

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

BMG LEASING S/A – ARREND. MERCANTIL

Processo CVM RJ-2010-14966

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto, em 11.10.10, pela BMG LEASING S/A – ARREND. MERCANTIL, registrada na categoria A desde 01.01.10, contra aplicação de multa cominatória, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), pelo não envio, até 06.09.10, do documento **PROP.CON.AD.AGO/2009**, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº146 de 17.09.10 (fl.06).

A Companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls.01/05):

- a. "primeiramente, cumpre destacar que a multa ordinária somente poderá ser aplicada após a prévia comunicação da CVM alertando a companhia sobre o descumprimento da obrigação de fornecer informação periódica, nos termos do art. 3º da Instrução CVM nº 452/07";
- b. "in casu, com a devida vênia, o Superintendente responsável não observou o disposto no art. 3º da Instrução CVM nº 452/07, visto que a companhia não foi alertada pela CVM antes da aplicação da multa cominatória pela Superintendência de Relações com Empresa ("SRE")";
- c. "a companhia nunca foi alertada ou recebeu qualquer comunicação da CVM acerca do descumprimento da obrigação de fornecer informação periódica, mas tão somente tomou conhecimento sobre a aplicação da multa cominatória no dia 30.09.10";
- d. "até 30.09.10, a companhia não havia recebido nenhuma comunicação, por qualquer um dos meios previstos no art. 11 da Instrução CVM 452/07, incluindo por meio eletrônico, sobre qualquer descumprimento do dever de informar pela companhia";
- e. "ora, não há que se falar em multa se a companhia não teve prévio conhecimento do descumprimento do envio de informações periódicas, conforme determina o art. 3º da Instrução CVM nº 452/07. A "mens legis" do dispositivo aqui mencionado não deixa dúvidas de que a parte a quem é imputado o descumprimento do dever de envio de informações deve, em primeiro lugar, ser cientificada para sanar a irregularidade no prazo que esta superintendência assinalar para, só então, se persistir o descumprimento, incorrer na multa prevista";
- f. "a partir do momento em que se verifica que a CVM não notificou a recorrente acerca do descumprimento alegado, não tendo lhe assinalado qualquer prazo para sanar a irregularidade consistente na falta de envio de determinadas informações à aquele órgão, fica mais evidente a ilegalidade da multa aplicada à companhia";
- g. "nesse particular, é preciso ter em mente, ainda, o fato de que a natureza cominatória da multa se destina, justamente, a fazer com que a parte recalcitrante cumpra a obrigação que está prevista na lei. Se esta mesma lei assegura ao interessado o direito de ter um prazo assinalado para cumprimento 'a posteriori' da obrigação, a inobservância dessa regra viola a própria razão de ser da penalidade cominada no presente caso. Insta-se: somente se persistir o descumprimento havido e comunicado pela CVM em notificação específica, é que a penalidade prevista na parte final do art. 3º da Instrução nº 452/07 pode ser aplicada";
- h. "ainda que este Colegiado possa vir a entender que o ofício de aplicação de multa possa ser equiparado à comunicação prévia referida no art. 3º da Instrução CVM nº 452/07, o que não ocorre e está sendo admitido apenas para argumentar, melhor sorte não socorreria à SRE. É indiscutível que se a referida Instrução objetiva garantir à parte a possibilidade de cumprimento voluntário da obrigação de entrega de determinadas informações, o prazo de 10 (dez) dias assinalado para interposição de recurso deve ser considerado, na verdade, prazo para atendimento da obrigação acima mencionada. Somente na hipótese de o recorrente não atender à garantia de cumprimento voluntário da obrigação em voga é que a penalidade notificada no ofício acima citado poderia ser aplicada. A inversão dessa regra equivale à aplicação de pena sem garantia de defesa, contraditório ou mesmo do devido processo legal, mormente quando se verifica que o art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 dispõe que somente "a partir da data informada" para cumprimento da obrigação e, diante da inobservância pela companhia do prazo estabelecido na comunicação do Superintendente, é que incidiria a multa";
- i. "nesse sentido, o marco para início da incidência da multa diária é o dia posterior ao vencimento do prazo estabelecido pelo Superintendente. No presente caso, o Ofício, em função de ter a finalidade de notificar a companhia acerca da aplicação da multa, mas não de alertá-la sobre o descumprimento de obrigações, é omissivo e não determina prazo para cumprimento da determinação da SRE pela companhia";
- j. "portanto, na omissão do Ofício quanto ao prazo, somente a partir do décimo dia a partir do recebimento do Ofício é que poderá incidir multa por descumprimento da determinação da SRE, tendo em vista que o prazo de dez dias é concedido pela CVM à companhia justamente para que lhe seja permitido verificar os eventuais descumprimentos e manifestar-se através de recurso, bem como, corrigir as irregularidades";
- k. "cumpre destacar que qualquer interpretação que reduza o prazo para cumprimento da determinação da SRE estará em desacordo com o art. 3º da Instrução CVM nº 452/07, além de afrontar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e devido processo legal";
- l. "na hipótese de o Colegiado da CVM entender que a multa cominatória objeto do Ofício é aplicável à companhia, o que se admite alternativamente e apenas por argumentar, o valor da referida multa deve ser reformado, nos termos do art. 5º da Instrução Normativa CVM 452/07";
- m. "de acordo com o art. 5º, acima, o Superintendente responsável possui discricionariedade para examinar as circunstâncias do caso concreto e decidir sobre a conveniência da aplicação e cobrança de multa em casos de descumprimento de prestação de informações";
- n. "nesse sentido, in casu, devem ser analisadas as características da Companhia e as conseqüências do atraso no envio do documento PROP.CON.AD.AGO/2009, previsto no art. 21, VIII, da Instrução CVM nº 480/09";
- o. "pelo teor do Ofício, verifica-se que a SRE entendeu necessário o envio para a CVM de Proposta do Conselho de Administração da companhia versando sobre as matérias objeto da ordem do dia da AGO/E de 30.04.10";
- p. "no entanto verifica-se que, a ausência do envio da referida Proposta do Conselho de Administração não ocasionou qualquer dano ou prejuízo ao mercado ou aos acionistas da companhia. Isto porque a companhia não possui valores mobiliários em circulação, sendo que as ações de sua emissão são detidas e concentradas por um pequeno número de acionistas. Ademais, todos os acionistas pessoa física são membros do Conselho de Administração da companhia e, portanto, possuem pleno conhecimento das atividades e negócios da mesma";

