

PROCESSO: CVM Nº RJ 2003/12477 (RC Nº 4242/2003)

INTERESSADAS: SIN/ GII-1/ GII-2/ GII-3/ SAD/ GAC/ PFE/ GJU-1/ GJU-2/ GJU-3/ SGE/ SDM

ASSUNTO: Aplicação de Multa Cominatória

RELATORA: Diretora Norma Jonssen Parente

## VOTO

### RELATÓRIO

1. A Superintendência de Relações com Investidores Institucionais - SIN relata que, em reunião do Convênio CVM/BACEN de Intercâmbio de Informações e Outras Atividades Correlatas, o Banco Central do Brasil solicitou a posição da CVM sobre a cobrança de multas cominatórias pelo atraso ou não apresentação das informações obrigatórias dos fundos de investimento financeiro – FIF, fundos de aplicação em cotas de fundos de investimento – FAC-FI e fundos de investimento no exterior – FIEIX.
2. Na última reunião, o Banco Central informou que o entendimento de seu Departamento Jurídico é no sentido de que não haveria competência por parte daquele órgão para aplicar as referidas multas.
3. Por outro lado, foi dito que a situação atual de indefinição quanto à cobrança de multas poderia ocasionar uma queda na confiabilidade das informações dos fundos recebidas pelo Banco Central e disponibilizadas à CVM para consulta, restando a questão de se a não cobrança poderia caracterizar como uma renúncia fiscal indevida.
4. A Decisão-Conjunta CVM/BACEN nº 10 estabelece que:
  - a. enquanto não forem editadas pela CVM, com base na competência que lhe é atribuída por força da Lei nº 10.303/01, continuam vigorando as regulamentações relativas aos FIF/FAC-FI/FIEIX, baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, que prevêem penalidades pela não apresentação das informações obrigatórias nos prazos estabelecidos; (*grifou-se*) e
  - b. até que a CVM disponibilize sistema de informações próprio, as instituições administradoras dos referidos fundos devem permanecer utilizando o sistema oferecido pelo BACEN.
5. Esclareceu ainda a SIN que as informações obrigatórias dos FIF/FAC-FI/FIEIX continuam sendo enviadas ao Banco Central que, no entanto, não vem aplicando as multas previstas nos normativos, existindo em consequência um estoque de multas não cobradas que aguardam uma definição quanto a:
  - a. qual autarquia seria competente para aplicar estas multas e a partir de quando; e
  - b. qual base legal seria utilizada: Resolução CMN nº 2.901/01 ou Instrução CVM nº 273/98.
6. Com o objetivo de esclarecer essas questões, a SIN solicitou a manifestação da Procuradoria Federal Especializada da CVM - PFE.
7. Em resposta à consulta, o Procurador Alexandre Teixeira de Oliveira Fernandes da GJU-1 manifestou-se, reiterando a posição do Jurídico do BACEN, no sentido de que aquele banco não teria mais competência para a imposição das referidas multas, em virtude da Lei nº 10.303 de 31 de outubro de 2001, que conferiu à CVM as atribuições relativas aos fundos.
8. Acrescentou ainda que:
  - a. a CVM também não é competente para aplicar as referidas penalidades por decorrerem da Lei nº 4.595/64, absolutamente estranha às atribuições da CVM;
  - b. a aplicação das referidas multas fica obstaculizada, enquanto não for editado dispositivo regulamentar específico pela CVM; e
  - c. tendo em vista que a Lei nº 6.385/76 retirou do BACEN as atribuições punitivas, não há que se cogitar de renúncia fiscal por parte daquele órgão.
9. Em despacho ao memorando da GJU-1, o Procurador-Chefe Henrique de Rezende Vergara manifestou-se também pela impossibilidade de cobrança das referidas multas acompanhando o parecer do Procurador.
10. Afirmou ainda que, a Decisão Conjunta CVM/BACEN nº 10 de 2 de maio de 2002, ao dispor sobre a transferência das atribuições do Banco Central para a CVM, considerou que "enquanto não editadas pela Comissão de Valores Mobiliários, normas com base na competência a que se refere o inciso anterior, permanecem em vigor as disposições baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil", reconhecendo, assim, a recepção pela CVM das normas que dispõem sobre fundos de investimento, editadas pelo CMN e pelo Banco Central, com o intuito de evitar a formação de um vácuo regulamentar sobre a matéria com a transferência da competência para a CVM. Dessa forma, as Resoluções do CMN e as Circulares do Banco Central referentes ao assunto ora tratado passaram a ter força de uma Instrução da CVM, submetendo-se ao regime da Lei nº 6.385/76. Entretanto, as normas de hierarquia inferior incompatíveis com a Lei nº 6.385/76, a exemplo do que ocorre com as normas que cominam penalidades aos administradores dos fundos, não são passíveis de recepção.
11. Assim, como não há mais incidência das disposições da Lei nº 4.595/64 sobre os fundos em questão, entende o referido Procurador-Chefe que não há que se cogitar também da aplicação das penalidades da Resolução CMN nº 2.901/01. Além disso, ressalta que há equívoco no uso da expressão "estoque de multas", já que, na realidade, essas penalidades não teriam sequer origem, já que nasceram de uma atribuição punitiva inexistente desde a transferência da competência para a CVM.
12. Por fim, concluiu seu despacho, afirmando que, enquanto não for editada pela CVM Instrução fixando os valores diários da multa cominatória, há a possibilidade de se utilizar o disposto no artigo 1º, parágrafo 1º, da Instrução CVM nº 273/98, mediante intimação regular dos administradores dos fundos para que prestem informações ou apresentem documentos exigidos pela regulamentação em vigor, *"dentro do prazo assinalado pela CVM em ordem específica"*, tornando-se, contudo, sua aplicação irretróativa.
13. Diante disso, a SIN está submetendo o assunto à decisão do Colegiado, para que o mesmo delibere pela aplicação das multas não cobradas pelo BACEN ou pela edição de normativo que regulamente a matéria, informando que deixaram de ser aplicadas pelo BACEN, no período de 31/10/2000 a 17/09/2003, 1.473 multas no valor total de R\$1.567.000,00, e que, desse total, 66 multas no valor de R\$186.600,00 são anteriores a 01/03/2002, data em que entrou em vigor a Lei nº 10.303/01.

