

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

IND AZULEJOS BAHIA S.A.

Processo CVM RJ-2011-9296

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto, em 09.08.11, pela IND AZULEJOS BAHIA S.A., registrada na categoria A desde 01.01.10, contra a aplicação de multa cominatória, no valor de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), pelo atraso de 11 (onze) dias no envio do documento **COM. ART.133/2010**, comunicada por meio do Ofício CVM/SEP/MC/Nº 640/11, de 07.07.11 (fls.11).

A companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls.01/10):

- a. "a empresa recorrente foi surpreendida com a imposição de multa recebida pela Superintendência de Relações com Empresas, visto que não foi previamente notificada acerca de eventuais descumprimentos quanto à entrega de documentos exigidos por esse respeitável órgão";
- b. "diante da ausência de tal procedimento legal, previsto na Instrução CVM nº 452, de 30 de abril de 2007, a empresa recorrente não pôde declinar as razões que a levaram a não apresentar ou encaminhar com atraso documentos solicitados pela CVM";
- c. "ao contrário, foi comunicada apenas e tão-somente quando da imposição de multa, procedimento este, ilegal e contrário às normas preconizadas pela CVM, senão vejamos";
- d. "reza o art. 3º, da citada Instrução CVM nº 452/2007 que:

'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";
- e. "vale ressaltar que o artigo seguinte tem o mesmo teor, diferenciado apenas quanto ao tipo de informação. Enquanto o art. 3º dispõe sobre casos de multa por informação periódica, o dispositivo seguinte também trata de multa por informações, no entanto, de caráter eventual";
- f. "denota-se da disposição legal acima transcrita a necessidade expressa e legal de notificação prévia à imposição de multa pela Superintendência de Relações com Empresas ao Diretor de Relações com Investidores da empresa recorrente";
- g. "contudo, como se verifica dos autos, tal procedimento legal não ocorreu no caso sob comento, a inquirir de total nulidade o auto de infração/imposição de multa";
- h. "tal notificação prévia é fundamental para que sejam assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos na nossa Constituição Federal, ao abrigo do artigo 5º, incisos LIV e LV";
- i. "tanto assim, que os próprios dispositivos legais em comento (arts. 3º e 4º) dispõem que a partir da data assinalada na notificação prévia, caso seja verificado o descumprimento de obrigação de fornecer informação periódica, incidirá a multa aplicável ao caso";
- j. "neste sentido, aliás, reforça o artigo 12, da citada Instrução nº 452/2007 da CVM:

'Art. 12. A multa cominatória começará a fluir no dia seguinte ao recebimento das comunicações de que tratam os arts. 3º e 4º, ou do termo previsto na comunicação de que trata o art. 7º, e, quando de sua aplicação, não incluirá em seu cômputo o dia em que houver sido cumprida a obrigação";
- k. "aliás, se tivesse sido procedido comunicação preliminar, verificar-se-ia que a empresa não está irregular, vez que suas atividades estão paralisadas desde 2000, conforme notas explicativas contidas nos demonstrativos financeiros encaminhados à CVM, em 2001, e como melhor restará demonstrado adiante";
- l. "nula, por conseguinte, a imposição de multa sem observação dos artigos 3º e 4º, que prevêem a notificação prévia, até porque, como visto acima, é a partir do prazo assinalado nesta comunicação que começa a fluir o prazo para aplicação da multa";
- m. "portanto, de acordo com as normas da CVM e a legislação nacional aplicável ao caso, somente após estar esgotado o prazo da notificação preliminar, sem que o infrator tenha regularizado a situação aventada como irregular ou apresentado justificativa poderia haver aplicação de algum tipo de penalidade";
- n. "ilegal, portanto, num mesmo ato aplicar ao suposto infrator notificação e multa. Não se admite, pois, como válida a expedição de notificação para imposição de multa sem notificação prévia a fim de que o suposto infrator regularize ou justifique o aventado descumprimento de normas administrativas";
- o. "vale frisar que a Lei Maior ao afirmar a garantia da ampla defesa e o princípio do contraditório, não estabeleceu que tais direitos fundamentais deveriam ser excluídos nos processos administrativos. Ao contrário. A autoridade administrativa, justamente pelo poder de polícia que possui, não pode ignorar os princípios e as garantias constitucionais do cidadão. Deve, muito antes, respeitá-los e fazer valer, sob pena de incorrer em inegável autoritarismo, vedado no Estado de Direito, mormente quando implica em restrição de direitos";
- p. "nem se cogite, a propósito, que a possibilidade de interpor defesa – figura impugnativa que pressupõe decisão já tomada, prevista no auto de infração – satisfaz as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois certo que o exercício desses direitos não de ser prévio a qualquer decisão sobre alguma imputação, conforme preconizado na legislação pertinente";
- q. "repise-se, portanto, que a imposição imediata da multa impede o direito de defesa do suposto infrator e ofende os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal";
- r. "daí, como já afirmado linhas antes, ser nula de pleno direito a multa em desobediência aos termos da legislação aplicável à espécie, especialmente da Instrução nº 452 da CVM e da Constituição Federal";

