

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

CAFÉ SOLÚVEL BRASÍLIA S.A.

Processo CVM RJ-2011-1600

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto, em 02.02.11, pela CAFÉ SOLÚVEL BRASÍLIA S.A., registrada na categoria A desde 01.01.10, contra a aplicação de multa cominatória, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), pelo atraso de 61 (sessenta e um) dias (data limite: 30.06.10 – data de entrega: 30.08.10), limitado a 60 dias nos termos do art. 14 da Instrução CVM nº 452/07, no envio do documento **FORM.REFERÊNCIA/2010**, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº 49/11, de 12.01.11 (fls.21).

A Companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls.03/14):

#### **"Falhas no Sistema de Envio de Dados"**

a. "o art. 21, inciso II, da Instrução CVM nº 480/2009 dispõe que:

'Art. 21. O emissor deve enviar à CVM por meio de sistema eletrônico disponível na página da CVM na rede mundial de computadores, as seguintes informações:

II – formulário de referência";

b. "conforme consignado no OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº49/11 (documento anexo), a data limite para entrega do formulário supracitado era o dia 30/06/2010";

c. "ocorre que devido a problemas no envio das informações pelo sistema 'EmpresasNet' disponibilizado pela CVM, a Recorrente teve dificuldades em enviar o Formulário de Referência a tempo e modo, motivo pelo qual entrou em contato com a Central de Atendimento BM&FBovespa – CAB para solucionar o problema";

d. "registre-se que os problemas no envio do Formulário de Referência foram devidamente comunicados a CVM por telefone e e-mail, tendo sido registrado o incidente nº INC 00000397293 pelo CAB/DO-DIA/Coord. Atendimento ao Cliente e SLM, conforme atestam documentos em anexo";

e. "dessa forma, evidenciada a boa-fé da Recorrente que tão logo constatou os problemas no envio do Formulário de Referência entrou em contato com o setor responsável para tentar solucionar o problema, resta demonstrado que não subsiste razão para manutenção da multa aplicada em decorrência do atraso no envio do Formulário que se deu por problemas técnicos do sistema disponibilizado pela CVM";

#### **"Da ilegalidade da Instrução CVM 452/2007"**

f. "a Lei Federal nº. 6.385/76 ao dispor acerca das penalidades a serem aplicadas pela CVM condicionou sua validade à compatibilidade entre sua adoção e a gravidade da falta (razoabilidade/proporcionalidade)";

g. "ocorre que, por meio da Instrução CVM nº. 452/2007 que dispôs sobre a aplicação de multa cominatórias decorrentes da inobservância da Lei nº. 6.385/76, foi desprezada qualquer gradação de sanção administrativa, extrapolando seus limites regulamentares inovando criando deveres e obrigações inexistentes na lei";

h. "o ato administrativo, do qual a instrução é espécie, que ultrapassar os limites estabelecidos na lei, criando obrigações, impondo vedações ou concedendo ou restringindo direitos, será considerado ilegal e inconstitucional. A instrução administrativa, como ato de hierarquia inferior à lei, não pode invadir a reserva legal, revogando, modificando ou desvirtuando disposições expressas de texto legislativo, sob pena de infringir o princípio da legalidade";

i. "a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, criada pela Lei n. 6.385/76, ultrapassou sua competência ao baixar instrução para regulamentar a aplicação de multa sem observar a exigência de gradação das sanções administrativas";

j. "a Comissão de Valores Mobiliários infringiu as diretrizes básicas a serem observadas quando da aplicação das sanções administrativas disciplinadas pela Lei n. 6.385/76 quando editou instrução CVM nº 452 impondo a aplicação de multa cominatória, sem atentar para necessária gradação das sanções administrativas";

k. "em face do exposto, dúvidas não podem existir acerca da total inconsistência da multa aplicada, razão pela qual deve ser a mesma considerada nula".

#### **"Ausência de Motivação"**

l. "diante dos pilares da legalidade e moralidade administrativa, a motivação é obrigatória nos atos administrativos que afetam o interesse individual do administrado";

m. "a multa aplicada à Recorrente não possui motivação, apenas se limitando a dar o enquadramento da conduta";

n. "isso não é fundamentação legal, pois apenas enquadra legalmente a conduta da Recorrente. Fundamentação (motivação) é o exame das questões de fato e de direito, onde se constrói as bases lógicas da parte decisória, é onde se fixa as premissas da decisão após laborioso exame das alegações relevantes que as partes formularam, bem como do enquadramento do litígio nas normas legais aplicáveis";

o. "ora Eméritos Julgadores, é pela motivação que o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática, contudo o ofício que comunicou a aplicação da multa supra mencionada não analisa devidamente os pressupostos de fato";

p. "não resta sombra de dúvida que o ato administrativo vinculado em apreço está eivado de vício pela falta de motivação, devendo o mesmo ser desconstituído".