### FUNDAMENTOS

14. Com o advento da Lei nº 10.303/01, todos os fundos de investimento passaram a constituir valores mobiliários sujeitos ao regime da Lei nº 6.385/76, vale dizer, a CVM recebeu do BACEN a competência para regular e fiscalizar todos os fundos de investimento, dentre eles, os FIF/FAC-FI/FlEX, conforme dispõem os incisos V e IX, do art. 2º da Lei da CVM:

*"Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:*

.....

*V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos;*

.....

*IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros. "*

.....

15. Com o objetivo de evitar um vácuo regulamentar a partir da vigência da Lei nº 10.303/01, que transferiu a competência para a regulação de determinadas matérias do BACEN para a CVM, a Decisão-Conjunta CVM/BACEN nº 10 estabeleceu que, enquanto não fossem baixadas pela CVM normas específicas, continuariam em vigor as disposições do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, bem como a utilização do sistema de informações oferecido pelo Banco Central do Brasil, até que seja disponibilizado pela Comissão de Valores Mobiliários sistema de informações próprio.

16. Deste modo, a referida Decisão-Conjunta reconheceu a recepção pela CVM das normas que dispõem sobre fundos de investimento editadas pelo CMN e pelo Banco Central, e, com isso, conforme a "Teoria da Recepção" de Kelsen, tanto as Resoluções do CMN quanto as Circulares do Banco Central referentes ao assunto ora tratado passaram a ter força de uma Instrução da CVM, submetendo-se ao regime da Lei nº 6.385/76.

