



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Relatório nº 61/2016-CVM/SEP

Senhor Superintendente,

Trata-se de recurso interposto, em 22.02.16, pela CONST SULTEPA S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, 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 100 (cem) dias, limitado a 60 (sessenta) dias nos termos do art. 14 da Instrução CVM nº 452/07, no envio do documento **FORM.CADASTRAL/2015**, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº48/16, de 11.01.16 (fls.29).

2. A Companhia apresentou recurso nos seguintes termos (fls.02/10):

- a) “como bem sabido, a recorrente há mais de 50 (cinquenta) anos atua no ramo de construção civil pesada, tendo como suas atividades a terraplenagem e a pavimentação de estradas estaduais e federais. Trata-se de empresa de grande porte, que hoje conta com mais de 500 colaboradores que dependem de sua saúde financeira para seus sustentos”;
- b) “ocorre que, como é de conhecimento de todos, os últimos anos foram marcados por oscilações neste segmento da economia. Os investimentos em infraestrutura foram abaixo do necessário, especialmente nos últimos três exercícios contábeis”;
- c) “é notório que o Governo permaneceu inerte em muitas ocasiões frente à baixa do mercado, e a demora na realização de licitações, como também atrasos nos pagamentos dos serviços já executados, não só o faturamento da recorrente deixou de aumentar como passou a amargar prejuízos, principalmente na rentabilidade das obras e, por consequência, contribuiu-se consideravelmente para os resultados abaixo do esperado”;
- d) “conforme dados obtidos quando da apuração do balanço, o segmento de obras por empreitada responde, atualmente, por aproximadamente 52,30% das receitas da recorrente. A venda de materiais, que é responsável por 47,70% das receitas, é insuficiente para compensar a queda nas demais linhas de negócio da Companhia”;
- e) “assim, ante o cenário apresentado, e visando a continuidade da atividade empresarial, entendeu-se necessária a reestruturação nas áreas contábil e legal, sendo efetuados ajustes nos processos internos de apuração contábil e também redução do quadro funcional”;
- f) “por conta disso, a administração da Companhia vem empreendendo esforços para negociar com credores, reduzir dívidas e diminuir exposição a riscos. Contudo, o agravamento da situação dos investimentos na área de infraestrutura, as dificuldades financeiras dos Entes Públicos e o atraso sistemático no pagamento das faturas tornaram inviável a manutenção das atividades da recorrente, sem a urgente reavaliação e renegociação de contratos que seriam rentáveis, única e exclusivamente, se respeitado o fluxo de caixa projetado nos instrumentos originários”;



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

- g) “dessa forma, como já é de conhecimento deste respeitável Órgão e do mercado, a recorrente apresentou pedido de recuperação judicial visando a preservação dos ativos da Companhia, observando cuidadosamente os interesses de seus funcionários, credores e acionistas, bem como a readequação do passivo à sua capacidade de geração de caixa, com o objetivo de superar a atual crise que o Grupo Sultepa, juntamente com o setor no qual está inserida, vem atravessando”;
- h) “e como consequência da necessidade de reestruturação imposta pela situação econômica externa, somado aos já relatados problemas financeiros oriundos de atraso de pagamentos referentes à realização de obras pela recorrente, mostrou-se imperiosa a contratação de nova empresa parceira, prestando serviço de Consultoria e Auditoria Independente no segundo semestre de 2014, proporcionando uma redução de 47,70% do valor do serviço em relação ao prestador anterior, o que é uma economia relevante para a Companhia em fase do estágio financeiro que se encontra”;
- i) “em decorrência de tão importante mudança, e de extrema necessidade para a Companhia, diga-se, gerou-se consequências nas obrigações desta para com a CVM e BM&FBOVESPA e o mercado, provocando a não apresentação e/ou intempestiva apresentação de determinadas informações”;
- j) “todavia, ressalta-se que a substituição dos auditores era medida mais do que necessária, e a consequência foi que UHY Moreira Auditores – assim que assumiu a função de auditoria – optou por revisar os balanços dos últimos exercícios, prudentemente vale destacar, o que acabou gerando atrasos no envio de informações e inobservância de algumas obrigações da Companhia para com a CVM”;
- k) “entretanto, acima de qualquer dificuldade, destaca-se que a recorrente entendeu mais coerente realizar todos os procedimentos necessários para a correta apuração das informações a serem prestadas ao invés de tão somente atender as rígidas regras deste Órgão sem qualquer comprometimento com aquilo a ser divulgado. Verdadeiro conflito de princípios (atender aos prazos da CVM ou prestar informações auditadas e revisadas aos investidores), no qual a recorrente escolheu pela transparência daquilo que divulgaria ao mercado, em respeito aos seus investidores”;
- l) “ora, quanto ao propósito da demonstração e divulgação ao mercado, não há como se desprezar a imprescindibilidade dos dados econômicos e financeiros contábeis e suas divulgações ao mercado”;
- m) “plenamente compreensível é que dificuldades financeiras e de reestruturação gerencial prejudiquem os deveres legais e regulamentares, em relação aos quais uma sociedade anônima de capital aberto está envolvida”;
- n) “há de se salientar também que, dentre as medidas de redução de custos, foi rescindido o contrato com o Banco Itaú, haja vista os constantes atrasos dos pagamentos das mensalidades”;
- o) “a recorrente vem negociando com instituições financeiras que prestam tal serviço aos acionistas, estando atualmente aguardando a confirmação de propostas, sendo que havia previsão para retorno dos interessados até o dia 15 de dezembro do corrente ano, contudo ainda não houve definição sobre o assunto, que segue em tratativa”;



