

PARA: SGE MEMO/CVM/SEP/GEA-3/Nº492/11

DE: SEP/GEA-3 DATA: 20.10.11

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

FOCUS CIA SEC DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS

Processo CVM nº RJ-2011-8575

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto, em 25.07.11, pela FOCUS CIA SEC DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS, registrada na categoria B desde 01.01.10, contra a aplicação de multa cominatória no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), pelo não envio, até 29.06.11, do documento **PROP.CON.AD.AGO/2010**, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº603/11 de 07.07.11 (fls.09).

A companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls.01/08):

- a. "tendo sido a Focus intimada em 15/07/2011 da aplicação das mencionadas multas cominatórias, e sendo o prazo para recurso de dez dias contados a partir do recebimento da intimação, dúvida não remanesce de que a presente defesa é tempestiva";
- b. "a Focus foi multada em R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) pelo não envio de anúncio de convocação, na forma do 21, IV da Instrução CVM nº 480/09";
- c. "dispõe o referido dispositivo regulamentar o seguinte:

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:

(...)

VI – comunicação prevista no art. 133 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, no prazo de 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembleia geral ordinária ou no mesmo dia de sua publicação, o que ocorrer primeiro;

(...);
- d. "a regra é excepcionada pelo próprio § 4º do art. 21 da Instrução CVM nº 480/09, segundo o qual 'o emissor está dispensado de entregar o edital de convocação da assembleia geral ordinária caso tal assembleia seja considerada regular, nos termos do art. 124, § 4º da Lei nº 6.404/76';
- e. "a Instrução, portanto, faz referência expressa ao § 4º do art. 124 da Lei das S.A., cuja redação prevê que 'independentemente das formalidades previstas neste artigo [artigo 124], será considerada regular a assembleia-geral a que compareceram todos os acionistas";
- f. "a Assembleia Geral Ordinária de 2010 contou com a participação da totalidade dos acionistas, razão pela qual foi dispensada, na forma do § 4º do artigo 124, § 4º do artigo 133 e do art. 21 da Instrução CVM nº 480/09, o envio de convocação de assembleia";
- g. "desta forma, não é cabível a imposição de multa cominatória pelo não envio de documento que, segundo a legislação e a própria regulamentação desta CVM, não era exigível";
- h. "quanto à proposta do Conselho de Administração de destinação do resultado, esta é também inexigível no caso concreto, quer seja pela legislação, quer pela regulamentação da CVM";
- i. "conforme disposto no Ofício-Circular/CVM/SEP/Nº01/10, e no Manual do IPE, a companhia deveria ter encaminhado o documento PROP.CON.AD.AGO/2010, através do Sistema IPE, 'categoria: Assembleia'; 'tipo: AGO ou AGO/E'; 'espécie: Proposta da Administração'; Assuntos: 'Destinação dos Resultados' (para o item II do art. 132 da Lei nº 6.404/76)";
- j. "a exigibilidade da entrega de tal documento para companhias Categoria B é controversa, pois decorre de interpretação extensiva da CVM quanto ao disposto no art. 21 da Instrução CVM nº 480/09, inciso V, que menciona apenas a necessidade de envio de 'documentos necessários ao exercício do direito de voto nas assembleias gerais ordinárias, na forma estabelecida por norma específica";
- k. "diga-se, nesse sentido, que o regulador, quando quis, exigiu expressamente o envio do referido documento, como fez na Instrução CVM nº 481/09 para as companhias Categoria A";
- l. "ademais, eventual alerta ou ofício que tenha sido enviado para as companhias não tem força normativa e não pode criar obrigação para quem quer que seja";
- m. "entretanto, independentemente dos argumentos acima, o documento PROP.CON.AD.AGO/2010 não é exigível ao presente caso por um outro motivo: a companhia apresentou prejuízo no referido exercício";
- n. "com efeito, a proteção dos acionistas minoritários em participar através do dividendo, nos lucros da companhia, exige a definição de regime legal sobre formação de reservas que limite a discricionariedade da maioria nas deliberações sobre destinação de lucros. Além disso, a administração tem responsabilidade também pela destinação do lucro, pois a ela compete propor à assembleia a destinação mais adequada à situação da companhia. Nessa proposta terão de ser conciliados os interesses da companhia, que muitas vezes recomenda o reinvestimento do lucro na maior extensão possível";
- o. "é justamente esta a função da proposta de destinação do lucro líquido: servir como garantia de que não haverá retenções inapropriadas";
- p. "no entanto, no caso concreto não havia lucro líquido a ser destinado. O Conselho de Administração da Focus, em reunião de 20 de março de 2011, apreciou, na forma do inciso V do art. 142 da Lei das S.A., o relatório da administração e as contas da diretoria. Mas devido à inexistência de lucro líquido a ser distribuído, não se justifica a elaboração de proposta, na forma do art. 192 da Lei das S.A., e tampouco o envio para a CVM de uma destinação de lucro inexistente";
- q. "não há sentido em se elaborar uma proposta de destinação de lucro líquido para uma companhia que teve prejuízo, sendo, portanto, descabida qualquer multa cominatória pelo seu não envio";
- r. "assim, ante a todo o exposto acima, requer-se a revisão das multas cominatórias aplicadas pelo não envio dos documentos