17. Cabe esclarecer que, de acordo com a teoria da recepção, o novo regulamento recebe a ordem normativa que surgiu sob o império de disposições anteriores no que for com ela compatível, com o intuito de dar continuidade às relações sociais, sem a necessidade de se baixar novo normativo. Entretanto, na hipótese de haver normas de hierarquia inferior incompatíveis com o novo normativo, no caso, a Lei nº 6.385/76, e somente nesta hipótese, é que não ocorre o fenômeno da recepção.

18. Assim, para evitar um vácuo regulamentar, a Lei nº 6.385/76, com as alterações implementadas pela Lei nº 10.303/01, ao receber a competência para regular todos os fundos de investimento, deve continuar obedecendo às disposições anteriores, no que não for com ela incompatível, até que sejam baixados novos normativos, estabelecendo a forma ou complementando as suas disposições gerais.

19. A teoria kelseniana é de grande utilidade para o direito, posto que evita que as relações sociais fiquem obstaculizadas tão-somente pela mudança do normativo que as abraça, ainda que não haja mudanças para o desenvolvimento dessas relações. E com efeito, já que é a lei quem nasce em função das relações sociais, e não o contrário.

20. Cabe lembrar que, a imposição de multas sucessivas tem como objetivo vencer a resistência dos particulares afetados por um ato administrativo, não tendo estas multas caráter retributivo algum, senão a pretensão única e exclusiva de forçar o cumprimento do ordenado. "As multas coercitivas não têm, pois, nada a ver com as multas-sanção. Não são sanções propriamente ditas e, portanto, são compatíveis com elas, sem que por essa razão possa fazer-se entrar no jogo o princípio *non bis in idem*." <sup>(1)</sup>

21. Assim, no processo de execução, "A multa por dia de atraso é simples meio de coação. Multa-se o executado dia a dia, não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas simplesmente para forçá-lo indiretamente a fazer o que deve, ou a não fazer o que não deve. (...) Seja como for, a cominação da multa sempre assusta muito e contribuiu bastante para que o executado não deixe de cumprir a obrigação de fazer, e precisamente por isso é freqüentemente cominada, e raramente imposta. A multa não tem também a finalidade de enriquecer o exequente à custa do executado. O que principalmente interessa à Justiça Pública não é a aplicação da multa, em proveito do exequente, mas o cumprimento da obrigação, pelo modo menos oneroso para o executado. O que o juiz visa com a multa não é punir o executado, nem enriquecer o exequente, e, sim, obter um meio de desempenhar a contento a sua função jurisdicional." <sup>(2)</sup> Desta forma, o objetivo buscado pelo legislador, ao prever a pena pecuniária no Art. 644, CPC <sup>(3)</sup>, foi coagir o devedor a cumprir a obrigação específica.

22. Diante disso, até para evitar tratamento desigual e queda na confiabilidade das informações a serem prestadas pelos fundos, tenho pensamento distinto da PFE e entendo que a CVM pode e deve aplicar as questionadas multas. Parece-me que não seria razoável admitir-se que a CVM seria competente apenas para receber as informações e não para aplicar as respectivas multas aos infratores, o que tornaria tal disposição totalmente inútil.

23. Na verdade, as multas previstas na regulamentação do BACEN são em tudo semelhantes às multas aplicadas pela CVM, não havendo, a meu ver, qualquer incompatibilidade, a não ser pelo *nomen juris*, que por sua vez, não desfigura a natureza de multa monitoria. Não há, no caso, qualquer incompatibilidade que afete a aplicação da norma, como entende a PFE. Há previsão expressa de multa cominatória no regulamento da CVM, aplicando-se subsidiariamente, pois, a regra do BACEN, salvo naquilo que for com aquela incompatível. Não pode a norma ser rejeitada por inteiro apenas porque existe uma ou outra incompatibilidade. Estas sim devem ser escoimadas do texto e não o normativo em seu inteiro teor.

