007.
3. Em sua defesa, o Acusado aduz os argumentos a seguir resumidos:
 - i. por força do princípio da legalidade estabelecido no art. 5º, II, da Constituição da República, apenas a lei, e não um ato administrativo como a Instrução CVM nº 202/93, pode originariamente definir condutas que caracterizam infrações;
 - ii. a Instrução CVM nº 251, de 14 de junho de 1996, também é ilegal e inconstitucional porque qualifica a conduta imputada ao Acusado como "infração de natureza objetiva", estatuinto assim modalidade de responsabilidade objetiva sem previsão legal;
 - iii. as informações não foram prestadas à CVM porque não chegaram a ser elaboradas pelos demais administradores; o DRI não pode ser cobrado por esse fato, pois sua responsabilidade se esgota na transmissão das informações, não na sua produção;
 - iv. uma eventual aplicação de multa, em vez de advertência, configuraria ofensa ao princípio da proporcionalidade; e
 - v. em atenção à garantia do contraditório, é necessária a produção de provas documental, pericial e testemunhal, ao contrário da tese reiteradamente usada pela SEP, segundo a qual, por se tratar de infração de natureza objetiva, não há o que provar.
4. Sem se convencer por esses argumentos, a SEP aplicou ao Acusado a penalidade de multa no valor de R\$55.000,00, com os fundamentos a seguir expostos:
 - i. não há autorização na legislação que permita, sob quaisquer motivos, a prorrogação dos prazos para entrega de formulários periódicos;
 - ii. as demonstrações financeiras referentes ao exercício social findo em 31 de dezembro de 2007 só foram encaminhadas à CVM em 22 de setembro de 2008, nada obstante (a) haja parecer dos auditores independentes datado de 23 de junho de 2008 e (b) as demonstrações tenham sido aprovadas e publicadas, respectivamente, em 10 e 11 de julho de 2008;
 - iii. essas demonstrações financeiras não foram enviadas junto com o formulário DFP, como previsto no art. 16, I e II, da Instrução CVM nº 202/93; e
 - iv. o edital de convocação da assembléia geral só foi encaminhado à CVM em 15 de julho de 2008, embora o documento tenha sido publicado na imprensa em 26 de junho de 2008.
5. Para fixar o valor da penalidade, a SEP levou em consideração os seguintes fatores:
 - i. a dispersão acionária da Biommm S.A., segundo dados do último Formulário de Informações Anuais, que indicam que os acionistas não controladores detêm % do capital total da companhia;
 - ii. após a instauração do processo todos os documentos em atraso foram enviados, como indica o quadro abaixo:

Documento	Dias de Atraso
DF/2007	173
DFP/2007	93
Edital AGO/2007*	19
Ata AGO2007*	n/a
1º ITR/2008	43

* AGO realizada em 10 de julho de 2008.

- iii. a Biommm S.A. vem sendo costumeiramente multada pelo atraso ou não envio de informações periódicas;

- iv. a Biomm S.A. apresentou, no exercício social de 2007, passivo a descoberto no montante de R\$2.229.000,00 e faturamento bruto consolidado de R\$2.097.000,00;
 - v. a Biomm S.A. tem registro para negociação de seus valores mobiliários em bolsa de valores; e
 - vi. não houve processo anterior para apurar a responsabilidade do Acusado por descumprimento do art. 13 da Instrução CVM nº 202/93.
6. Inconformado, o Acusado interpôs recurso com base nas mesmas razões apresentadas em sua defesa.

Voto do Relator

1. Pedido de Produção de Provas

1. Segundo o Acusado, o pedido de provas tem dois objetivos: "comprovar a inexistência de dano aos investidores e acionistas" e "demonstrar que o não fornecimento de informações periódicas não se deve à atuação negligente do DRI, mas dos órgãos internos da companhia".
2. A comprovação de inexistência de dano é impossível.
3. Em primeiro lugar, porque houve dano; o dano é inerente à má prestação de informações pelas companhias abertas, pois isso compromete a confiabilidade e a integridade do conjunto de dados relativos a essas companhias, que são dados de interesse público.
4. Em segundo lugar, porque, mesmo que restringíssemos o universo dos potenciais prejudicados apenas aos que teriam interesse específico nos dados da Biomm S.A., o Acusado ainda precisaria demonstrar que ninguém efetivamente buscou tais informações. E não há como fazer essa demonstração.
5. Quanto à responsabilidade pelo não-envio das informações, a questão é essencialmente jurídica. Os fatos que parecem relevantes para a tese do Acusado – que a AGO não foi convocada e que as demonstrações não foram elaboradas – não foram colocados em dúvida, logo a produção de prova a esse respeito é desnecessária.

