

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

BNDES PARTICIPAÇÕES S.A. - BNDESPAR

Processo CVM RJ-2010-15508

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto, em 14.10.10, pela BNDES PARTICIPAÇÕES S.A. registrada na categoria B desde 01.01.10, contra aplicação de multa cominatória no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), pelo não envio, até 06.09.10, do documento **PROP.CON.AD.AGO/2009**, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº147/10, de 17.09.10 (fls.08).

A Companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls.02/05):

- a. "inicialmente, cabem algumas considerações preliminares acerca do procedimento de imposição de multa cominatória pela CVM. Segundo dispõe o Ofício em referência, a aplicação da multa em questão tem por fundamento os arts. 5º, 12 e 14 da Instrução CVM nº 452/2007";
- b. "a referida Instrução regula a imposição, pela CVM, de multas cominatórias às pessoas que deixaram de prestar informações periódicas, eventuais ou, ainda, que não cumpriram ordens específicas emitidas por esta autarquia";
- c. "segundo dispõe o art. 2º dessa Instrução, as multas cominatórias impostas pela CVM são de duas naturezas: a) multa ordinária, quando fundada em atraso na prestação de informações periódicas ou eventuais; e b) multa extraordinária exigível na hipótese de não cumprimento de ordens específicas emitidas pela CVM";
- d. "no caso presente, essa D. Comissão decidiu pela aplicação de multa cominatória à Recorrente tendo em vista alegado atraso no envio de informação periódica";
- e. "todavia, deixou de cumprir o art.3º da Instrução em voga, que prevê a obrigação de o ente regulador enviar prévio comunicado à Companhia alertando-a do alegado descumprimento, conforme transcrito abaixo:

'Multa Ordinária por Informação Periódica

Art.3º Verificado o descumprimento da obrigação de fornecer informação periódica, o Superintendente da área responsável fará enviar, nos 5 (cinco) dias úteis seguintes ao término do prazo, comunicação específica, dirigida ao responsável indicado no cadastro do participante junto à CVM, alertando-o de que, a partir da data informada, incidirá a multa ordinária prevista na regulamentação aplicável, devidamente indicada'(grifou-se)";
- f. "somente a partir do dia seguinte ao do recebimento dessa comunicação específica começa a fluir o prazo de incidência da multa ordinária, de que trata o artigo acima, que incidirá pelo período máximo de 60(sessenta) dias, nos termos dos arts. 12 e 14, da Instrução CVM ora em comento";
- g. "após a fluência desse prazo, poderá a CVM, por meio de decisão fundamentada do Superintendente da área responsável, aplicar e cobrar a multa cominatória, nos termos do art. 5º, dessa Instrução, abaixo transcrito:

'Decisão de Aplicação da Multa Ordinária

Art.5º Caso a obrigação de prestação de informação somente **seja cumprida após a fluência da multa ordinária, ou se o prazo limite de que trata o art. 14 for atingido sem que a obrigação seja** cumprida, o Superintendente da área responsável decidirá, fundamentadamente, sobre a conveniência da aplicação e cobrança de multa cominatória ou da instauração de processo administrativo sancionador'(grifou-se)";
- h. "portanto, conforme determina a Instrução CVM nº 452/2007, para ser aplicado o art. 5º acima aludido, ou seja, para a CVM decidir pela imposição e cobrança de multa cominatória, é imprescindível que haja a comunicação prévia específica prevista no art. 3º da Instrução CVM nº 452/2007";
- i. "vale ressaltar que o recebimento dessa comunicação visa não apenas servir de marco inicial para a contagem do prazo de incidência da multa ordinária, mas também possibilitar a Companhia notificada que cumpra, se for o caso, a obrigação, ou apresente justificativas que a levaram a não fazê-lo";
- j. "no presente caso, todavia, a Recorrente não fora previamente comunicada acerca da incidência de multa ordinária, tendo recebido diretamente a intimação da aplicação e cobrança de multa ordinária, referente ao suposto atraso de sessenta dias para entrega de informações periódicas";
- k. "resta ilegítima, portanto, a aplicação e cobrança de multa cominatória à Recorrente, haja vista a não observância do devido procedimento previsto para tal, razão pela qual deve a multa cominatória em questão ser anulada";
- l. "no caso, a aplicação da multa cominatória está motivada por alegado atraso no envio, a essa D. Comissão, da documentação exigida pelo art. 21, VIII, da Instrução CVM nº 480/2009, a saber, 'todos os documentos necessários ao exercício do direito de voto nas assembleia gerais ordinárias, na forma estabelecida por norma específica';
- m. "entende-se que essa exigência da D. Comissão se aplica apenas a companhias com pluralidade de acionistas, quando será possível a presença de acionistas majoritários e minoritários, com e sem direito de voto, o que não é o caso da Recorrente";
- n. "neste sentido, cabe esclarecer que a BNDES Participações S.A. – BNDESPAR, ora Recorrente, é uma sociedade por ações subsidiária integral do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, sendo este, portanto, o seu único acionista";
- o. "além disso, a Recorrente possui toda a sua estrutura administrativa, contábil e financeira compartilhada com este único acionista, isto é, as demonstrações financeiras objeto de análise nas AGOs são preparadas por um departamento do próprio acionista único, cuja diretoria, aliás, é composta pelos mesmos indivíduos";
- p. "deste modo, a fim de suprir as formalidades contidas na Lei nº 6.404/76 que rege as Sociedades por Ação, no caso da Recorrente, as