24. Assim, novamente referindo à "Teoria da Recepção" e atendendo primordialmente aos princípios administrativos da isonomia, eficiência, indisponibilidade e supremacia do interesse público, deve-se reconhecer a competência conferida à CVM para a aplicação das multas originadas após a entrada em vigor da Lei nº 10.303/01, conforme a Instrução CVM nº 273, a qual, em seu art. 1º, infere que:

*"Art. 1º. Estão sujeitas à multa cominatória imposta pela CVM, por dia de atraso no cumprimento dos prazos e conforme os valores constantes dos respectivos normativos, todas as pessoas físicas, jurídicas e demais entidades reguladas pela CVM."*

25. O normativo que regula a aplicação de penalidades na prestação das referidas informações é a Resolução CMN nº 2.901/01, que dispõe o seguinte:

*"Art. 1º. As instituições financeiras e as demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem assim as entidades credenciadas a operar em câmbio, sujeitam-se às penas de advertência e de multa, pelas seguintes irregularidades:*

*I – não fornecimento ou fornecimento incorreto de informações exigidas pelo Banco Central do Brasil, nos prazos e condições estabelecidos pelas normas legais e regulamentares em vigor;*

.....

*Art. 3º. A multa de que trata o art. 1º, no valor de R\$ 150,00, será aplicada:*

I – por evento individualmente identificado, no caso das informações com periodicidade diária, bem como na inobservância de procedimentos associados a recolhimentos compulsórios, a encaixe obrigatório, a depósitos obrigatórios e a direcionamento de recursos;

II – por dia útil de atraso, no caso das informações exigidas com periodicidade não diária, a partir do término do prazo previsto para sua entrega até a data da efetiva regularização da situação."

.....

26. Dispõe ainda o normativo supra citado, em seu art. 2º, que:

"Art. 2º. A pena de advertência será aplicada na verificação da primeira ocorrência de qualquer uma das irregularidades previstas nos incisos I e II do art. 1º.

Parágrafo 1. A ocorrência subsequente de qualquer uma das irregularidades previstas nos incisos I e II do art. 1º sujeita o infrator à pena de multa, na forma estabelecida nesta Resolução.

Parágrafo 2. Após decorrido um ano da aplicação da pena de advertência, será o infrator considerado primário, para os efeitos desta Resolução."

27. Com relação à pena de advertência, aplicada na primeira ocorrência da irregularidade, a que faz menção a Resolução CMN nº 2.901/01, na forma do artigo acima transcrito, o Chefe Adjunto do Departamento de Gestão de Informações do Sistema Financeiro do BACEN, Sr. Antônio Augusto P. Pinheiro, informou que todas as entidades que apresentaram tais irregularidades receberam a advertência à época do evento.

28. Ora, tais entidades, ao receberem a pena de advertência relativa à irregularidade cometida, ficaram cientes de que deveriam cumprir imediatamente a ordem da CVM ou BACEN, sob pena de multa prevista em ambos os normativos – Instrução CVM nº 273/98 e Resolução CMN nº 2.901/01. Vale dizer, este ato, através do qual o BACEN determinou à pessoa física ou jurídica que prestasse as referidas informações, tem natureza constitutiva, uma vez que dele nasce para a pessoa que descumpriu a ordem a obrigação de cumprir a obrigação, sob pena de ter que pagar a multa cominada.

29. O que ainda não se realizou, foi o ato de lançamento da multa, de natureza declaratória, através do qual, a autoridade competente, verificando o descumprimento da ordem da CVM ou do BACEN, e, com base no valor da multa cominada e no período em que persistiu o descumprimento de tal ordem, apura o valor da multa devida. Vale lembrar que, a falta de notificação ou do próprio lançamento também não constitui óbice à cobrança da multa, que é limitada apenas pelo prazo prescricional de cinco anos.

30. Além disso, cumpre alertar que, estando também as receitas não tributárias sujeitas a lançamento, por força da Lei nº 4.320/64 – Lei do Orçamento [\(4\)](#), aplica-se por analogia o disposto no parágrafo único do CTN, que, em seu art. 142, parágrafo único, assim estabelece:

"Art. 142. (...)

