

São Paulo, 11 de janeiro de 2013.

À Comissão de Valores Mobiliários

Superintendência de Desenvolvimento de Mercado

Rua Sete de Setembro, 111, 23º Andar

20050-901- Rio de Janeiro - RJ

Ref.: Edital de Audiência Pública SDM nº 10/12

Prezados Senhores,

1. Em atenção ao assunto em referência, o escritório Cascione, Pulino, Boulos & Santos - Advogados, representado por seus advogados Fábio de Souza Aranha Cascione, Bruno Salles Pereira Ribeiro e Marcela Venturini Diorio, nos termos do item 3 do Edital supracitado, apresenta a seguir suas considerações e sugestões de alterações à Instrução CVM nº 301, de 16 de abril de 1999.

2. As sugestões ora apresentadas se destinam ao melhor atendimento das novas disposições regulatórias do regime de prevenção aos crimes de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, acrescidas à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Além disso, são formuladas sugestões com o objetivo de simplificar as disposições normativas atuais, esclarecendo as obrigações advindas da Instrução CVM nº 301/99.

I – Sobre as Pessoas Obrigadas (Art. 2º, da Instrução CVM nº 301/99)

3. A principal alteração sugerida pela minuta apresentada, nos termos no item 2.1. do Edital de Audiência Pública SDM nº 10/12, refere-se à contemplação das novas pessoas obrigadas relacionadas ao Mercado de Valores Mobiliários, elencadas no inciso XIV, do art. 9º, da Lei nº 9.613/98, conforme alteração implantada pela Lei nº 12.683/12. Comparamos abaixo a atual

CASCIONE, PULINO, BOULOS & SANTOS

A D V O G A D O S

Instrução CVM nº 301/99 com a minuta objeto de audiência pública (esta última contendo os principais acréscimos feitos pela CVM em sublinhado).

Redação da Instrução ICVM 301/99	Redação da Minuta objeto de audiência pública
<p>Art. 2º Sujeitam-se às obrigações previstas nesta Instrução</p> <p>as pessoas jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários,</p> <p>assim como as entidades administradoras de mercados de bolsa e de balcão organizado,</p> <p>além das demais pessoas referidas no art. 9º da Lei nº 9.613/98, que se encontrem sob a disciplina e fiscalização exercidas pela CVM, e dos administradores das pessoas jurídicas.</p>	<p>Art. 2º Sujeitam-se às obrigações previstas nesta Instrução:</p> <p>I – as pessoas jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação, <u>consultoria</u> ou administração de títulos ou valores mobiliários <u>e a auditoria independente no âmbito do mercado de valores mobiliários;</u></p> <p>II – as entidades administradoras de mercados organizados; e</p> <p>III – as demais pessoas referidas no art. 9º da Lei nº 9.613, de 1998, que se encontrem sob disciplina e fiscalização exercidas pela CVM.”</p>

4. Entendemos que a futura instrução poderá também abranger pessoas que, mesmo sendo disciplinadas e fiscalizadas pela CVM, exerçam em seus estabelecimentos atividades ancilares ao Mercado de Valores Mobiliários, e que foram inseridas pela Lei nº 12.683/12. Esse é o caso das

atividades de “assessoria”, “aconselhamento” ou “assistência”, de “gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos”¹.

5. A não inclusão da atividade de assessoria, aconselhamento ou assistência poderia gerar a dúvida sobre se determinadas pessoas ou departamentos de entidades disciplinadas pela CVM estariam abrangidas pela instrução. Não seria óbvio supor que basta ser uma entidade disciplinada pela CVM, como uma corretora, por exemplo, para que todas as funções ali exercidas ou que a integralidade de seu corpo diretivo e funcional estivessem abrangidos pela instrução de lavagem de dinheiro. Se assim o fosse, desnecessário que o inciso I do artigo 2º da Instrução CVM nº 301/99 mencionasse que as atividades eventuais ou acessórias estariam também por ela abrangidas.

