

PARA: SGE MEMO/CVM/SEP/GEA-3/Nº 085/13

DE: SEP/GEA-3 DATA: 28.05.13

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória
AGRENCO LIMITED

Processo CVM RJ-2013-5542

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto, em 09.05.13, 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 11.12.12, do documento 2º ITR/2012, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº41/13, de 17.04.13 (fls.13).

2. A Companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls.03/12):

- a) "as multas cominatórias ordinárias de que tratam os Ofícios têm por fundamento o alegado atraso por parte da Companhia no envio do '2º ITR/2012' e do '3º ITR/2012', os quais, nos termos dos artigos 21, V e 29, II, da Instrução CVM nº 480/09, deveriam ter sido encaminhados até 14.08.2012 e 14.11.2012, respectivamente";
 - b) "sobre o tema, evidencia-se a absoluta inexigibilidade de conduta diversa por parte da Companhia, haja vista o enfrentamento de gravíssimos obstáculos financeiros e operacionais por parte da atual administração, os quais a impossibilitaram de enviar os ITRs à CVM de forma tempestiva";
 - c) "além disso, ambas as multas cominatórias ordinárias estão evadidas de nulidade, em razão da injustificada inobservância dos procedimentos que devem preceder à aplicação de multas cominatórias por parte da CVM, nos termos da Instrução CVM nº 452/07";
 - d) "dessa forma, mostra-se imprescindível que seja determinado o imediato cancelamento das multas cominatórias ordinárias em questão, conforme as razões de fato e de direito amplamente demonstradas nos capítulos a seguir";
 - e) "como se sabe, a Agrenco é uma sociedade 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.), as quais estão submetidas a procedimento de recuperação judicial (Processo nº 018804147.2008.8.26.0100), em curso perante a 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial do Fórum Central da Comarca de São Paulo";
 - f) "os atuais administradores, ao assumirem a gestão da Companhia em outubro de 2010, se depararam com profundos problemas organizacionais que impactavam severamente as atividades empreendidas por suas controladas brasileiras e o pretendido êxito da recuperação judicial e, consequentemente, impediam o sucesso da própria Agrenco. Sendo assim, a presente Administração concentrou seus recursos e esforços para a recuperação das atividades tanto da Agrenco como de suas controladas";
 - g) "após superar problemas operacionais urgentes, a Administração da Companhia pôde debruçar-se sobre questões relacionadas com a regularidade de seu funcionamento e da divulgação de informações ao mercado, constatando que os antigos administradores haviam desaparecido com arquivos e documentos essenciais à elaboração da contabilidade e auditoria";
 - h) "note-se que não é novidade a falta de diligência e transparência por parte dos antigos administradores, em prejuízo da própria Companhia e de seus investidores";
 - i) "conforme já reconhecido por essa Autarquia no âmbito da reclamação proposta em face dos principais membros da Administração anterior, Marco Antonio Modesti, Nelson de Sampaio Bastos, Ruy Flaks Schneider e Amin Lore (em conjunto, 'Reclamados'), atualmente em tramitação perante a CVM (Processo Administrativo CVM nº RJ2010/10742), em inúmeras ocasiões, os Reclamados agiram em conflito de interesses e omitiram diversas informações relevantes ao mercado enquanto administradores da Companhia";
 - j) "ao que tudo indica, aqueles Reclamados levaram consigo diversos documentos pertencentes à Agrenco e às suas controladas, o que em muito dificultou a identificação, pela atual Administração, dos equívocos e irregularidades praticados em tempos passados e da inexistência das escassas informações divulgadas";
 - k) "os novos administradores da Agrenco não poderiam supor que a Administração anterior havia retirado documentos de sua sede ou de seu escritório, bem como que as informações divulgadas ao mercado por tais profissionais não reproduziam a realidade financeira e operacional da Companhia e de suas controladas no Brasil, ainda porque a má-fé e a contrariedade à ética não podem ser presumidas";
 - l) "para piorar ainda mais a situação, documentos financeiros relevantes da Companhia foram 'confiscados' pela Polícia Federal no âmbito da maldada Operação Influenza, sendo arbitrariamente retirados dos escritórios da Agrenco, o que impossibilitou que a atual Administração pudesse elaborar os ITRs, para que fossem divulgados ao mercado";
 - m) "ao se deparar com essa realidade calamitosa, à Administração atual não restou alternativa senão a adoção das medidas cabíveis para a revisão e elaboração (dessa vez em bases sólidas e cristalinas) de informações financeiras e operacionais confiáveis, a integrar os documentos a serem enviados pela Agrenco à CVM: árdua tarefa que tem sido levada a efeito pelos atuais administradores até hoje";