2. Infrações por Ato Normativo

1. A tese do Acusado remete a controvérsias, a meu ver já superadas, sobre a constitucionalidade do poder regulamentar de órgãos e entidades do Poder Executivo. Segundo se lê na defesa apresentada, por força do princípio constitucional da legalidade, as obrigações deveriam ser criadas apenas por lei, jamais por ato normativo infralegal.
2. Entretanto, essa posição foi ultrapassada pelo reconhecimento de que coexistem no Estado diversas espécies de uma mesma função normativa: a função legislativa (do Legislativo), a regulamentar (do Executivo) e a regimental (do Judiciário). A função legislativa preexiste e condiciona a função regulamentar, sem com isso exauri-la.[\(1\)](#)
3. Desse modo, o comando que se entende contido no princípio da legalidade não é que todas as obrigações criadas pelo Estado estejam previstas taxativamente em lei, mas sim que nela encontrem seu fundamento de validade.
4. A autorização legal para que a CVM exerça suas competências normativas está expressa em várias leis, dentre as quais o exemplo mais ilustrativo talvez seja o art. 8º, I, da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976:

Art. 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I – regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na Lei de Sociedades por Ações;
5. O fato de as normas da CVM tipificarem determinadas infrações nada tem de irregular. A Constituição não instituiu reserva de lei para essas matérias, como o fez, por exemplo, para a definição de crimes e criação de tributos.

3. Atribuição de Responsabilidade Objetiva

1. O Acusado questiona a legalidade e a constitucionalidade da Instrução CVM nº 251/96 que qualifica o ilícito que lhe é imputado como "infração de natureza objetiva". Em seu entendimento, não se pode criar hipótese de responsabilidade objetiva sem previsão legal.
2. O raciocínio parte da premissa de que a natureza objetiva refere-se à responsabilidade do agente, o que não é verdadeiro. O termo "infração de natureza objetiva" diz respeito apenas à verificação do suposto ilícito: é objetiva porque pode ser constatada com facilidade a partir de dados já detidos pela CVM.
3. A única consequência relevante dessa classificação é delimitar as hipóteses de apuração pelo rito sumário. Constatado o fato que teoricamente configura o ilícito, é necessária a demonstração da culpa do responsável.

4. Impossibilidade de Envio das Informações

1. Segundo o Acusado, as informações exigidas pela Instrução CVM nº 202/93 não foram encaminhadas à CVM porque os responsáveis por produzir tais informações não o fizeram.
2. Não creio que o argumento mereça ser acolhido.
3. Primeiro, porque ele é verdadeiro apenas em parte. As informações realmente não foram produzidas oportunamente, porém, mesmo depois de disponibilizadas, o Acusado tardou em remetê-las à CVM, como indicado nos itens 4(ii) a 4(iv) do Relatório.
4. Segundo, porque a conduta esperada do DRI em tais circunstâncias é manter o mercado minimamente informado, divulgando as informações que estejam disponíveis e as razões pelas quais a companhia está impossibilitada de cumprir a legislação em sua

integralidade.⁽²⁾

5. Conclusão

1. Pelas razões expostas acima, voto pela manutenção da decisão da SEP que aplicou ao Acusado a multa no valor de R\$55.000,00 por infração ao art. 13 da Instrução CVM nº 202/93.
2. O montante da penalidade me parece adequado diante das circunstâncias mencionadas no parágrafo 5 do Relatório.

Rio de Janeiro, 10 de março de 2009.

Marcos Barbosa Pinto

⁽¹⁾ Nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal no ADI-AgR 2950 / RJ – Rio de Janeiro, de que Ministro Marco Aurélio foi relator e o Ministro Eros Grau foi relator para o acórdão.

⁽²⁾ PAS CVM RJ nº 2007/11851, julgado em 2 de dezembro de 2008, e PAS CVM RJ nº 2005-2933, julgado em 11 de janeiro de 2006, dentre outros.