deliberações que caberiam à Assembléia Geral em uma sociedade com pluralidade de acionistas são submetidas à Diretoria do acionista único (BNDES), conforme dispõe o art. 10 do Estatuto Social da Recorrente, abaixo transcrito:

Art. 10. As deliberações do Acionista único – BNDES, pertinente ao exercício das atribuições de que trata o artigo anterior, serão formalizadas por meio de atos decisórios da Diretoria do BNDES, os quais produzirão os mesmos efeitos das atas das assembleias gerais de acionista a que se refere o art. 130 da Lei nº 6.404.76, de 15.12.76, inclusive perante o Registro de Comércio.

Parágrafo único. As deliberações de que trata este artigo deverão, quando for o caso, obedecer aos prazos estabelecidos na legislação aplicável às sociedades anônimas”;

- q. "diante de tal realidade, entende-se que não lhe é aplicável a exigência constante do art. 21, VIII, da Instrução CVM 480/2009, cujo objetivo maior é proteger os interesses dos acionistas minoritários e que não fazem parte da administração da companhia. No caso da Recorrente, não há interesse de minoritários a ser protegido”;
- r. "nessa linha, o procedimento atualmente adotado é de arquivar as decisões de Diretoria do BNDES como 'Atas de Assembléia' e fazer constar destas decisões que elas suprem todos os atos formais exigidos pela Lei nº 6.404/76”;
- s. "cabe ressaltar que esse modo de proceder já é conhecido da CVM e a Recorrente reiteradamente cumpre a sua obrigação de prestar as informações periódicas por meio do envio, a essa D. Comissão, pelo sistema IPE, das Decisões de Diretoria do BNDES que tratam dos assuntos pertinentes às 'assembleias gerais' da BNDESPAR”;
- t. "apesar de todas as circunstâncias expostas acima, esta D. Comissão houve por bem aplicar a multa cominatória à Recorrente e, ao fazê-lo, agiu injustamente. Portanto, com a interposição deste recurso, a Recorrente espera o reexame da questão para que tal ato seja objeto da devida reforma”;
- u. "em face do exposto, a Recorrente pede e espera que este E. Colegiado acolha as razões recursais e dê provimento ao recurso para o efeito de cancelar a penalidade que lhe é imposta”;
- v. "considerando, finalmente, que a tramitação deste recurso, até a solução final, pode superar o prazo de recolhimento da multa cominatória, impondo à Recorrente, por antecipação, os efeitos da sanção com o desembolso da respectiva quantia, a Recorrente pede que o presente seja recebido com **efeito suspensivo**, a teor do disposto no art.13, §1º, parte final, da Instrução CVM nº 452/2007, sendo certo, outrossim, que o deferimento deste pedido, por outro lado, não causará nenhum prejuízo a essa D. Comissão, autorizando o seu acolhimento”.

Entendimento da GEA-3

Inicialmente, **cabe** destacar que foi encaminhado, à companhia, o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº992/10, de 22.10.10, **indeferindo** o pedido de efeito suspensivo do recurso interposto (fls.10).

Com relação à necessária existência de proposta da administração para as assembleias gerais ordinárias, lembre-se que essas assembleias estão previstas no art. 132 da Lei nº 6.404/76, que dispõe que anualmente, nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver uma assembleia geral para:

- I – tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras;
- II – deliberar sobre destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos;
- III – eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso; e
- IV – aprovar a correção da expressão monetária do capital social.