 - n) "sendo assim, a Companhia não possuía (e ainda não possui!) os meios adequados para enviar à CVM os ITRs, uma vez que as informações financeiras e operacionais necessárias para tanto foram tomadas indisponíveis e inacessíveis";
 - o) "é absolutamente inexigível, portanto, que a Agrenco adote conduta diversa à assumida, haja vista a impossibilidade fática e material de enviar os ITRs à CVM, o que também deve ser considerado, à luz dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, resultando no cancelamento de ambas as multas cominatórias";
 - p) "se a Companhia não atendeu aos prazos legais para a entrega dos ITRs, foi por absoluta impossibilidade material, sendo inexigível conduta diversa da Agrenco e de qualquer de seus administradores/representantes legais nesse período";
 - q) "trata-se, pois, de motivos de evidente força maior, que impossibilitaram o atendimento pela Companhia dos prazos estabelecidos pela CVM, o que a exime de qualquer responsabilidade nesse sentido";
 - r) "destaque-se, ainda, que a atual administração tem agido energicamente com vistas à responsabilização dos antigos administradores da Agrenco perante essa d. Autarquia (como é o caso da já mencionada Reclamação nº RJ2010/10742) e perante o Poder Judiciário pela prática dos atos mencionados acima, em evidente contrariedade ao interesse da Companhia e de suas subsidiárias brasileiras, inclusive, prejudicando os investidores";
 - s) "nesse contexto, recentemente, o agravo interposto contra a decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau que 'homologou' novo Plano de Recuperação Judicial das subsidiárias brasileiras da Companhia foi objeto de apreciação e julgamento por parte do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido acolhido em sua totalidade, por decisão unânime, de tal sorte a anular a decisão judicial que havia autorizado a alienação de ativos estratégicos das subsidiárias da Companhia";
 - t) "entretanto, para que tais atos empreendidos pela atual administração em proteção aos interesses dos titulares de BDRs de emissão da Companhia e da própria Agrenco possam ser bem sucedidos, é fundamental que a CVM concentre suas acusações e investigações em face dos antigos administradores responsáveis por afundar a Companhia e suas subsidiárias no Brasil até outubro de 2010, e não da atual administração que tanto tem se empenhado para recuperá-las";
 - u) "por fim, a Agrenco informa a essa d. Autarquia que está elaborando um relatório, para fins de detalhar os acontecimentos ocorridos em prejuízo da Companhia e suas subsidiárias no Brasil desde o início da mencionada Operação Influenza até a saída dos antigos administradores da Companhia, em outubro de 2010 ('Histórico Agrenco')";
 - v) "isto posto, a Agrenco requer a juntada do Histórico como complemento a este Recurso, tão logo seja apresentado à CVM (o que ocorrerá oportunamente), sendo certo que tal documento irá dispor de informações fundamentais não só para o julgamento do presente, como também para a adequada compreensão da situação atual da Companhia e de suas subsidiárias no Brasil";
 - w) "de acordo com o arts. 3º e 12 da Instrução CVM nº 452/07, a cobrança de multa cominatória ordinária deve ser precedida de 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";
 - x) "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 das aludidas informações periódicas. As únicas comunicações efetivamente recebidas pela Agrenco sobre o assunto foram os Ofícios, já contendo a intimação para o pagamento das aludidas multas";
 - y) "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 a nulidade das multas cominatórias aplicadas por meio dos Ofícios";
 - z) "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 dos ITRs à CVM";
 - aa) "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";
 - bb) "a Companhia entende, ainda, que é incabível que suporte o ônus de produção de 'prova negativa' de que os referidos e-mails de fato não chegaram aos seus servidores de correio eletrônico (o que consistiria autêntica 'prova diabólica'), cabendo tal 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";
 - cc) "acrescente-se que, independentemente da possibilidade de comprovação da efetiva entrega dos aludidos e-mails, 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 CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO. DESCUMPRIMENTO. PROVA E FATOS NÃO COMPROVAÇÃO. E-MAIL. CONSIDERADO ISOLADAMENTE
- dd) "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";
 - ee) "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";

