

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

AGRENCO LIMITED

Processo CVM RJ-2012-13462

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto, em 29.10.12, pela AGRENCO LIMITED, companhia estrangeira 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 não envio, até 13.09.12, do documento 1º ITR/2012, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº 511/12, de 02.10.12 (fls.07).

A Companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls.01/06):

- a. "a multa cominatória ordinária de que trata o Ofício tem por fundamento o alegado atraso por parte da Companhia do envio do ITR, o qual, nos termos do art. 21, V, da Instrução CVM nº 480/09, deveria ter sido encaminhado até 15.05.12";
- b. "entretanto, conforme será demonstrado a seguir, a presente multa cominatória ordinária está eivada de nulidade, sobretudo em razão da injustificada inobservância dos procedimentos que devem preceder a sua aplicação por parte da CVM, na forma da instrução CVM nº 452/07";
- c. "de acordo com os arts. 3º e 12 da Instrução CVM nº 452/07, a cobrança de multa cominatória ordinária deveria ser precedida do envio à Companhia, pela área técnica responsável da CVM, de comunicação específica relacionada ao descumprimento de envio de informação à CVM, alertando-a de que, no dia seguinte à data informada nessa comunicação, incidiria a multa cominatória prevista na regulamentação aplicável";
- d. "não obstante a expressa previsão da regulação aplicável, a Companhia não recebeu, seja por meio físico ou eletrônico (e-mail) qualquer comunicação prévia por parte da SEP relacionada à constatação de descumprimento de obrigação de envio da aludida informação periódica. A única comunicação efetivamente recebida pela Agrenco sobre o assunto foi o próprio Ofício, já contendo a intimação para o pagamento da multa";
- e. "registre-se que a aplicação de qualquer multa cominatória tem por termo inicial a data que vier a constar de correspondência específica de que trata os aludidos dispositivos da Instrução CVM nº 452/07. Dado o não recebimento de qualquer comunicado nesse sentido pela Agrenco, é patente o vício de nulidade da multa cominatória aplicada por meio do Ofício";
- f. "ressalte-se que a Companhia, ciente de que a SEP usualmente encaminha e-mails dirigidos ao endereço eletrônico institucional do Diretor de Relações com Investidores, efetuou extensa verificação e inspeção de seus arquivos e servidores de correio eletrônico, inclusive junto ao seu provedor externo de serviços de comunicação, constatando que efetivamente não recebeu qualquer e-mail da SEP relativo ao não envio do ITR à CVM";
- g. "dessa forma, ainda que a SEP tenha efetivamente enviado um e-mail dessa natureza, a comunicação em questão não chegou aos servidores de correio eletrônico da Companhia, sendo certo que qualquer ato de notificação de infrações, por autoridades públicas a particulares, só pode se considerar aperfeiçoado com a comprovada entrega da respectiva notificação (ou intimação) do destinatário ou através de publicações na imprensa oficial";
- h. "outrossim, a Companhia entende que é incabível que suporte o ônus de produção de 'prova negativa' de que o referido e-mail de fato não chegou aos seus servidores de correio eletrônico (o que consistiria autêntica 'prova diabólica'), cabendo o referido ônus à CVM, a quem cumpre demonstrar que a referida comunicação foi feita de forma regular, isto é, com efetivo recebimento da mensagem pelo destinatário";
- i. "acrescente-se que, independentemente da possibilidade de comprovação da efetiva entrega do aludido e-mail, a Companhia entende que tal meio de notificação para fins de multa cominatória (embora previsto no art. 11, I, da Instrução CVM nº 452/07) deve ser considerado meio inidôneo de notificação destinada à aplicação de multa. Nesse sentido, veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, asseverando que qualquer meio de intimação unilateral (isto é, cujo recebimento pela parte notificada não possa ser inequivocamente confirmado), para fins de contagem de prazos de imposição de obrigações ou de aplicação de penalidades, não é válido";

'a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

(Súmula nº 410 do Superior Tribunal de Justiça, aprovada em 25.11.2009)";

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. INTEMPESTIVIDADE. E-MAIL OU INFORMAÇÃO ELETRÔNICA. CONTAGEM DE PRAZO. DIÁRIO DE JUSTIÇA DA UNIÃO. I. O prazo para impugnação de decisão do relator é de cinco dias, ao teor do disposto no art. 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. II. O email ou qualquer outro meio de informação eletrônica não substitui a publicação no órgão oficial para efeito de contagem de prazo. III. Recurso não conhecido. (AgRg no CC 34535/GO, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/04/2002, DJ 26/08/2002, P.157)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO. DESCUMPRIMENTO. PROVA E FATOS. NÃO COMPROVAÇÃO. E-MAIL. CONSIDERADO ISOLADAMENTE. IMPOSSÍVEL. REEXAME DE FATOS. SUMULA N. 7. IMPROVIMENTO. (AgRg no Ag 568438/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2004, DJ 09/08/2004, p. 275)