### "Ausência do Devido Processo Legal"

- q. "a ampla defesa e o contraditório são corolários da garantia do devido processo legal. Completam-se. A ampla defesa sugere a extensão em que deve ser concebido o direito: o adjetivo, ampla, não quer significar irrestrita, mas indica que ao interessado é dado manifestar-se, desde que de maneira lícita, com plenitude no transcorrer do processo";
- r. "por sua vez, o contraditório apresenta o meio, a forma com que se deve dar a manifestação da defesa, demonstrando a estrutura dialética das situações ativas e passivas em que se vê inserido o interessado ao longo do processo";
- s. "com efeito, para que seja aplicada uma multa é necessário que haja um processo administrativo em que seja garantido o contraditório e a ampla defesa para que depois a multa seja mensurada e aplicada";
- t. "como sabido, o Auto de infração é o ato inicial do procedimento que desemboca na notificação para pagamento de multa, que é o ato final. Não se pode inverter as coisas. Como se verifica no ofício que comunicou a multa, o Ilmo. Sr. Superintendente de Relações com Empresas de pronto calculou o valor da multa no montante de R\$ 30.000,00 e comunicou à Recorrente sua aplicação, sem que lhe fosse assegurada a possibilidade de defesa prévia";
- u. "ora, a multa só se torna exigível após todo o processo administrativo onde é assegurado o contraditório e a ampla defesa, pois, caso contrário, está-se aplicando uma sanção sem o devido processo legal"
- v. "diante do exposto, a multa aplicada pelo Ilmo. Sr. Superintendente de Relações com Empresas é nula, por afronta aos princípios da legalidade, motivação, contraditório e ampla defesa".

### "Exorbitância da Exigência"

- w. "*ab initio*, convém lembrar que é princípio de direito que a multa é uma imposição pecuniária a que se sujeita o infrator a título de compensação do dano decorrente da infração, mas que não pode exceder os justos limites, pois, deve ser graduada em função da gravidade da infração, do dolo na consecução do fato delituoso, etc";
- x. "as multas ora hostilizadas negam o princípio milenar da gradação da penalidade, isto é, da dosimetria da penalidade, levando-se sempre em conta a natureza e as circunstâncias da falta cometida";
- y. "dessa forma, as multas aplicadas pela CVM têm natureza nitidamente confiscatória, violando o supramencionado *Princípio do Não-Confisco*, eis que gravam sobremaneira o patrimônio da Recorrente, devendo ser anuladas";
- z. "acrescente-se que a penalidade, ainda que prevista em lei, deve estar em perfeita sintonia com os *Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade*. Tais princípios aplicam-se não só aos atos emanados do Poder Executivo, mas também aos do Poder Legislativo. Ambos mantêm uma relação de fungibilidade, irradiam-se sobre o ordenamento jurídico, norteando, por conseguinte, o conteúdo do ato legislativo. Este, em razão dos citados mandamentos nucleares, não pode espelhar medida desproporcional e excessiva, pois, deve, ao revés, ser adequado, razoável no sentido de haver compatibilidade entre a medida restritiva (multa) empregada e a finalidade perseguida (educativa - ressarcimento do dano no justo limite). A norma jurídica somente afigura-se válida e legítima se existir uma relação razoável e proporcional entre seus motivos, meios e fins";
- aa. "tão importante quanto é o *Princípio da Moralidade*, igualmente aplicável aos atos legislativos, constituindo-se, o apontado mandamento, em obstáculo à edição de normas arbitrárias, discriminatórias e abusivas, que visam tão-somente a criação de dificuldades e óbices injustificáveis no cumprimento das obrigações administrativas e tributárias"; e
- ab. "a aplicação das multas, nos patamares em que foram exigidas é ilegítima e inválida, não produzindo seus regulares efeitos, pelo que deve ser anulada face às violações aos *Princípios da Proporcionalidade, da Razoabilidade, do Não-Confisco e Moralidade*".

### "Do Pedido"

- ac. "ante o exposto, pede seja decretada a nulidade/insubsistência da multa aplicada pelo Ilmo. Sr. Superintendente de Relações com Empresas, seja pela ausência de pressuposto de fato ou por afronta aos princípios da legalidade, motivação, contraditório e ampla defesa, ou, quando muito, seja reduzido o valor da multa".

### Entendimento da GEA-3

Inicialmente, com relação à alegação da Companhia acerca da ilegalidade da Instrução CVM nº 452/07, cabe destacar que não há que se confundir multa cominatória (prevista no art. 9º, inciso II da Lei nº 6.385/76), com penalidade (prevista no art. 11 da Lei nº 6.385/76).

Nos termos do § 1º do art. 24 da Instrução CVM nº 480/09, o emissor deve entregar o **FORMULÁRIO DE REFERÊNCIA** atualizado, anualmente, em até 5 (cinco) meses contados da data de encerramento do exercício social.

