

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

BAHEMA S.A.

Processo CVM RJ-2012-13317

Senhor Superintendente,

Trata-se de recurso interposto, em 05.11.2012, pela BAHEMA S.A., registrada na categoria A desde 01.01.2010, contra aplicação de multa cominatória, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), pelo não envio, até 12.09.2012, do documento **PROP.CON.AD.AGO/2011**, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº 163/12 de 02.10.2012 (fl. 18).

A Companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls. 01-17):

- a. "preliminarmente, em virtude dos fatos e fundamentos abaixo expostos, solicita seja outorgado ao presente recurso efeito suspensivo até a publicação da decisão desta douta comissão, de modo que não haja a cobrança de multas e outras penalidades até eventual decisão final a respeito da manutenção da cobrança ora questionada";
- b. "a recorrente está sendo punida com multa cominatória no total de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) com base no seguinte fundamento extraído do ofício 'atraso no envio do documento PROP.CON.AD.AGO/2011, previsto no art. 21, inciso VIII da Instrução CVM nº 480/09";
- c. "preliminarmente, de modo a colaborar para o perfeito entendimento da argumentação abaixo exposta, cumpre transcrever o disposto pelo art. 21, inciso VIII da Instrução CVM nº 480/09, utilizado como fundamento para a pretensão punitiva desta Comissão";

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;

(...)

- d. "desde já, é possível verificar-se que o supra transcrito dispositivo não faz qualquer menção ao documento de que trata o ofício (PROP.CON.AD.AGO/2011), eivando de vício a aplicação da multa cominatória nele estabelecida pela simples falta de objeto e correlação entre a acusação e a pretensão desta Comissão";
- e. "sem prejuízo do acima exposto e na tentativa de esgotar a presente questão, a recorrente transcreve o art. 9º da Instrução CVM nº 481/09 que trata das informações necessárias para o exercício do direito de voto em assembleias gerais ordinárias";

Art. 9º. A companhia deve fornecer, até 1 (um) mês antes da data marcada para realização da assembleia geral ordinária, os seguintes documentos e informações:

I – relatório da administração sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos do exercício findo;

II – cópia das demonstrações financeiras;

III – comentário dos administradores sobre a situação financeira da companhia, nos termos do item 10 do formulário de referência;

IV – parecer dos auditores independentes; e

V – parecer do conselho fiscal, inclusive votos dissidentes, se houver.

§ 1º Até a data prevista no **caput**, a companhia deve fornecer ainda os seguintes documentos:

I – formulário de demonstrações financeiras padronizadas - DFP;

II – proposta de destinação do lucro líquido do exercício que contenha, no mínimo, as informações indicadas no [Anexo 9-1-II](#) à presente Instrução; e

III – parecer do comitê de auditoria, se houver.

- f. "da relação extraída entre a nomenclatura utilizada pelo ofício para referir-se ao documento não enviado e a redação dos dispositivos normativos supra transcritos, a recorrente conclui que a multa cominatória pela falta de envio de informação periódica a que se refere o ofício tenha por base o não envio da proposta de destinação do lucro líquido de que trata o inciso II do §1º do art. 9º da Instrução CVM nº 481/09";
- g. "ora, conforme depreende-se do relatório da administração sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos e dados das demonstrações financeiras consolidadas publicadas pela recorrente em 16.03.2012 no Diário Oficial do Estado de São Paulo e no Jornal Valor Econômico, ou seja com a antecedência necessária exigida pela norma e, ainda, transmitidas via IPE à CVM e à BM&FBovespa, bem como disponibilizadas na página na recorrente na rede mundial de computadores, é cristalina a inexistência de lucro líquido apurado no exercício social findo em 31.12.2011";
- h. "na medida em que não houve lucro líquido apurado, como poderia a administração produzir proposta visando à destinação de um lucro em que não existiu? Além disso, como poderia esta Comissão imputar penalidade pecuniária à Sociedade pela falta de envio de documento que a recorrente não tem a obrigação de desenvolver?";
- i. "nessa linha, importante destacar trecho do item 10.2.1 do OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SEP/Nº 002/2012, no qual esta Comissão ratifica a conformidade com o entendimento acima exarado, no sentido de que em havendo prejuízo apurado no exercício, a instituição fica dispensada da

apresentação da proposta da administração de que trata o inciso II do §1º do art. 9º da Instrução CVM nº 481/09";

"Conforme decisão do Colegiado de 27.09.2011 (Processo CVM nº RJ-2010-14687), as companhias que tenham apurado prejuízo no exercício ficam dispensadas da apresentação das informações indicadas no Anexo-9-1-II da Instrução CVM nº 481/09."

j. "diante do acima exposto, não restam dúvidas quanto ao descabimento da aplicação da multa a que se refere o ofício, em especial em virtude da inexistência do lucro líquido apurado, conforme extrai-se dos documentos da administração transmitidos à CVM via IPE com a antecedência estabelecida pelo art. 9º da Instrução CVM nº 481/09 supra transcrito e, em especial, da jurisprudência firmada pelo Colegiado desta Douta Autarquia que já pacificou o entendimento de que a conduta da Sociedade está em linha com os normativos em vigor";

k. "vale destacar que trata-se de multa cominatória ordinária pelo descumprimento de obrigação de fornecer informação periódica, nos termos do art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 c/c o art. 58 da Instrução CVM nº 480/09";

l. "dessa forma, reza o art. 3º da Instrução CVM nº 452/07:";