- j. "note-se que, por se tratar de um processo administrativo que visa impor multa cominatória à companhia, é imperiosa a preservação do devido processo legal, o que resta, evidentemente, violado ao se proceder ao envio unilateral de comunicação por meio de e-mail, sem a comprovação do recebimento pela Companhia";
- k. "dessa forma, a Agrenco entende que a própria legalidade do procedimento de notificação de atos previsto no art. 11 da Instrução CVM nº 452/07 necessita de urgente exame e revisão por parte do ilustre Colegiado desta CVM, não se pode admitir a validade de notificações eletrônicas para fins de aplicação de multa cominatória";
- l. "observada a inexistência de válida notificação da Agrenco antes da data de recebimento do Ofício (o que somente ocorreu em 18.10.2012), fica reafirmada a nulidade da multa cominatória de que trata o Ofício";

- m. "registre-se que a Agrenco é uma holding, cujo efetivo substrato econômico consiste nas atividades exploradas por suas controladas no Brasil (Agrenco do Brasil S.A., Agrenco Serviços de Armazenagem Ltda., Agrenco Administração de Bens S.A. e Agrenco Bioenergia Indústria e Comércio de Óleos e Biodiesel Ltda.) (adiante designadas, em conjunto com a Companhia, de 'Grupo Agrenco'), as quais passam por dificuldades financeiras, estando submetidas a procedimento de recuperação judicial (Processo n° 0188041-47.2008.8.26.0100), em curso perante a 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial do Fórum Central da Comarca de São Paulo";
- n. "dessa forma, é evidente a calamitosa situação econômico-financeira atualmente enfrentada pelo conglomerado Agrenco, o qual busca concentrar todos os seus recursos e esforços para a recuperação de suas atividades, visando à manutenção de sua produção";
- o. "nesse cenário, a imposição da presente multa no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) mostra-se claramente desproporcional, violando princípio básico de razoabilidade e comprometendo a recuperação econômico-financeira das controladas da Agrenco, sendo verdadeira ameaça à continuidade de suas atividades (sobretudo caso venha a ser cumulada com as multas de igual valor impostas por esta Autarquia por meio dos Ofícios OFÍCIO/CVM/SEP/MC/N° 512/12 a 517/12, de 02.10.2012)";
- p. "a aplicação de todas essas multas equivaleria a autêntico 'confisco', caracterizando abuso de poder por parte da Administração Pública";
- q. "isto posto, caso, *ad argumentandum*, não se dê provimento ao pedido de anulação anteriormente formulado, requer-se, à vista do absurdo valor das multas ora imputadas à Companhia e das dificuldades econômicas enfrentadas pelo Grupo Agrenco: (i) a diminuição do montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para valor mais condizente com (i.1) a atual situação financeira do Grupo Agrenco; e (i.2) a gravidade da irregularidade em tela; bem como (ii) a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso, sendo evidente o 'justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação', uma vez que as controladas da Agrenco encontram-se em processo de recuperação judicial (art. 13 da ICVM n° 452/07 c/c deliberação V da ICVM n° 463/03)";
- r. "por todo o exposto, e considerando (i) a nulidade da aplicação da multa cominatória em razão da inobservância, pela CVM, dos arts. 3° e 12 da Instrução CVM n° 452/07; e (ii) a legalidade duvidosa do próprio procedimento de notificação previsto no art. 11 da Instrução CVM n° 452/07, que necessita de revisão por parte da CVM; e (iii) a ausência de qualquer prejuízo informacional ao mercado e aos Acionistas da Companhia em decorrência da suposta infração detectada pela SEP, a Companhia se dirige respeitosamente à SEP a fim de requerer:
 - a. o recebimento do presente recurso também em seu efeito suspensivo, para fins de evitar a materialização dos evidentes prejuízos de difícil ou incerta reparação decorrente da imediata aplicação da multa cominatória em questão;
 - b. a reconsideração da decisão de aplicação da multa cominatória ordinária de que trata o Ofício, para fins de que seja imediatamente cancelada; ou
 - c. caso assim não se entenda, ao menos, a revisão do valor da multa cominatória ora impugnada, para valor justo e condizente com (c.1) a situação econômico-financeira da Companhia; e (c.2) com a gravidade da irregularidade que ora se apura; e
 - d. apensamento deste processo aos Ofícios OFÍCIO/CVM/SEP/MC/N° 512/12 a 517/12, de 02.10.2012, tendo em vista a afinidade de objeto";
- a. "em sendo mantida a decisão de aplicação da multa cominatória ordinária em tela, requer-se o encaminhamento do presente Recurso à apreciação e deliberação do Colegiado desta CVM, segundo estabelece o inciso III da Deliberação CVM n° 463/03".