6. A previsão das atividades de “assessoria”, “aconselhamento” ou “assistência” na norma não implicaria o reconhecimento de que essas atividades devam ser disciplinadas pela CVM. Isso apenas supre uma lacuna da regulamentação, já que ficou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF com a responsabilidade de estabelecer normas para as “pessoas físicas e jurídicas não submetidas à regulação de órgão próprio regulador que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações”².

7. Nesse sentido, propomos a criação de um inciso complementar para o artigo 2º da nova instrução.

8. Proposição de alteração ao texto normativo com inclusão de inciso adicional contendo a seguinte redação:

[número do inciso] – “as pessoas físicas e jurídicas, submetidas à disciplina e fiscalização da CVM que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, aconselhamento ou

¹ Aqui reproduzindo termos do Art. 9º, inciso XIV, alínea “b” e “c” do novo texto da Lei 9.613/98.

² Art. 1º, inciso VIII, da Resolução nº 20, de 29 de agosto de 2012, do COAF, já revogada. Embora revogada, o COAF poderia publicar uma nova resolução contendo inciso nesse sentido.

assistência, de qualquer natureza, em operações de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos e de abertura ou gestão de contas de valores mobiliários;”

II – Sobre a Comunicação de Operações (Arts. 6º e 7º, da Instrução CVM nº 301/99)

9. Temos há tempo ouvido de pessoas obrigadas pela lei de lavagem de dinheiro sobre a dificuldade em se identificar quais operações suspeitas devem ser comunicadas ao COAF. Assim, reputamos oportuna a possibilidade de inclusão na futura instrução, com maior clareza, de detalhamento quanto aos tipos de operações que deverão ser comunicadas ou apenas monitoradas.

10. O art. 6º elenca uma série de operações “*que para os fins do art. 11, inciso I, da Lei nº 9.613, de 1998*” deverão ser **monitoradas continuamente** pelas pessoas abrangidas pela instrução. Em nenhum momento, contudo, a Instrução CVM nº 301/99 diz que essas são as operações com indícios de lavagem de dinheiro e sequer as aponta como passíveis de comunicação.

11. Falta a definição adequada de quais seriam as situações que configuram indícios da prática dos crimes previstos na Lei nº 9.613/98. Veja-se, a título de exemplo, que o Banco Central do Brasil, por meio da Carta-Circular nº 3542, elenca quase 120 (cento e vinte) situações que podem configurar indícios da prática dos crimes de lavagem de dinheiro. A Instrução CVM nº 301/99 limitou-se a apontar a existência de características “*excepcionais no que se refere às partes envolvidas, forma de realização e/ou instrumentos utilizados*” e a falta objetiva de “*fundamento econômico ou legal*” como indícios da prática de crimes de lavagem de dinheiro (art. 7º, da Instrução CVM nº 301/99).

12. Torna-se difícil identificar efetivamente quais são as operações com indícios (e os próprios indícios) da prática de lavagem de dinheiro que deverão ser comunicadas. Não é possível saber se operações com indícios são apenas as atípicas ou com falta de fundamento

econômico, nos termos do art. 7º, da Instrução CVM nº 301/99 ou se são apenas as operações descritas no art. 6º, como sugere esse próprio edital de audiência pública em seu item 2.3.³

13. Aconselha-se assim que seja adotada redação semelhante a do art. 12, da Resolução nº 21, de 20 de dezembro de 2012, do COAF, e do art. 9º, da Resolução nº 22, de 20 de dezembro de 2012, do COAF, que eliminam qualquer ambiguidade de interpretação. Para a adequação ao atual texto normativo, sugere-se a: (i) alteração do *caput* do art. 6º, (ii) incorporação ao art. 6º, tanto dos incisos I e II, como também de todos os parágrafos do art. 7º, e (iii) eliminação do *caput* do art. 7º, todos da Instrução CVM nº 301/99.

14. Além disso, sugere-se, para maior clareza e auxílio aos agentes no combate à lavagem e dinheiro, a criação de um parágrafo adicional ao art. 6º, da referida instrução, mencionando a possibilidade de atualização permanente do rol de situações que se configuram em indícios da prática dos crimes de lavagem de dinheiro e assemelhados.