- s. "ainda que se pudesse valer da comunicação de imposição de penalidade, concomitantemente, como notificação preliminar da infração, o que se diz apenas para argumentar, - eis que absolutamente ilegal como demonstrado acima -, a aplicação de multa pecuniária se mostra desmedida e ilegal, senão vejamos";
 - t. "como frisado acima, a CVM aplicou à recorrente multa por atraso na entrega de documento previsto na Instrução CVM nº 480/2009, inciso IV";
 - u. "nota-se que é extremamente dificultoso e penoso e, até mesmo, punitivo para recorrente encaminhar tais informações, eis que suas atividades estão paralisadas desde 2000, conforme comprovam as notas explicativas contidas nas demonstrações financeiras encaminhadas à CVM, em 2001, como pode ser averiguado pelo próprio site da CVM (www.cvm.gov.br), onde tais informações encontram-se disponíveis";
 - v. "a empresa recorrente é uma companhia privada, com sede no município de Camaçari, BA, do ramo da construção civil, cujas atividades estavam voltadas, principalmente, à fabricação e comercialização de revestimentos cerâmicos, tendo suas atividades operacionais paralisadas em dezembro de 2000 em decorrência de readequação de estratégias de mercado";
 - w. "daí a dificuldade de serem encaminhados os documentos solicitados pela CVM, já que a empresa está sem pessoal habilitado para providenciá-lo a tempo e modo";
 - x. "algumas atividades burocráticas estão sendo provisoriamente auxiliadas por sua controladora, localizada no interior de Santa Catarina, no município de Cocal do Sul, o que acaba também por tomar mais tempo do que normalmente esperado";
 - y. "prevendo tal dificuldade, a própria CVM, por meio da Instrução nº 361, de 5 de março de 2002, no Capítulo das Disposições Finais e Transitórias, que trata de 'Situações Excepcionais', excetuou algumas situações nas quais as empresas estão dispensadas de alguns procedimentos e formalidades por ela exigida";
 - z. "entre estas situações excepcionais verifica-se aquelas decorrentes de companhias com atividades paralisadas ou interrompidas, como é o caso da empresa recorrente";
- aa. "neste sentido, reza o art. 34 da referida Instrução:

'Art. 34. Situações excepcionais que justifiquem a aquisição de ações sem oferta pública ou com procedimento diferenciado, serão apreciadas pelo Colegiado da CVM, para efeito de dispensa ou aprovação de procedimento e formalidades próprios a serem seguidos, inclusive no que se refere à divulgação de informações ao público, quando for o caso.

§1º São exemplos das situações excepcionais referidas no *caput* aquelas decorrentes:

(...)