- ff) "observada a inexistência de válida notificação da Agrenco antes da data de recebimento dos Ofícios, fica reafirmada a nulidade da multa cominatória de que tratam os Ofícios";
- gg) "conforme já mencionado no Capítulo II acima [letras "e" e "v"], a Agrenco e suas controladas no Brasil (em recuperação judicial) encontram-se em calamitosa situação econômico-financeira. Nesse sentido, mostra-se imprescindível a concentração de todos os recursos e esforços disponíveis para a recuperação das atividades dessas sociedades";
- hh) "sendo assim, a imposição à Companhia de multas no valor total de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) é absolutamente desproporcional, violando princípio básico de razoabilidade e comprometendo a recuperação econômico-financeira das controladas da Agrenco, sendo verdadeira ameaça à continuidade de suas atividades";
- ii) "a aplicação dessas multas equivaleria a autêntico 'confisco', caracterizando abuso de poder por parte da Administração Pública";
- jj) "isto posto, caso, *ad argumentandum*, não se dê provimento aos pedidos anteriormente formulados, requer-se, à vista do absurdo valor das multas ora imputadas à Companhia: (i) a diminuição do montante de R\$ 60.000,00 (sessenta 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 nº 452/07 c/c deliberação V da ICVM nº 463/03)";
- kk) "por todo o exposto, e considerando (i) a inexigibilidade de conduta diversa por parte da Companhia; (ii) a nulidade da aplicação das multas cominatórias em razão da inobservância, pela CVM, dos arts. 3º e 12 da Instrução CVM nº 452/07; e (iii) 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 (iv) a ausência de qualquer prejuízo ao mercado e aos titulares de BDRs em decorrência das supostas infrações em análise, 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 das multas cominatórias;
 - (b) a juntada como complemento ao presente Recurso do Histórico de dificuldades e incertezas enfrentadas pela atual administração, o qual será oportunamente apresentado a essa Autarquia;
 - (c) a reconsideração da decisão de aplicação das multas cominatórias ordinárias de que tratam os Ofícios, para fins de que sejam imediatamente canceladas; ou
 - (d) 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
 - (e) o apensamento dos OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº41/13 e OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº97/13, ora recorridos, em um só processo administrativo, tendo em vista a afinidade de objeto";
- ll) "em sendo mantida a decisão de aplicação das multas cominatórias ordinárias 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 nº 463/03".

Entendimento da GEA-3

3. Inicialmente, cabe ressaltar que: (i) foi encaminhado, à companhia, o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº336/13, de 27.05.13, **indeferindo** o pedido de efeito suspensivo do recurso interposto (fls.15); e (ii) no âmbito deste processo será analisado apenas o recurso contra aplicação de multa cominatória pelo atraso no envio do documento **2º ITR/2012**.
4. O **Formulário de Informações Trimestrais - ITR**, nos termos do inciso II do art. 29 da Instrução CVM nº 480/09, deve ser entregue pelo emissor no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data de encerramento de cada trimestre.
5. Cabe destacar que **não** há, na Instrução CVM nº 480/09, qualquer dispositivo que permita, à Companhia, entregar em atraso suas informações periódicas, ainda que: (i) suas controladas estejam em recuperação judicial; e (ii) o referido atraso não tenha causado qualquer prejuízo ao mercado e aos titulares de BDRs.
6. 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 na CVM (fls.14); e
 - b) **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.
7. 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 14.08.12 (fls.14); e (ii) a AGRENCO LIMITED encaminhou o documento 2º ITR/2012 somente em **19.04.13** (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

MARCO ANTONIO PAPERÀ MONTEIRO
Gerente de Acompanhamento de Empresas 3

De acordo, em 29/05/13.

FERNANDO SOARES VIEIRA
Superintendente de Relações com Empresas