15. Finalmente, há de se considerar que a Instrução CVM nº 301/99 não estabelece um valor-limite para certas operações de comunicação automática, como preceitua o art. 11, inciso II, “a”, da Lei nº 9.613/98. É certo que são cada vez mais raras as hipóteses em que se aceitam transações liquidadas em espécie. No entanto, como se nota pela redação do artigo 11, não são só as operações em espécie que devem ter um limite fixado, mas também qualquer operação com ativos passível de conversão em dinheiro, como é o caso, inclusive, dos valores mobiliários.

16. Apenas a título exemplificativo, tanto o Banco Central do Brasil, como o COAF estabeleceram qual seria esse valor-limite⁴.

³ Com efeito, ali se diz que “as pessoas referidas na lei passam a ser obrigadas a informar ao órgão regulador ou fiscalizador de sua atividade a não ocorrência de operações financeiras suspeitas e demais situações que geram a necessidade de realizar comunicações”. E na sequência diz que “tais operações estão definidas, para fins de supervisão do mercado de valores mobiliários, no art. 6º da Instrução CVM nº 301, de 1999”. No entanto, como vimos, o art. 6º não diz que essas são operações que ostentam o *status* de indiciárias da prática de lavagem de dinheiro, nem sequer obriga que sejam comunicadas.

17. Proposta de alteração ao texto normativo:

Art. 6º. ~~Para fins do disposto no art. 11, inciso I, da Lei nº 9.613, de 1998, as pessoas mencionadas no art. 2º desta Instrução devem monitorar continuamente as seguintes operações ou situações envolvendo títulos ou valores mobiliários: “As operações e propostas de operações nas situações listadas a seguir podem configurar sérios indícios da ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3.3.1998, ou com eles relacionar-se, devendo ser analisadas com especial atenção e, se consideradas suspeitas, comunicadas ao COAF, pelas pessoas mencionadas no art. 2º desta Instrução:~~

§ 3º Serão consideradas suspeitas as operações em que:

I - verifiquem-se características excepcionais no que se refere às partes envolvidas, forma de realização ou instrumentos utilizados; ou,

II - falte, objetivamente, fundamento econômico ou legal.

§4º As comunicações de que trata este artigo poderão ser efetivadas com a utilização, no que couber, de meio magnético, abstendo-se os comunicantes de dar, aos respectivos clientes, ciência de tais atos.

§5º As comunicações de boa-fé não acarretarão, nos termos da lei, responsabilidade civil ou administrativa às pessoas referidas no caput deste artigo.

§6º Consideram-se operações relacionadas ao terrorismo ou seu financiamento aquelas executadas por pessoas que praticam ou planejam praticar atos terroristas, que neles

⁴ V. art. 6º, §2º, inciso I, art. 7º, §1º, inciso I, art. 8º, §1º, inciso I, art. 9º, §1º, incisos I e III, da Circular nº 3461, de 24 de julho de 2009, do Banco Central do Brasil e art. 13, incisos I e II, da Resolução nº 21, art. 10, incisos I e II, da Resolução nº 22, e art. 9º, inciso I, Resolução nº 23, editadas pelo COAF em 20 de dezembro de 2012.

CASCIONE, PULINO, BOULOS & SANTOS

A D V O G A D O S

participam ou facilitam sua prática, bem como por entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por tais pessoas e as pessoas ou entidades que atuem sob seu comando.

§7º A comunicação prevista no caput deste artigo deverá, ainda, informar se se trata de cliente considerado como pessoa politicamente exposta.

§8º Os registros das conclusões de suas análises acerca de operações ou propostas que fundamentaram a decisão de efetuar, ou não, as comunicações de que trata o caput devem ser mantidas pelo prazo de 5 (cinco) anos, ou por prazo superior por determinação expressa da CVM, em caso de processo administrativo.

§9º Além das situações listadas nos incisos deste artigo, poderão ser atualizadas e incluídas novas situações por normas expedidas pela CVM.”