IV - de tratar-se de operações envolvendo companhia com patrimônio líquido negativo, ou com atividades paralisadas ou interrompidas; e";

- ab. "com efeito, vê-se que a paralisação das atividades da empresa se mostra como justificativa bastante razoável para o atraso na entrega das informações ou, até mesmo, quando for o caso, da sua dispensa";
- ac. "como já frisado, devida à paralisação das atividades, a empresa não possui pessoal habilitado para promover a tempo e modo todas as informações e procedimentos solicitados por esse respeitável órgão";
- ad. "note-se que a companhia poderia até mesmo solicitar a dispensa do encaminhamento de algumas informações dada à paralisação de suas atividades. Porém, ainda que em atraso involuntário, continua a remeter tais informações a demonstrar respeito pelo princípio da transparência";
- ae. "no mais, é preciso enfatizar que o atraso no envio das informações não causou nenhum risco de dano relevante ao mercado ou aos investidores, até porque o número de acionistas é bastante diminuto, sendo que mais de 90% das ações ordinárias e preferenciais estão em posse da controladora Eliane";
- af. "face ao exposto requer-se o recebimento do presente recurso com os documentos que acompanham, julgando-se insubsistente ou nulo o auto de infração conforme razões acima demonstradas";
- ag. "caso V. Sas. assim não entendam, apenas por argumentar, que eventual pena aplicada seja mínima, isto é, de advertência, conforme apregoa o art. 11, I, da Lei 6.385/76, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto"; e
- ah. "protesta-se pela juntada posterior de documentos e por demais meios de provas admitidos em lei".

Entendimento da GEA-3

A comunicação prevista no art. 133 da Lei nº6.404/76 (documento **COM. ART. 133**), nos termos do art. 21, inciso VI, da Instrução CVM nº480/09, deve ser entregue no prazo de 1 (um) mês antes da data marcada para realização da assembleia geral ordinária ou no mesmo dia de sua publicação, o que ocorrer primeiro.

A dispensa da entrega desse documento ocorre, nos termos do §5º do art. 133 da Lei nº6.404/76, se os documentos previstos no caput do art. 133 (dos quais se destacam as demonstrações financeiras da companhia) forem publicados até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembleia geral ordinária.

Além disso, conforme estabelecido no §4º do art.133 da Lei 6.404/76, a assembleia geral que reunir a totalidade dos acionistas poderá considerar sanada a falta de publicação dos anúncios ou a inobservância dos prazos referidos no citado artigo, sendo obrigatória a publicação dos documentos nele citados antes da realização da assembleia.

No caso concreto, restou comprovado o comparecimento de mais de 2/3 (dois terços) do capital votante na AGO realizada em 28.04.10 (fls.13/15), bem como que as demonstrações financeiras da companhia relativas ao exercício findo em 31.12.10, foram publicadas em 20.04.10 (fls.16) e encaminhadas pelo Sistema IPE em 28.04.10 (fls.17).

Assim sendo, **não** se está diante das situações previstas nos §§ 4º e 5º, do art.133 da Lei 6.404/76.

Ademais, cabe ressaltar que:

- a. o fato de: (i) a Ind Azulejos Bahia S.A. estar com as atividades paralisadas; e (ii) o atraso no envio do documento não ter causado "nenhum risco de dano relevante ao mercado ou aos investidores", não exige a Companhia de encaminhar, no prazo, o documento COM. ART.133;

- b. ao contrário do alegado pela Companhia, restou comprovado que foi enviada a comunicação específica de que trata o art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 para o e-mail do DRI cadastrado na CVM à época, qual seja, venicio.livramento@eliane.com;
- c. a alegação da Companhia de que a Instrução CVM nº 361/02, "no Capítulo das Disposições Finais e Transitórias, que trata de 'Situações Excepcionais', excetuou algumas situações nas quais as empresas estão dispensadas de alguns procedimentos e formalidades por ela exigidas", não deve prosperar, tendo em vista que essas situações só são apreciadas pelo Colegiado no que se refere à aquisição de ações sem oferta pública ou com procedimento diferenciado e **não** em casos de 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).

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 31.03.11 (fls.12); e (ii) a IND AZULEJOS BAHIA S.A. encaminhou o documento COM.ART.133/2010 somente em 12.04.11 (fls.18).

Isto posto, somos pelo indeferimento do recurso apresentado pela IND AZULEJOS BAHIA 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,

KELLY LEITÃO SANGUINETTI

Analista

PATRICK VALPAÇOS FONSECA LIMA

Gerente de Acompanhamento de Empresas 3

De acordo

FERNANDO SOARES VIEIRA

Superintendente de Relações com Empresas