- q. "ainda cumpre destacar que na AGO/E de 30.04.10 estavam presentes os acionistas titulares da totalidade das ações da companhia. Portanto, a aplicação de multa cominatória constitui afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, especialmente no presente caso, em que a SRE aplicou multa no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). De fato, as características da companhia e do seu quadro acionário justificam a aplicação de tratamento diferenciado pela CVM, com base nos princípios supracitados";
- r. "ainda, na análise da conveniência da aplicação da multa, deve-se considerar que as Instruções Normativas CVM 480 e 481, ambas publicadas em 2009 e em vigor desde 01.01.10, estabeleceram uma reforma ampla e geral das obrigações a que se sujeitam as companhias abertas, notadamente em relação ao dever de informar. Dessa forma, é razoável entender que as companhias abertas necessitem de prazo para adaptação às novas regras"; e
- s. "assim sendo, diante dos fatos e argumentos expendidos, requer: (i) que seja dado provimento ao recurso para cancelamento da aplicação da multa cominatória por ausência de requisitos e pressupostos básicos e essenciais à sua manutenção; (ii) que seja concedido efeito suspensivo ao recurso até a decisão do Colegiado; (iii) caso o colegiado entenda que o Ofício possa ser equiparado à comunicação referida no art. 13 da Instrução CVM 452/07, o que admite-se apenas em observância ao princípio da eventualidade, que seja concedido à companhia o direito de cumprir a determinação da SRE no prazo de 10 (dez) dias contados da data do recebimento do Ofício, sem a incidência de multa; e (iv) caso o Colegiado entenda pela aplicação da multa, o que admite-se apenas em observância ao princípio da eventualidade, ainda a reforma do valor da multa (em função das circunstâncias específicas nas quais estão inseridas o descumprimento do dever de informar, bem como as características da companhia), e modo que o valor cominado seja fixado no patamar máximo e total de R\$ 500,00 (quinhentos reais)".

Entendimento da GEA-3

Inicialmente, cabe destacar que foi encaminhado, à Companhia, o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº954/10, de 21.10.10, indeferindo o pedido de efeito suspensivo do recurso interposto (fl.08/09).

A proposta da administração para a AGO (documento **PROP.CON.AD.AGO**), nos termos do artigo 21, inciso VIII, da Instrução CVM nº 480/09 (em vigor desde 01.01.10) combinado com o art. 133, inciso V, da Lei 6.404/76, e, no caso de companhias registradas na Categoria A (como o presente), arts. 9º, 10 e 12 da Instrução CVM nº481/09, deve ser entregue até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembléia geral ordinária, não havendo, na legislação aplicável, qualquer hipótese de dispensa de seu envio.

No presente caso, cabe destacar:

- a. ao contrário do alegado pela companhia no § 2º, letras 'c' a 'g', a comunicação específica exigida pelo art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 se deu sob a forma do e-mail de alerta enviado em 31.03.10 (fl.07), o qual informava que o documento PROP.CON.AD.AGO/2009 devia ser encaminhado à CVM até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da AGO; e
- b. apesar de a totalidade de acionistas da companhia ter comparecido à AGO realizada em 30.04.10 (fls. 12/15), nos termos do §4º do art. 133 da Lei 6.404/76, tal fato somente permite a entrega do documento PROP.CON.AD.AGO fora do prazo previsto no caput do artigo, se aquele documento for publicado antes da realização da assembléia, o que não aconteceu.

Assim sendo, a nosso ver, restou comprovado que a multa foi aplicada corretamente, nos termos da Instrução CVM nº 452/07, tendo em vista (i) que o e-mail de alerta foi enviado em 31.03.10 (fl.07), não tendo sido objeto de questionamento pela companhia, à época; e (ii) que a companhia encaminhou, de fato, o documento **PROP.CON.AD.AGO/2009** somente em 11.10.10 (fl. 10).

Isto posto, somos pelo indeferimento do recurso apresentado pela BMG LEASING S/A – ARREND. MERCANTIL, pelo que encaminhamos o presente processo a essa Superintendência Geral, para posterior envio ao Colegiado para deliberação, nos termos do art. 13 da Instrução CVM nº 452/07.

Atenciosamente,

AUGUSTO C. CORRÊA PINA

Analista

FERNANDO SOARES VIEIRA

Gerente de Acompanhamento de Empresas 3

De acordo ALEXANDRE LOPES DE ALMEIDA

Superintendente de Relações com Empresas

Em exercício