Art. 3º. Verificado o descumprimento de 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.

m. "assim, o artigo 3º da Instrução CVM nº 452/07 é claro no sentido de que a comunicação específica e prévia por parte desta Comissão ao participante do mercado é peça fundamental antes da fluência da multa, ou seja, se faz requisito indispensável para a aplicação da multa cominatória ordinária";

n. "ademais, em linha com o artigo 26, §3º da Lei nº 9.784/99 é requisito essencial de uma comunicação desta natureza a segurança quanto a ciência do interessado:";

§3º. A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.

o. "no caso concreto, o procedimento de notificação não foi corretamente observado, posto que a recorrente não recebeu, em momento algum, qualquer tipo de comunicação por parte da CVM alertando-a para o esgotamento do prazo para o envio do documento PROP.CON.AD.AGO/2011, por quaisquer dos meios de comunicação previstos no art. 11 da Instrução CVM nº 452/07, conforme os levantamentos ora realizados pela recorrente";

p. "nesse sentido, cumpre destacar que o e-mail [guilherme@bahepar.com.br](mailto:guilherme@bahepar.com.br) cadastrado para contato com esta Comissão é monitorado diariamente por 2 (dois) diretores da recorrente que tem como rotina arquivar toda e qualquer comunicação da CVM, bem como tomar as providências cabíveis";

q. "ocorre que os diretores da recorrente não encontraram qualquer indício de que tal e-mail efetivamente chegou ao conhecimento deles, não havendo, portanto, segurança e certeza da ciência do interessado";

r. "sinceramente, caso essa comunicação houvesse sido expedida por esta Comissão e recebida pela recorrente não haveria razões para ausência de atendimento imediato à solicitação, através do esclarecimento da falta de necessidade quanto ao desenvolvimento do documento em questão em virtude da não apuração de lucro líquido no exercício findo em 31.12.2012";

s. "adicionalmente, cumpre notar que em outros casos em que a recorrente recebera notificações e ofícios expedidos por esta Comissão, foram enviados avisos também por fax e correios e, no caso em tela, a informação não fora recebida por nenhum destes meios, sendo improvável que três formas de comunicação rotineiras entre CVM e Sociedade (e-mail, fax e carta em meio físico pelo correio) tenham falhado de forma paralela, o que nos leva a crer que a necessária notificação não foi enviada";

t. "neste ponto do presente recurso, cabe analisar o texto integral do artigo 11 da Instrução CVM nº 452/07 (...):";

Art. 11. As comunicações previstas nesta Instrução serão efetuadas:

I - por fax ou meio eletrônico, caso os dados necessários constem do cadastro do participante;

II - por carta, enviada com aviso de recebimento ou com aviso de recebimento de mão própria, conforme o caso; ou

III - quando a urgência o requerer, por servidor da CVM, que certificará a entrega da comunicação.

§1º As comunicações de que trata o **caput** serão também válidas quando efetuadas por qualquer outro meio que assegure a ciência do interessado.

§2º A CVM poderá tornar público o envio das comunicações previstas nesta Instrução a fim de alertar os investidores e agentes de mercado quanto à existência de eventual prática ou atividade irregular.

u. "vale notar que, diferente dos demais incisos e meios de comunicação citados neste normativo, os meios constantes do inciso I (fax e meio eletrônico) são os únicos que não afirmaram categoricamente a necessidade de assegurar o recebimento. Não obstante, a ausência desta previsão, não coloca de lado o que impõe a Lei nº 9.784 (vide trecho acima transcrito), e os princípios mais básicos do direito pátrio, pelo que a confirmação do recebimento, assegurando a certeza do recebimento pelo interessado é condição essencial, independentemente da referência expressa na norma acima transcrita";

v. "inclusive, o judiciário já se manifestou no seguinte sentido em casos congêneres, deixando claro que o suposto envio não prova a validade da notificação, carecendo da certeza do recebimento:";

Ementa

"Administrativo. Auto de infração. Multa por atraso no pagamento de taxa anual por hectare. Procedimento administrativo. Art. 26, §3º da Lei 9.784/99.