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

p) “além disso, imperioso destacar também que a rede de computadores da Notificada foi atacado com vírus do tipo ‘Malware’, o qual criptografou os arquivos ‘XLS’, ‘DOC’ e ‘JPG’, conforme comprova o boletim de ocorrência registrado em 29 de outubro de 2015 (Anexo 01)”;

q) “várias medidas estão sendo tomadas, visando o cumprimento de todas as obrigações, conforme determinação do próprio Conselho de Administração e da Diretoria da Companhia”;

r) “cumpra a recorrente informar as providências já tomadas, após deliberação da Diretoria, face aos acontecimentos relatados:

1º Contratou-se em 01 de novembro de 2015 a empresa CRIAVADOR Consultoria empresarial para rever todos os processos contábeis de todas as empresas do Grupo, estando atualmente o Sr. Moacir K. Caroso, contador CRC Nº 19.122/0 acompanhando toda a atualização dos processos RM, e implementando novos sistemas capazes de proporcionar agilidade nas informações e melhoria em seus controles internos;

2º A recorrente trabalha com Sistema de TOTVS, que recentemente atualizou a versão para poder se adequar a NFE 3.10. que trouxeram algumas dificuldades operacionais no sistema integrado de gestão, principalmente na área contábil e obras, ainda muito recente, com certeza trará mais agilidade ao Sistema RM;

3º A recorrente no decorrer de 2014 e início de 2015 perdeu muitos de seus funcionários em face à reestruturação do Grupo, iniciada no decorrer de 2014, e aos poucos está sendo sanada através de novas contratações;

4º Com relação ao formulário cadastral do exercício de 2015, cumpre esclarecer que UHY Moreira Auditores está finalizando os trabalhos de auditoria, tão logo estejam concluídos serão enviadas as informações obtidas”;

s) “de todo modo, a recorrente informa que, apesar de todo empenho da Diretoria e funcionários, não conseguiu cumprir o prazo disposto nos itens do Regulamento (i) 5.2 b) do Manual do Emissor, tendo em vista os diversos contratemplos e alterações de procedimentos tomados até então, devendo se levar em consideração o histórico da empresa de não medir esforços para divulgar as informações sempre com a maior brevidade possível e com total transparência em relação aos dados contábeis para o mercado”;

t) “e como se não bastasse, não há como desconsiderar a dificuldade financeira pela qual atravessa a recorrente e todo o Grupo Sultepa, o que acaba por tornar ainda mais complicado observar tais regramentos, já que objetivo maior é manter em atividade a Companhia, preservando os interesses não só dos investidores, mas também de seus funcionários e credores”;

u) “assim, considerando o entendimento unânime de que o elemento intencional é indispensável para a aplicação de penalidades pela CVM, o qual resta afastado no caso presente diante de todas as razões externas para o cumprimento do regulamento, mostra-