Prop.Con.Ad.AGO.2010 e Com. Art. 133/2010, uma vez que, conforme demonstrado, estes não precisavam ser enviados para a CVM"; e

- s. "requer-se, ainda, a concessão de efeito suspensivo, na forma da Instrução CVM nº 452/07, tendo em vista que as multas são flagrantemente descabidas para o caso concreto e carecem de fundamentos legais".

ENTENDIMENTO DA GEA-3

Inicialmente, cabe destacar que:

- a. a eventual apuração de responsabilidades pela realização da assembléia geral ordinária fora do prazo previsto no art. 132 da Lei nº 6.404/76 **não** é objeto deste processo;
- b. o recurso contra a aplicação de multa pela não entrega do documento COM. ART. 133/2010 é objeto do Processo CVM nº RJ-2011-8576; e
- c. foi encaminhado, à companhia, o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº833/11, de 27.07.10, **indeferindo** o pedido de efeito suspensivo do recurso interposto (fls.16/17).

Com relação à necessária existência de proposta da administração para as assembléias gerais ordinárias, lembre-se que essas assembléias 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 assembléia 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 assembléia geral.

Cabe ressaltar, também, que a proposta da administração, ainda que sem o destaque conferido pelos Ofícios-Circulares CVM/SEP nº 001/2010 e 004/2011 (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 nº 480/09 e nº 481/09), tendo sido encaminhada, via Sistema IPE, por diversas companhias antes da classificação em categorias A e B.

Dessa forma, não há que se questionar a necessária existência do documento Proposta da Administração para a Assembleia Geral Ordinária – **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 assembléia geral ordinária, **não** havendo, na legislação aplicável, qualquer hipótese de dispensa de seu envio.

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;
- b. nos termos do §4º do art. 133 da Lei 6.404/76, o comparecimento da totalidade de acionistas na AGO (foi o caso da AGO da Focus Cia Securitizadora de Créditos Imobiliários – fls.21/25), 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;
- c. na AGO realizada em 09.05.10 (fls.21/25) foram aprovadas as demonstrações financeiras relativas ao exercício social findo em 31.12.10. Ademais, considerando que no referido exercício social não foi apurado resultado positivo, os acionistas deliberaram que não haveria qualquer distribuição de lucros ou dividendos; e
- d. assim sendo, conforme disposto nos Ofícios-Circulares CVM/SEP/Nº01/10, de 19.01.10, e Nº04/11, de 15.03.11 e Manual do IPE (todos disponíveis no site da CVM), a companhia deveria ter encaminhado o documento PROP.CON.AD.AGO/2010, através do Sistema IPE, "Categoria: Assembléia"; "Tipo: AGO"; "Espécie: **Proposta da Administração**"; Assunto: "**Destinação dos Resultados**" (para o item II do art. 132 da Lei nº 6.404/76), mesmo tendo apurado prejuízo.

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 31.03.11 (fls.10); e (ii) a FOCUS CIA SEC DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS, até o momento, não encaminhou o documento **PROP.CON.AD.AGO/2010**.

Isto posto, sugerimos o **indeferimento** do recurso apresentado pela FOCUS CIA SEC DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS, 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

PATRICK VALPAÇOS FONSECA LIMA

Gerente de Acompanhamento de Empresas 3

De acordo,

FERNANDO SOARES VIEIRA

Superintendente de Relações com Empresas