

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

AGRENCO LIMITED

Processo CVM RJ-2012-13464

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 atraso de 76 (setenta e seis) dias, limitado a 60 dias nos termos do art. 14 da Instrução CVM nº 452/07, no envio do documento **FORM.CADASTRAL/2012**, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº 514/12, de 02.10.12 (fls.10).

A Companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls.01/09):

- a. "a multa cominatória ordinária de que trata o Ofício tem por fundamento o alegado atraso por parte da Companhia do envio do Formulário, o qual, nos termos do art. 23, da Instrução CVM nº 480/09, deve ser encaminhado em até 7 (sete) dias úteis contados do fato que deu causa à alteração de seus dados, bem como confirmado entre os dias 1º e 31 de maio de cada ano";
- b. "entretanto, conforme será demonstrado a seguir, a presente multa cominatória ordinária está eivada de nulidade, não merecendo prosperar, sobretudo em razão (i) da evidente violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que (i.1) não houve qualquer alteração nos dados já disponíveis; e (i.2) as informações do Formulário em muito se assemelham ao conteúdo do formulário de referência, sendo descabida a fixação de multas cominatórias distintas pelo atraso no envio desses documentos (como se pretende imputar também com a multa cominatória prevista no OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº 515/12); bem como (ii) 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 início, convém registrar que os dados disponíveis no Formulário Cadastral de 2011, já enviado pela Agrenco à CVM e disponível em seu *website*, foram preservados em sua integralidade, não sofrendo qualquer modificação";
- d. "dessa forma, não tendo sido alterado o conteúdo do documento, as informações disponíveis permaneceram sempre atuais, de forma que a imposição de vultuosa multa ordinária, no montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), pela simples ausência de sua confirmação viola diretamente as mais basilares preceitos de razoabilidade";
- e. "note-se, inclusive, que não houve qualquer prejuízo ao mercado ou aos investidores, uma vez que os dados que estavam disponíveis mantinham-se plenamente atualizados, reproduzindo as informações cadastrais da Companhia vigentes, em fiel retrato à sua essência";
- f. "nesse sentido, constata-se que a aplicação da presente sanção não pode ser legitimada, pois sua incidência desvirtua claramente do fim desejado, qual seja a correta e completa prestação das informações cadastrais. Sobre o tema, destaca-se o posicionamento de Nelson Eizirik para o qual:

(...) a atuação (...) das autoridades administrativas somente poderá ser legitimamente levada a cabo quando resulte estritamente necessária, idônea e proporcional aos objetivos perseguidos em sua atuação";
- g. "diante desse cenário, não há razão para se impor à Companhia a presente multa ordinária";
- h. "não bastasse a atualidade dos dados disponíveis à vista da completa inexistência de atualizações a serem feitas, destaque-se que as informações previstas no Formulário são abrangidas pelos dados dispostos no formulário de referência da Companhia, cujo atraso no envio à CVM também foi objeto de ofício específico (OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº 515/12), com a imposição de nova multa pela CVM, também no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais);
- i. "ora, não havendo enviado 1 (um) desses documentos, a não entrega do outro mostra-se como consequência lógica, sendo desproporcional a imposição de 2 (duas) diferentes multas cominatórias, com o vultoso valor global de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), em razão da não entrega de documentos cujos conteúdos se confundem";
- j. "não se pode permitir, portanto, que sejam aplicadas 2 (duas) multas cominatórias diferentes pela não entrega de documentos com conteúdos tão próximos, em evidente *bis in idem*";
- k. "diante do exposto, seja (i) pela inexistência de prejuízo ao mercado ou aos investidores, uma vez que inexistiram alterações no conteúdo do Formulário; ou (ii) pela proximidade do conteúdo desse documento com o disposto no formulário de referência, é evidente nulidade da multa cominatória que ora se pretende impor, sendo imperioso o seu imediato cancelamento por esta Autarquia";
- l. "não bastasse a solidez dos argumentos levantados acima, destaque-se que, de acordo com os arts. 3º e 12 da Instrução CVM nº 452/07, a cobrança de multa cominatória ordinária deve 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";
- m. "não obstante a existência de expressa determinação nesse sentido, 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";
- n. "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";
- o. "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 Formulário";

- p. "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";
- q. "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";
- r. "destaca-se que o Formulário, confirmando as informações já disponíveis no *website* da CVM foi entregue pela Companhia em 15.08.2012, anteriormente ao recebimento de qualquer comunicação por parte da Agreco (ocorrida apenas em 18.10.2012), sendo vedada a aplicação da multa ordinária, na forma do disposto no art. 6º da ICVM nº 452/07";
- s. "acrescente-se que, independentemente da possibilidade de comprovação da efetiva entrega do referido 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)