Cabe destacar que foi encaminhado, à companhia, o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº1579/12, de 14.11.12, **indeferindo** o pedido de efeito suspensivo do recurso interposto (fls.09).

Em 26.11.12, a Companhia protocolou recurso contra indeferimento do pedido de efeito suspensivo nos seguintes principais termos (fls.12/13):

- a. "nos termos em que foi proferida e manifestada no Ofício, a decisão denegatória do efeito suspensivo ao Recurso viola os princípios constitucionais da publicidade e devido processo legal nos atos da administração pública, ao injustificadamente omitir sua motivação. Ora, como é sabido, toda e qualquer decisão administrativa deve ser objetivamente fundamentada pela autoridade competente, em atendimento aos referidos princípios constitucionais, sob pena de ser reconhecida sua manifesta invalidade";
- b. "registre-se, inclusive, que a referida e injustificada ausência de fundamentação do Ofício ocasiona a ilógica situação em que, sem que se saiba a razão, foi concedido efeito suspensivo ao recurso contra a decisão da SEP de aplicação de multa cominatória ordinária por alegado atraso no envio da 'PROP.CON.AG.O/2011', porém foi indeferido o pedido referente ao recurso contra a decisão de aplicação da mesma multa pelo alegado atraso no envio do 'EDITAL AGO/2011', apesar de ambos estarem pautados na mesma argumentação e da referida Assembleia nunca ter sido realizada"; e
- c. "isto posto, à vista das razões já apresentadas no âmbito do Recurso e da ilegal ausência de fundamentação do Ofício, a Companhia vem requerer a esse d. Colegiado o imediato reexame da decisão denegatória do efeito suspensivo manifestada por meio do Ofício, para fins de que haja o deferimento do requerido efeito suspensivo ao Recurso, evitando-se, assim, que os evidentes prejuízos de difícil ou incerta reparação decorrentes da imediata aplicação da multa cominatória em questão se materializem".

Entendimento da GEA-3

Inicialmente, cabe ressaltar que:

- a. ao contrário do alegado pela Companhia, o pedido de efeito suspensivo no recurso contra aplicação de multa pelo atraso e/ou não envio do documento PROP.CON.AG.O/2011 foi **indeferido** (fls.14); e
- b. o recurso contra o indeferimento do pedido de efeito suspensivo protocolado pela Companhia, em **26.11.12**, só chegou à SEP/GEA-3 em **28.11.12** (fls.11), data de vencimento da multa cujo recurso é objeto do presente processo.

O **Formulário de Informações Trimestrais - ITR**, nos termos do inciso II do art. 29 da Instrução CVM n° 480/09, deve ser entregue pelo emissor no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data de encerramento de cada trimestre.

Cabe destacar que **não** há, na Instrução CVM n° 480/09, qualquer dispositivo que permita, à Companhia, entregar em atraso suas informações periódicas, ainda que o referido atraso não tenha causado qualquer prejuízo informacional ao mercado e aos acionistas.

Ademais, é importante salientar que:

- a. restou comprovado o envio da comunicação específica de que trata o art. 3° da Instrução CVM n° 452/07 para o e-mail do Representante Legal registrado, à época, na CVM (fls.08);

- b. o Ofício-Circular/SEP/Nº002/2012, de 26.03.12, no item 9.1 informa que: "independentemente da atualização dos dados cadastrais por meio do envio do Formulário Cadastral, cabe ressaltar que os dados do DRI ou pessoa equiparada devem ser atualizados também no Sistema IPE"; e
- c. **não** há qualquer previsão, na Instrução CVM nº 452/07, de necessidade de confirmação do recebimento do e-mail de alerta pelo DRI ou Representante Legal.

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 15.05.12 (fls.08); e (ii) a AGRENCO LIMITED, até o momento, **não** encaminhou o documento 1º ITR/2012.

Isto posto, somos pelo **indeferimento** do recurso apresentado pela AGRENCO LIMITED, 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

MARCO ANTONIO PAPERÀ MONTEIRO

Gerente de Acompanhamento de Empresas 3

De acordo,

FERNANDO SOARES VIEIRA

Superintendente de Relações com Empresas