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

se pertinente o acolhimento do presente recurso para afastar a pena de multa cominatória aplicada à recorrente”;

v) “inclusive, há de se ressaltar que qualquer aplicação de penalidade à recorrente tão somente estará dificultando ainda mais a sua sobrevivência e a recuperação das suas atividades, o que vai de encontro aos interesses maiores da CVM, do mercado e dos objetivos dos próprios investidores que este r. Órgão pretende resguardar”;

w) “caso o entendimento seja pela manutenção da penalidade, o que se admite apenas por eventualidade, verifica-se de pronto que o valor da penalidade imposta carece totalmente de razoabilidade e proporcionalidade”;

x) “em que pese se tenha verificado o descabimento de aplicação de quaisquer penalidades no presente caso, sobretudo da aplicação da multa cominatória, em atenção ao princípio da eventualidade, por cautela, inarredável ressaltar que o valor da multa que lhe foi imposta à recorrente ultrapassa os limites abalizados pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade os quais, por sua vez, são desdobramentos do próprio princípio da legalidade, constitucionalmente previsto”;

y) “o exame da proporcionalidade deve observar três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Sua análise se dá sempre por meio destes elementos, com o intuito de aferir quais os parâmetros, meio e fim de determinada relação”;

z) “embora nada haja de errado na aplicação de uma multa diante da falta cometida pela recorrente, obrigatoriamente a medida adotada deve ser adequada à consecução do fim que se almeja. Ou seja, a multa não poderá ser calculada de forma aleatória, mas sim de forma adequada ao caso”;

aa) “quanto ao elemento necessidade, refere-se a necessária ponderação sobre a possibilidade de utilizar-se um outro meio para atingir o fim pretendido. De imediato nota-se que haveria diversos outros meios, mais adequados, que causam menor onerosidade a direitos fundamentais, principalmente à empresa que se encontra em grave dificuldade financeira – em recuperação judicial. O exemplo de outro meio menos oneroso é a advertência, prevista no art. 11, I, da Lei nº 6.385/76”;

bb) “o elemento proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, conduz à mesma conclusão. A multa aplicada, como visto, decorre do atraso na prestação de informações em razão de fatores externos, alheios à vontade da recorrente, de modo que o valor arbitrado se mostra desproporcional ao fato ocorrido”;

cc) “uma multa meramente formal sem indicação dos critérios formais da sua dosimetria, dá a clara impressão de que se quer punir a empresa que, além de estar atravessando uma forte crise financeira – pois está em recuperação judicial -, também contribui para a criação de empregos e para o desenvolvimento da economia”;

dd) “não pode o Nobre Superintendente confundir os conceitos de discricionariedade e arbitrariedade. O primeiro ‘se refere à margem de liberdade conferida ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal’. O segundo é



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

impossível de tolerar no ato administrativo, sabidamente vinculado ao princípio da legalidade, sobretudo no que tange à aplicação de penalidades pecuniárias”;

ee) “é o que aduz Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia irrogar dislates à própria regra de Direito”;

ff) “diferente não é a opinião de Hely Lopes Meireles:

Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido”;

gg) “analisando-se, no caso concreto, os critérios adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conclui-se, sem a necessidade de maiores argumentações, que a multa aplicada é por demais elevada. A proporcionalidade e a razoabilidade deveriam orientar a aplicação de uma multa que leve em consideração a punição na exata medida do ato praticado em desconformidade com a regulamentação, o que não ocorre no caso”;

hh) “novamente Celso Antônio Bandeira de Mello resolve a questão:

‘(...) Princípio da razoabilidade

13. Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas a respeito das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente inválidas - , as condutas desarrazoadas e bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por que tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas”;



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

ii) “a aplicação da multa cominatória no montante de R\$ 30.000,00, sem qualquer fundamentação ou exposição dos critérios da dosimetria que levou a tal valor, mostra-se absolutamente desarrazoada frente ao atraso na apresentação de informações a este Órgão”;

jj) “é de se ressaltar que as sanções administrativas, diferentemente do que ocorre com as penas, em sentido estrito, têm o objetivo de desestimular condutas administrativamente reprováveis e não se punir o agente supostamente infrator”;

kk) “sobre a função da multa administrativa como desestímulo à prática da infração, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

‘Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constringer ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade.

Não se trata, portanto, de causar uma aflição, um "mal", objetivando castigar o sujeito, levá-lo à expiação pela nocividade de sua conduta. O direito tem como finalidade unicamente a disciplina da vida social, a conveniente organização dela, para o bom convívio de todos e o bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto. Onde, não entram em pauta intentos de "represália", de castigo, de purgação moral a quem agiu indevidamente. É claro que também não se trata, quando em pauta sanções pecuniárias – caso das multas -, de captar proveitos econômicos para o Poder Público, questão radicalmente estranha à natureza das infrações e, conseqüentemente, das sanções administrativas”;

ll) “com isso, não pode haver distorção entre a medida estabelecida em lei e o fim por ela objetivado, determinando que o modo de combater e punir as infrações à legislação administrativa deve ser disposto com penalidades que guardem adequação dos meios e dos fins. Sob pena de violação ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade”;