- t. "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";
- u. "dessa forma, a Agreco 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 podendo admitir a validade de notificações eletrônicas para fins de aplicação de multa cominatória";
- v. "observada a inexistência de válida notificação da Agreco 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, sendo, inclusive, vedada a sua aplicação, na forma do art. 6º da ICVM nº 452/07";
- w. "registre-se que a Agreco é uma holding, cujo efetivo substrato econômico consiste nas atividades exploradas por suas controladas no Brasil (Agreco do Brasil S.A., Agreco Serviços de Armazenagem Ltda., Agreco Administração de Bens S.A. e Agreco Bioenergia Indústria e Comércio de Óleos e Biodiesel Ltda.) (adiante designadas, em conjunto com a Companhia, de 'Grupo Agreco'), as quais passam por dificuldades financeiras, estando submetidas a procedimento de recuperação judicial (Processo nº 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";
- x. "dessa forma, é evidente a calamitosa situação econômico-financeira atualmente enfrentada pelo conglomerado Agreco, o qual busca concentrar todos os seus recursos e esforços para a recuperação de suas atividades, visando à manutenção de sua produção";
- y. "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 Agreco, 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/Nº 511/12 a 513/12 e 515/12 a 517/12, todos de 02.10.2012)";
- z. "a aplicação de todas essas multas equivaleria a autêntico 'confisco', caracterizando abuso de poder por parte da Administração Pública";
- aa. "isto posto, caso, *ad argumentandum*, não se dê provimento ao pedido de anulação anteriormente formulado, requer-se, à vista do absurdo valor da multa que ora se pretende imputar à Companhia e das dificuldades econômicas enfrentadas pelo Grupo Agreco: (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 Agreco; e (i.2) a gravidade da irregularidade que ora se apura; 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 Agreco encontram-se em processo de recuperação judicial (art. 13 da ICVM nº 452/07 c/c deliberação V da ICVM nº 463/03)";
- ab. "por todo o exposto, e considerando (i) a nulidade da aplicação da multa cominatória em razão (i.i) da inobservância, pela CVM, dos arts. 3º, 6º e 12 da Instrução CVM nº 452/07; e (i.2) da inexistência de prejuízo ao mercado ou aos investidores, uma vez que inexistiram alterações no conteúdo do Formulário; e (i.3) da proximidade do conteúdo desse documento com o disposto no formulário de referência; (ii) a legalidade duvidosa do próprio procedimento de notificação previsto no art. 11 da Instrução CVM nº 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° 511/12 a 513/12 e 515/12 a 517/12, todos 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/N°1581/12, de 14.11.12, **indeferindo** o pedido de efeito suspensivo do recurso interposto (fls.12).

Em 26.11.12, a Companhia protocolou recurso contra indeferimento do pedido de efeito suspensivo nos seguintes principais termos (fls.15/16):

- 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.AD.AGO/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.AD.AGO/2011 foi **indeferido** (fls.17); 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.14), data de vencimento da multa cujo recurso é objeto do presente processo.

Nos termos do § único do art. 23 da Instrução CVM nº480/09, o emissor deve anualmente, entre os dias 1º e 31 de maio, confirmar que as informações contidas no **FORMULÁRIO CADASTRAL** continuam válidas, sem prejuízo da atualização em até 7 (sete) dias úteis contados do fato que deu causa à alteração.

O Ofício-Circular/CVM/SEP/N°001/2010, de 19.01.10, no item 6.1, o Ofício-Circular/CVM/SEP/N°004/2011, de 15.03.11, no item 7.1, e o Ofício-Circular/CVM/SEP/N°002/2012, de 26.03.12, no item 9.1, apresentaram esclarecimentos acerca do Formulário Cadastral e reiteraram o disposto na referida instrução no sentido de que a confirmação das informações nele contidas deve ser efetuada entre os dias 1º e 31 de maio de cada ano.

Cabe destacar, ainda, que:

- a. em **31.05.12**, foi encaminhada, à Companhia, **a comunicação específica prevista no art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 (e-mail de alerta)** : (i) informando que até aquela data não constava o recebimento do FORM.CADASTRAL/2012 e alertando que o documento deveria ser encaminhado pelo Sistema Empresas.Net, entre 1º e 31.05 de cada ano; e (ii) lembrando que, conforme o item 9.1 do OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SEP/N°002/2012, de 26.03.12, a confirmação prevista no § único do art. 23 da Instrução CVM nº 480/09 deveria ser feita mediante o envio, nesse período, do Formulário Cadastral com os dados atualizados, ainda que ele tivesse sido encaminhado anteriormente (fls.11): e
- b. **não** há, na Instrução CVM nº 480/09, qualquer dispositivo que permita, à Companhia, entregar em atraso suas informações periódicas, ainda que ainda que o referido atraso não tenha causado qualquer prejuízo informacional ao mercado e aos acionistas.

No presente caso, a Companhia encaminhou o documento FORM.CADASTRAL/2012 em **15.08.12** (fls.18).

Ademais, é importante salientar que:

- a. restou comprovado o envio da comunicação específica de que trata o art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 para o e-mail do Representante Legal registrado, à época, na CVM (fls.11);
- b. o Ofício-Circular/SEP/N°002/2012, 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";
- 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;
- d. o Formulário Cadastral e o Formulário de Referência são documentos distintos, previstos na Instrução CVM nº 480/09. **Não** é desproporcional, portanto, a aplicação de duas diferentes multas pelo atraso desses dois documentos. O valor diário da multa para cada documento, para as companhias registradas na categoria "A", como a Recorrente, é de R\$ 500,00 (art. 58 da Instrução CVM nº 480/09); e
- e. ainda que os dados disponíveis no Formulário Cadastral tenham sido preservados em sua integralidade, nada exige a Companhia de entregar no prazo o Formulário de Cadastral/2012.

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 31.05.12 (fls.11); e (ii) a AGRENCO LIMITED enviou o referido documento somente em **15.08.12** (fls.18).

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

RAPHAEL A. G. DOS SANTOS DE SOUZA

Gerente de Acompanhamento de Empresas 3

Em Exercício

De acordo,

FERNANDO SOARES VIEIRA

Superintendente de Relações com Empresas