

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

FAE ADM. E PARTICIPAÇÕES S.A.

Processo CVM RJ-2011-8877

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto, em 29.07.11, pela FAE ADM. E PARTICIPAÇÕES S.A., registrada na categoria A desde 01.01.10, contra a aplicação de multa cominatória, no valor de R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), pelo atraso de 27 (vinte e sete) dias no envio do documento **PROP.CON.AD.AGO/2010**, comunicada por meio do Ofício CVM/SEP/MC/Nº 591/11, de 07.07.11 (fls.08).

A companhia apresentou recurso nos seguintes termos (fls.01/07):

- a. "literalmente, diz a peça punitiva que a Recorrente enviou as informações solicitadas no art. 21, inciso VIII, da Instrução CVM nº 480, no dia 28 de abril de 2011, quando o deveria ter feito até o dia 31 de março desse ano. Assim, transcorrendo em aberto um prazo de 27 dias, e sendo, portanto, aplicada uma multa cominatória de R\$ 500,00 (quinhentos reais) ao dia. O que totaliza R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais)";
- b. "não pretende a Recorrente, neste momento, questionar a validade ou não dessa multa cominatória, uma vez que este não é o foro apropriado para tanto";
- c. "entretanto, questiona a Recorrente a aplicabilidade da multa ao presente caso, uma vez que o r. legislador não estabeleceu no comando virtualmente infringido um marco inicial para a contagem do prazo e nem mesmo definido a sua extensão. O prazo se existe, deve estar previsto em outro normativo, que não foi citado no Ofício, em debate";
- d. "em outras palavras, falta fundamentação técnica à peça punitiva, ora guerreada";
- e. "é o que pretende demonstrar a Recorrente, após as explanações a seguir apresentadas. Senão vejamos";
- f. "de acordo com a peça punitiva enviada por esta r. Autarquia, a Recorrente não se atentou ao prazo para o envio de determinadas obrigações a que está sujeita, por ainda possuir registro CVM. O comando normativo tido como ofendido foi o art. 21, inciso VIII, a seguir transcrito:

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:

(...)

VIII – todos os documentos necessários ao exercício do direito de voto nas assembleias gerais ordinárias, na forma estabelecida por norma específica;

(...);

- g. "em que pese a afirmação contida no Ofício CVM/SEP/MC/Nº591/11 de que houve ofensa ao comando retro descrito, da simples leitura do mesmo, pode se verificar que o mesmo não ocorreu, pois não consta deste, qualquer prazo estabelecido";
- h. "ora, se não existe prazo a ser observado, como poderemos falar em atraso. E em não se falando em atraso, não existe multa cominatória a ser aplicada";
- i. "nobre julgador, a Recorrente questiona, de acordo com a fundamentação exposta na peça, ora guerreada, qual o prazo que deixou de atender?";
- j. "consultando a legislação tida como ofendida, percebe-se que não existe prazo determinado em lei estabelecendo data limite para envio das informações previstas no art. 21, inciso VIII";
- k. "por amor ao direito, acrescente-se, embora desnecessário, que o próprio art. 21 em outros incisos estabelece prazos para o cumprimento das obrigações ali contidas. Deixando de fazer em outros, tais como o aqui guerreado";
- l. "é cediço princípio da hermenêutica aquele que determina que onde o legislador não faz distinção, não cabe ao intérprete da lei fazer. Ora, não foi estabelecido prazo no inciso VIII, do art. 21. Mesmo se consultarmos a legislação específica, como menciona o inciso VIII, do art. 21, que por extensão de referência encontramos a Instrução CVM nº 481, no seu art. 9º, vemos que o mesmo trata dos documentos mencionados no inciso VI do art. 21, quais sejam, os mesmos dispostos no art. 133 da Lei nº 6.404/76, cujo prazo previsto é de 30 dias";
- m. "repita-se, na caracterização da punição, multa cominatória, o Ofício CVM/SEP/MC/Nº591/11 deixa de informar qual o comando ofendido por conta do prazo. Ou seja, os documentos solicitados no art. 21, inciso VIII, não possuem um prazo expresso para o envio. O aplicador da multa cominatória aponta um atraso de 27 dias, mas qual o comando legal que determinou o início da contagem do prazo";
- n. "nobre Julgador, para haver ofensa o ato normativo tem que estar expresso. A lei, entenda-se em sentido amplo, deve tipificar o ato ofendido";
- o. "ademais, não custa lembrar, Douto Julgador, mas a administração pública brasileira está vinculada estritamente, por ordem constitucional, ao princípio da legalidade, conforme preceitua o caput do artigo 37 da nossa Carta Magna. Os atos administrativos originados da atuação do Poder Público precisam estar revestidos de toda a legalidade necessária. Tal exigência tem por objetivo resguardar o administrado de possível atuação exagerada do Estado";
- p. "repita-se, se necessário a exaustão, no presente caso, não estabeleceu a lei um prazo para que esta exigência fosse atendida. Isso configura o chamado Erro de Direito, resultando, por conseguinte, na nulidade da punição representada pela exigência da multa cominatória";
- q. "o Erro de Direito, também chamado Erro Material, macula a peça punitiva, não podendo a mesma prosperar, sob pena de dismantelar a estrutura do nosso ordenamento jurídico de se permitir a atuação do Estado de forma desordenada";
- r. "é dever da autoridade administrativa indicar expressamente a norma legal infringida, com o fito de resguardar a legalidade e a prestação que ele

determina de questionamentos do sujeito passivo. Como se faz no presente momento";

s. "em matéria semelhante, vejamos algumas decisões do Conselho de Contribuinte:

AUTO DE INFRAÇÃO – DISPOSIÇÃO LEGAL INFRINGIDA. O lançamento tributário, por constituir-se por constituir-se em Ato Administrativo, está sujeito aos princípios da Legalidade e da Publicidade, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal. E assegurado ao contribuinte, o direito ao contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV, o que somente se verifica quando a matéria tributária tiver adequadamente descrita, com o conseqüente enquadramento legal das infrações apuradas. A falta desses requisitos essenciais, torna nulo o Ato Administrativo de Lançamento, e, de conseqüência, insubsistente a exigência do crédito tributário constituído. Declarada a nulidade do Lançamento Tributário.

AUTO DE INFRAÇÃO - DISPOSIÇÃO LEGAL INFRINGIDA. O lançamento, além de descrever com clareza as infrações nele apontadas, deve ser formulado de acordo com a legislação que rege o tributo, sob pena de sua nulidade";

Leia mais: <http://www.fiscosoft.com.br/a/1yhh/nulidade-da-autuacao-fiscal-contra-o-substituido-do-icms-na-epoca-da-vigencia-de-liminar-erro-de-direito-do-ato-administrativofernando-dantas-casillo-goncalves#ixzz1TS5DQFas>

- t. "desta forma, não pode o aplicador do direito, qualificar como infringido, algo que não está tipificado em lei";
- u. "por outro lado, a multa cominatória tem a sua aplicabilidade invocada toda vez que o sujeito da obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar a coisa, deixar de atender a mesma. No presente, a Recorrente atendeu a obrigação enviando as informações solicitadas pelo comando legal";
- v. "portanto, a sua aplicabilidade deixa de existir. Uma vez que justamente dessa forma foi que procedeu a Recorrente, pois de fato, como afirmado anteriormente, toda a documentação solicitada foi enviada à CVM";
- w. "resta cristalino, assim, que não deve subsistir esta punição, na forma de multa cominatória"; e
- x. "ex positis, vem a Recorrente solicitar, diante dos fatos apresentados, a anulação da presente multa cominatória, pois carece a mesma de fundamentação legal, requerendo ainda a aplicação do efeito suspensivo conforme previsão do art. 13, § 1º da Instrução CVM 452/07".

Entendimento da GEA-3

Inicialmente, cabe destacar que: (i) não é objeto deste processo a análise do conteúdo da proposta da administração; e (ii) foi encaminhado, à companhia, o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº861/10, de 29.07.11, **indeferindo** o pedido de efeito suspensivo do recurso interposto (fls.10/11).

O documento Proposta da Administração para a Assembleia Geral Ordinária – **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 a recorrente), arts. 9º, 10 e 12 da Instrução CVM nº481/09, deve ser entregue até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização regular da assembléia geral ordinária, não havendo, na legislação aplicável, qualquer hipótese de dispensa de seu envio.

Ressalta-se ainda que nos termos do §4º do art. 133 da Lei 6.404/76, o comparecimento da totalidade de acionistas na AGO (não foi o caso da AGO/E da FAE Adm. e Participações S.A. realizada em 28.04.11 – fls.15/18), 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.

No presente caso, é importante destacar que:

- a. não se deve 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);
- b. ao contrário do alegado pela Recorrente, o documento tem prazo de entrega definido, conforme § 4º retro;
- c. em **31.03.11**, foi encaminhado, à Companhia, a comunicação específica prevista no art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 (e-mail de alerta - fls.09);
- d. a Companhia encaminhou o documento **PROP.CON.AD.AGO/2010**, em **20.04.11**, portanto, fora do prazo previsto (fls.13/14); e
- e. quando do envio **intempestivo** do citado documento (a AGO/E foi realizada em **28.04.11** fls.15/18), em vez de fazê-lo através da "Categoria/Tipo/Espécie": Assembleia/AGO/Proposta da Administração, a Companhia o fez, indevidamente, através da "Categoria/Tipo": Aviso aos Acionistas/Outros Avisos; e
- f. em **28.04.11**, foi enviado, pelo caminho correto, o documento **PROP.CON.AD.AGO/2010**. No entanto, equivocadamente, o documento encaminhado pertencia à FAE – Ferragens Aparelhos Elétricos S.A. e **não** à Recorrente (fls.19/20).

Assim sendo, entendemos que a multa deve ser reduzida representando um atraso de 19 (dezenove) dias e não de 27 (vinte e sete) dias conforme consta do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº 591/11.

Isto posto, somos pelo deferimento parcial do recurso apresentado pela FAE ADM. E PARTICIPAÇÕES S.A., recalculando a multa, nos termos do art. 12 da Instrução CVM nº 452/07, para que a cobrança seja referente a 19 dias de atraso no envio do documento **PROP.CON.AD.AGO/2010** – R\$ 9.500,00 (nove mil e quinhentos reais), compreendendo o período de 31.03.11 (data limite de entrega do documento) a 20.04.10, 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

PATRICK VALPAÇOS FONSECA LIMA

Gerente de Acompanhamento de Empresas 3

De acordo,

FERNANDO SOARES VIEIRA

Superintendente de Relações com **Empresas**