mm) “urge, portanto, em homenagem as limitações constitucionais impostas pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, e tendo em vista a doutrina existente sobre a matéria, deve-se aplicar tão somente a penalidade de advertência, ou, sucessivamente, aplicar-lhe multa em valor compatível com os princípios constitucionais e compatível com a necessidade e adequação para alcançar a finalidade desejada, especialmente pelo fato da recorrente estar em Recuperação Judicial”;

nn) “assim, apenas na remota hipótese de não serem acolhidas as razões que devem levar ao afastamento da multa arbitrada, conforme anteriormente exposto, requer seja reconsiderado o valor da multa arbitrada para patamar condizente com os princípios que devem nortear os órgãos administrativos, ou seja, caso alguma multa subsista, que a mesma seja recalculada e reduzida para valor não superior a um salário mínimo”;



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

oo) “diante do exposto, requer dignem-se Vossas Senhorias a receber o presente recurso e dar-lhe provimento para afastar a aplicação da multa cominatória, tendo em vista que o atraso no envio da informação se deu por razões externas, não havendo, no caso, a presença do elemento intencional da recorrente, que é indispensável para a aplicação de penalidades pela CVM”;

pp) “sucessivamente, caso não seja este o entendimento de Vossas Senhorias, no que sinceramente não se acredita, deve-se substituir a penalidade de aplicação de multa cominatória por advertência, conforme previsto no art. 11, I, da Lei nº 6.385/76, que se mostra mais adequada ao caso dado baixo nível de gravidade da infração”;

qq) “por derradeiro, caso ainda entendam pela manutenção da pena de multa cominatória, requer a redução do valor da multa cominatória para valor não superior a um salário mínimo nacional, sob pena de afronta ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade”.

Entendimento

3. Inicialmente, cabe salientar que, quando do vencimento de entrega do documento, a Companhia não se encontrava em recuperação judicial.

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

5. Cabe destacar que **não** há, na Instrução CVM nº 480/09, qualquer dispositivo que permita, à Companhia, entregar em atraso o Formulário Cadastral, ainda que: (i) se encontre em difícil situação financeira; (ii) tenha passado por uma reestruturação nas áreas contábil e legal; e (iii) tenha substituído os auditores.

6. Ademais cabe ressaltar que:

a) o Boletim de Ocorrência informando que a rede de computadores da Companhia foi atacada por vírus foi registrado em 29.10.15, ou seja, depois da data de vencimento de entrega do Formulário Cadastral/2015;

b) ao contrário do alegado pela Recorrente nas letras “cc” e “ii”, a aplicação da multa cominatória no montante de R\$ 30.000,00, **não** ocorreu sem fundamentação ou exposição dos critérios da dosimetria, uma vez que no próprio ofício que comunicou a aplicação da multa: (i) consta o artigo que estabelece o valor diário da multa (art. 58 da ICVM 480/09); e (ii) os artigos que determinam quando começa a fluir a multa e o prazo máximo de sua incidência (arts. 12 e 14 da ICVM 452/07);

c) ao contrário do alegado pela Recorrente nas letras “u” e “oo” do §2º retro, não é necessário o elemento intencional para que seja aplicada a multa cominatória por atraso ou não envio de informações periódicas; e

d) **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), pelo que **não é possível a substituição da multa por advertência.**



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

7. Assim sendo, a meu 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 01.06.15, para o endereço eletrônico do DRI constante do Formulário Cadastral ativo à época do envio (fls.30); e (ii) a CONST SULTEPA S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL somente encaminhou o documento FORM.CADASTRAL/2015 em **09.09.15** (fls.31).

8. Quanto à redução da multa, cabe ressaltar que o valor diário está previsto no art. 58 da Instrução CVM nº 480/09. Para o caso de companhias registradas na categoria “A”, como a Recorrente, a multa diária é de R\$ 500,00, pelo que não é possível a redução do seu valor.

Isto posto, sou pelo **indeferimento** do recurso apresentado pela CONST SULTEPA S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, pelo que sugiro encaminhar o presente processo à Superintendência Geral, para posterior envio ao Colegiado para deliberação, nos termos do art. 13 da Instrução CVM nº 452/07.

Atenciosamente,

Original assinado por

KELLY LEITÃO SANGUINETTI

Analista

De acordo,

À SGE,

Original assinado por

FERNANDO SOARES VIEIRA

Superintendente de Relações com Empresas

Em 29 de fevereiro de 2016.