O Ofício-Circular/CVM/SEP/Nº004/2010, de 01.06.10, por sua vez, comunicou que estava disponível a versão do sistema Empresas.net para preenchimento e envio do Formulário de Referência (FR) e lembrou aos emissores que a Deliberação CVM nº 627, de 09.04.10, prorrogou, de forma excepcional no exercício de 2010, para até 30.06.10, o prazo de entrega do FR para os emissores com exercício social encerrado em 31 de dezembro.

Posteriormente, a Deliberação CVM nº 631, de 16.06.10, estabeleceu o que se segue:

Art. 1º **Facultar**, aos emissores de valores mobiliários com exercício social findo em 31 de dezembro, **a entrega anual do formulário de referência, no prazo estabelecido na Deliberação CVM nº 627, de 9 de abril de 2010, em arquivo em formato de texto livre por meio do sistema IPE** disponível na página da CVM na rede mundial de computadores.

Art. 2º **Determinar**, aos emissores que exercerem a faculdade prevista no art. 1º, **a reentrega até o final do dia 31 de agosto de 2010 do formulário de referência atualizado, por meio do sistema eletrônico específico para o preenchimento e o envio do formulário**, disponível na página da CVM na rede mundial de computadores.

Cabe destacar, ainda, que, em 30.06.10, foi encaminhada, às companhias, a comunicação específica prevista no art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 (e-mail de alerta), nos seguintes termos (fls.22):

"Até o momento, não consta o recebimento, pelo SISTEMA EMPRESAS.NET, do documento Form.Referência/2010,

previsto no art. 21, inciso II, da Instrução CVM nº480/09.

Nesse sentido, lembramos que:

- a) a Deliberação CVM nº627, de 09.04.10, prorrogou para 30.06.10 o prazo de entrega anual do Formulário de Referência, previsto no art. 24, §1º da Instrução CVM nº480/09, para os emissores com exercício social findo em 31.12;
- b) o Sistema Empresas.Net foi disponibilizado em 01.06.10, nos termos do OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SEP/Nº04/2010, de mesma data; e
- c) a Deliberação CVM nº631, de 16.06.10, facultou aos emissores com exercício social findo em 31.12 a entrega anual do Formulário de Referência no prazo estabelecido na Deliberação CVM nº627/10 em arquivo texto livre pelo SISTEMA IPE, determinando que aqueles que exercerem essa faculdade deverão reentregar o Formulário de Referência atualizado pelo SISTEMA EMPRESAS.NET, até 31.08.10.

Este aviso deverá ser desconsiderado caso o documento já tenha sido encaminhado pelo Sistema Empresas.net.

Ressaltamos, por fim, que este e-mail tem como objetivo apenas alertar a companhia, nos termos do art. 3º da Instrução CVM nº452/00, NÃO cabendo recurso, que, se for o caso, poderá ser interposto somente quando e se informada a aplicação da multa cominatória prevista no art. 58 da Instrução CVM nº480/09".

Em 31.08.10, foi encaminhado, às Companhias, o seguinte e-mail (fls.23):

"Lembramos a todas as companhias abertas que hoje, 31.08.10, é a data limite de reentrega do Formulário de Referência pelo Sistema Empresas.Net, para as companhias com exercício social findo em 31.12 que exerceram a faculdade prevista na Deliberação CVM nº631, de 16.06.10, ou seja, para as empresas que entregaram o referido documento pelo Sistema IPE até 30.06.10.

Este e-mail deve ser desconsiderado caso a companhia:

- a) não tenha exercido a faculdade prevista naquela Deliberação; ou
- b) tenha exercido a faculdade e já tenha encaminhado o Formulário de Referência pelo Sistema Empresas.Net" .

No presente caso, a Companhia encaminhou o FORM.REFERÊNCIA/2010 somente em 30.08.10 (fls.24).

No entanto, restou comprovado, por meio dos e-mails em anexo ao presente recurso, que a Companhia acionou a Central de Atendimento da BM&FBovespa (CAB) em 17.08.10, solicitando orientação para utilização do Sistema Empresas.Net (fls.18/20).

Assim sendo, considerando que: (i) a Companhia acionou a CAB em 17.08.10; e (ii) não temos comprovação de que o problema foi resolvido antes de 30.08.10, data de envio do documento pela Companhia (fls.24), entendemos que a multa deve ser reduzida representando um atraso de 47 (quarenta e sete) dias e não de 60 (sessenta) dias conforme consta do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº 49/11.

Isto posto, somos pelo deferimento parcial do recurso apresentado pela CAFÉ SOLÚVEL BRASÍLIA S.A., recalculando a multa, nos termos do art. 12 da Instrução CVM nº 452/07, para que a cobrança seja referente a 47 dias de atraso no envio do documento FORM.REFERÊNCIA/2010 – R\$ 23.500,00 (vinte e três mil e quinhentos reais), compreendendo o período de 30.06.10 (data limite de entrega do documento) a 17.08.10, 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

De acordo

FERNANDO SOARES VIEIRA

Superintendente de Relações com Empresas