~~Art. 7º Para os fins do disposto no art. 11, inciso II, da Lei nº 9.613/98, e no Decreto nº 5.640/05, as pessoas mencionadas no art. 2º desta Instrução deverão comunicar à CVM, no prazo de vinte e quatro horas a contar da ocorrência que, objetivamente, permita fazê-lo, todas as transações, ou propostas de transação, abarcadas pelos registros previstos no art. 4º desta Instrução que possam constituir se em sérios indícios de crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores provenientes dos crimes elencados no art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998, inclusive o terrorismo ou seu financiamento, ou com eles relacionar-se, em que:~~

~~I— se verificarem características excepcionais no que se refere às partes envolvidas, forma de realização ou instrumentos utilizados; ou,~~

~~II— falte, objetivamente, fundamento econômico ou legal.~~

~~§1º As comunicações de que trata este artigo poderão ser efetivadas com a utilização, no que couber, de meio magnético, abstendo-se os comunicantes de dar, aos respectivos clientes, ciência de tais atos.~~

~~§2º As comunicações de boa fé não acarretarão, nos termos da lei, responsabilidade civil ou administrativa às pessoas referidas no caput deste artigo.~~

~~§ 3º Consideram-se operações relacionadas com terrorismo ou seu financiamento aquelas executadas por pessoas que praticam ou planejam praticar atos terroristas, que neles participam ou facilitam sua prática, bem como por entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por tais pessoas e as pessoas ou entidades que atuem sob seu comando.~~

~~§ 4º A comunicação prevista no caput deste artigo deverá, ainda, informar se se trata de cliente considerado como pessoa politicamente exposta.~~

~~§ 5º Os registros das conclusões de suas análises acerca de operações ou propostas que fundamentaram a decisão de efetuar, ou não, as comunicações de que trata o caput devem ser mantidas pelo prazo de 5 (cinco) anos, ou por prazo superior por determinação expressa da CVM, em caso de processo administrativo.~~

“Art. 7º. As operações e propostas de operações nas situações listadas a seguir devem ser comunicadas ao COAF, independentemente de análise ou de qualquer outra consideração:”

III – Sobre a Comunicação Negativa (Art. 7-A, da Minuta de Alteração)

18. Conforme a exposição do item 2.3. do Edital de Audiência Pública SDM nº 10/12, uma das principais alterações da Lei nº 12.683/12 foi a inserção da obrigação de comunicação negativa.

19. O objetivo da norma referida é evitar aquilo se chama na doutrina de “cegueira deliberada”, exigindo das pessoas obrigadas uma posição proativa no que concerne à prevenção da prática de lavagem de dinheiro. No entanto, segundo a redação atual da minuta, mencionado objetivo pode ser facilmente frustrado.

20. E isso porque a redação proposta na minuta permitiria uma situação onde a comunicação, pelos agentes de mercado, da ocorrência de uma única operação suspeita, no período de um ano, neutralizaria a obrigação da comunicação negativa. Em outras palavras, bastaria apenas uma comunicação de operação por ano para que um agente de mercado se desobrigasse do envio da declaração de comunicação negativa.

CASCIONE, PULINO, BOULOS & SANTOS

ADVOGADOS

21. Para evitar situações desse tipo, sugerimos a inclusão na futura instrução da disposição abaixo sublinhada:

“Art. 7º-A Para os fins do disposto no art. 11, inciso III, da Lei nº 9.613, de 1998, as pessoas mencionadas no art. 2º desta Instrução devem comunicar, anualmente, até o último dia útil do mês de janeiro, por meio de sistema eletrônico disponível na página da CVM na rede mundial de computadores, a não ocorrência, no ano civil anterior, das transações ou propostas de transações passíveis de serem comunicadas, nos termos do art. 7º, além daquelas transações ou propostas de transação que foram devidamente comunicadas no mesmo período.”

22. Esperamos com esse trabalho poder contribuir para o aperfeiçoamento do regime regulatório de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo no âmbito do mercado de valores mobiliários, colocando-nos à disposição dessa autarquia para quaisquer esclarecimentos.

Atenciosamente,

CASCIONE, PULINO, BOULOS & SANTOS ADVOGADOS