Nulo é o processo administrativo para cobrança de multa que deixa de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa. A simples existência de cópia de notificação expedida, sem o respectivo aviso de recebimento, não tem o condão de conferir certeza quanto à cientificação

do interessado e espontaneidade do não exercício de defesa, consoante parágrafo 3º do art. 26 da Lei 9.784/99." Apelação Cível nº 2007.71.00.008782-7/RS

- w. "assim, dado que a recorrente não foi notificada nos termos da legislação vigente, a multa não poderia ter começado a fluir";
- x. "sem prejuízo de todo o acima exposto no que tange ao não desenvolvimento da proposta da administração em virtude da inexistência de lucro líquido no exercício, cumpre destacar que não houve qualquer dolo por parte da recorrente, posto que se assim o fosse, a recorrente não teria publicado em jornais de grande circulação nem mesmo enviado à CVM o relatório da administração sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos e as demonstrações financeiras referentes ao exercício findo em 31.12.2011";
- y. "diante de todo o exposto, resta evidente a ausência de dolo da recorrente, posto que se houvesse a intenção de prejudicar os demais participantes do mercado, esta Doutra Comissão ou, ainda, a intenção de omitir alguma informação, a recorrente não teria publicado os demais documentos supra citados, conforme demonstrado";
- z. "deste modo, ainda que enviada à CVM a proposta da administração, esta não traria qualquer informação adicional às já divulgadas através do relatório da administração sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos e das demonstrações financeiras da recorrente, posto que dos citados documentos extrai-se com facilidade a informação quanto à inexistência de lucro líquido apurado. Isto posto, o não desenvolvimento e envio da proposta da administração não só não trouxe qualquer dano ao mercado, como trouxe um benefício, pois evitou qualquer interpretação errônea quanto às informações constantes dos demais documentos disponibilizados pela Sociedade";
- aa. "assim, verifica-se a falta de fundamento e razoabilidade no que tange à imputação de multa cominatória no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) à recorrente em virtude do não envio da proposta da administração para a destinação do lucro líquido apurado, tendo em vista a inexistência de lucro";
- ab. "por todo o exposto, a multa ora aplicada merece ser desconstituída, uma vez que fora aplicada sem qualquer fundamento legal, tendo em vista a ausência de necessidade do desenvolvimento da proposta da administração no caso da apuração de prejuízo pela companhia – ausência esta ratificada pelo Colegiado da CVM na reunião de 27.09.2011 ao julgar o Processo CVM nº RJ-2010-14687 – bem como de forma contrária aos procedimentos da Instrução CVM nº 452/07 e a Lei nº 9.784/99, em especial a necessidade de prévia comunicação por meio que assegure a certeza da ciência/recebimento do interessado, sendo que tal comunicação é essencial para o início da contagem do prazo de multa cominatória, prazo este sem o qual não há valor devido"; e
- ac. "ademais, deve ser levado em conta que é flagrante a desproporcionalidade entre o caráter educativo das multas e o valor exorbitante da multa ora imputada, quando uma advertência ou notificação teria sanado a questão, sem trazer prejuízos financeiros à Sociedade".

### Entendimento da GEA-3

Inicialmente, cabe destacar que foi encaminhado, à companhia, o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 1556/12, de 08.11.2012, **indeferindo** o pedido de efeito suspensivo do recurso interposto (fl. 20).

O documento **PROP.CON.AD.AGO**, nos termos do artigo 21, inciso VIII, da Instrução CVM nº 480/09 (em vigor desde 01.01.2010) combinado com o art. 133, inciso V, da Lei 6.404/76 e, quando aplicáveis, com os arts. 9º, 10 e 12 da Instrução CVM nº 481/09, deve ser entregue até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembleia geral ordinária.

Ressalta-se ainda que:

- a. ao contrário do alegado pela Recorrente, houve a comunicação prévia da incidência de multa por descumprimento da obrigação através do email de alerta enviado em 02.04.2012 (fl. 19);
- b. na AGO, realizada em **20.04.2012** (fls. 23-25), foram aprovadas: (i) as contas dos administradores; (ii) a compensação do prejuízo líquido do exercício; e (ii) a distribuição de dividendos;
- c. assim sendo, conforme disposto nos OFÍCIOS-CIRCULARES CVM/SEP/Nº 01/10, de 19.01.2010, Nº 04/11, de 15.03.2011, Nº 02/12, de 26.03.2012, e Manual do IPE (todos disponíveis no site da CVM), a companhia deve encaminhar o documento PROP.CON.AD.AGO/2011, através do Sistema IPE, "Categoria: Assembleia"; "Tipo: AGO"; "Espécie: **Proposta da Administração**"; Assunto: "**Destinação dos Resultados**" (para o item II do art. 132 da Lei nº 6.404/76), uma vez que houve a aprovação de distribuição de dividendos, ainda que a Companhia tenha apresentado prejuízo no exercício social encerrado em 31.12.2011; e
- d. o fato de o atraso na entrega do documento eventualmente não ter sido realizado com dolo **não** exime a Companhia de entregar no prazo suas informações periódicas.

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 **02.04.2012** (fls. 19); e (ii) a BAHEMA S.A., até a presente data, **não** encaminhou o documento **PROP.CON.AD.AGO/2011**.

Isto posto, somos pelo **indeferimento** do recurso apresentado pela BAHEMA S.A., 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,

EDUARDO PANTOJA ALBO

Analista

MARCO ANTONIO PAPER A MONTEIRO

Gerente de Acompanhamento de Empresas 3

De acordo,

**À SGE,**

FERNANDO SOARES VIEIRA

Superintendente de Relações com Empresas