Ademais, o inciso V do art. 142 da Lei nº 6.404/76 estabelece que compete ao Conselho de Administração manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria e o § 3º do art. 176 da Lei nº 6.404/76 dispõe que as demonstrações financeiras registrarão a destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembleia geral.

Cabe ressaltar, também, que a proposta da administração, ainda que sem o destaque conferido pelo Ofício-Circular/CVM/SEP/Nº001/10 (em razão, claro, da Instrução CVM nº 481/09), já era citada nos Ofícios-Circulares de anos anteriores (antes, portanto da entrada em vigor das Instruções CVM nº480/09 e nº481/09), tendo sido encaminhada, via Sistema IPE, por diversas companhias antes de sua classificação em categorias A e B.

Além disso, muitas companhias classificadas na categoria B encaminharam as suas propostas da administração este ano.

Dessa forma, não há que se questionar a necessária existência do documento **PROP.CON.AD.AGO**, que, 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, deve ser entregue até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembleia geral ordinária, não havendo, na legislação aplicável, qualquer hipótese de dispensa de seu envio, incluindo a situação econômico-financeira da companhia.

Ressalta-se ainda que:

- a. a comunicação específica prevista no art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 (e-mail de alerta) foi enviado a todas as companhias, independentemente da classificação nas categorias A e B, e do seu texto extrai-se que, para as companhias de categoria B, o envio do documento é obrigatório nos termos do inciso VIII do artigo 21 da Instrução CVM nº 480/09, e para as companhias da categoria A também em função dos artigos 9º, 10 e 12 da Instrução CVM nº 481/09 (fls.09);
- b. a Instrução CVM nº481/09, de fato, **não** se aplica às companhias registradas na Categoria B, pelo que a multa cominatória de que se trata **não** foi aplicada em razão do conteúdo da proposta, **mas sim nos termos do parágrafo 8º, retro** ;
- c. nos termos do art. 10 do Estatuto Social da Companhia, as deliberações do acionista único BNDES são formalizadas por meio de atos decisórios da diretoria do BNDES, os quais produzirão os mesmos efeitos das atas das assembleias gerais de acionistas a que se refere o art. 130 da Lei nº 6.404/76, inclusive perante o Registro de Comércio (fls.12);
- d. na reunião de Diretoria do BNDES, realizada em 18.02.10, que deliberou sobre as Demonstrações Financeiras da BNDESPAR referentes ao exercício social findo em 31.12.09 e a destinação do resultado (matérias de AGO, nos termos do art. 132 da Lei nº 6.404/76), o acionista único BNDES estava representado por seus diretores (fls.16/18);

- e. nos termos do §2º do art. 21 da Instrução CVM nº480/09, o comparecimento da totalidade de acionistas na AGO somente dispensa o envio do respectivo edital de convocação;
- f. além disso, nos termos do §4º do art. 133 da Lei 6.404/76, o comparecimento da totalidade de acionistas na AGO, somente permite a entrega do documento **PROP.CON.AD.AGO** fora do prazo previsto no caput do artigo, se aquele documento for publicado (encaminhado via Sistema IPE) antes da realização da assembleia, o que não ocorreu.

Ao contrário do alegado pela Companhia, restou comprovado que foi enviada a comunicação específica prevista no art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 (e-mail de alerta) em 31.03.10 (fls.09).

Ademais, nos termos do art. 12 do seu Estatuto Social, ao Conselho de Administração cabe manifestar-se sobre o Relatório Anual da Diretoria, as demonstrações financeiras do exercício e as propostas de destinação de resultados, manifestação essa que deveria ter sido (e não foi) encaminhada como o documento **PROP.CON.AD.AGO/2009** pelo sistema IPE.

Assim sendo, a nosso ver, restou comprovado que a multa foi aplicada corretamente, nos termos da Instrução CVM nº 452/07, tendo em vista que: (i) o e-mail de alerta foi enviado em 31.03.10 (fls.09), não tendo sido objeto de questionamento pela companhia; e (ii) a BNDES PARTICIPAÇÕES S.A. - BNDESPAR, até esta data, **não** encaminhou o documento PROP.CON.AD.AGO/2009.

Isto posto, somos pelo indeferimento do recurso apresentado pela BNDES PARTICIPAÇÕES S.A. - BNDESPAR, 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,

KELLY LEITÃO SANGUINETTI

Analista

FERNANDO SOARES VIEIRA

Gerente de Acompanhamento de Empresas 3

De acordo

ELIZABETH LOPEZ RIOS MACHADO

Superintendente de Relações com Empresas