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

31. Assim, considerando-se a natureza declaratória do lançamento, cabe enfatizar que a omissão no lançamento e na respectiva cobrança de multa cominatória configura renúncia fiscal indevida, podendo ser considerada negligência na arrecadação de renda pública e improbidade administrativa, de acordo com o inciso X, do art. 10, da Lei nº 8.429/92.

"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

.....

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;"

...

32. Em última análise, uma vez realizado o ato de imposição, deixar de cobrar tais multas configuraria um ato temerário da Administração Pública, sob pena de responsabilidade funcional.

33. Isto posto, as únicas restrições, no caso, a serem observadas em relação às regras do BACEN concernem:

- a. ao limite do prazo de aplicação da multa que, segundo o artigo 3º da Instrução CVM Nº 273/98, não pode ultrapassar o prazo de 2 meses e;
- b. à forma pela qual se dá a comunicação do ato de cobrança da multa, que não mais se faz por intermédio do Sistema de Liquidação do Banco Central – SBL, prevendo o prazo de 5 dias úteis para apresentação de recurso, mas mediante registro postal com aviso de recebimento (AR), e ampliando o prazo recursal para 10 dias contados a partir do recebimento da notificação (artigo 2º, parágrafos 1º e 2º, da mesma Instrução).

34. Deve-se ainda frisar que, conforme dito anteriormente, a multa, de que trata a presente, é a multa cominatória diária, a que se sujeitam as pessoas físicas, jurídicas e demais entidades controladas pela CVM, pela não prestação ou prestação de informações obrigatórias incorretas à esta Comissão, com a finalidade de incentivar que as referidas informações sejam entregues dentro do prazo, não se tratando, repito, de "multa-penalidade", na qual requer-se procedimento administrativo anterior. Não seria sequer lógico pensar-se em instaurar procedimento administrativo, tratando-se de multa diária.

35. Desta forma, reitero o entendimento no sentido de que a CVM deve exercer a competência em questão, promovendo a aplicação das referidas multas de acordo com a Resolução CMN 2.901/01, no que não apresentar conflito com a Instrução CVM nº 273/98, a fim de evitar um vazio regulamentar que leve à não-aplicação das multas devidas, fato que geraria, em consequência, prejuízos para o interesse público e, inclusive, enfraqueceria o poder fiscalizador da CVM.

36. Tanto se confirma a legalidade da Decisão-Conjunta CVM/BACEN nº 10 que, paralelamente, em matéria tributária, o CTN estabelece o seguinte:

"Art. 120. Salvo disposição de lei em contrário, a pessoa jurídica de direito público, que se constituir pelo desmembramento territorial de outra, sub-roga-se nos direitos desta, cuja legislação tributária aplicará até que entre em vigor a sua própria."

37. O dispositivo em questão, segundo Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.:

"... visa a dar à pessoa jurídica de direito público, que assim se constituir, recursos tributários durante o período transitório de sua organização administrativa (...);

"... objetiva também resolver o problema que existiria em decorrência do princípio da anterioridade da lei fiscal, pois a pessoa jurídica de direito público, que resultasse do desmembramento territorial de outra, só poderia cobrar os tributos que instituiu a partir do exercício seguinte, o que seria altamente prejudicial às suas finanças. Assim, o art.120 do CTN reza que a pessoa jurídica de direito público, que se constituir pelo desmembramento territorial de outra, sub-roga-se nos direitos desta, podendo, portanto, aplicar a legislação tributária já existente, enquanto não tiver a sua própria legislação, sem ferir o princípio da anterioridade da lei fiscal porque não estará criando ou majorando tributo." <sup>(5)</sup>

38. Também P. R. Tavares Paes comenta este artigo, afirmando que:

"A criação de pessoa jurídica de direito público está prevista na Constituição e pressupõe a sua própria constituição. O artigo trata desta fase intermediária, em que terá a legislação tributária da pessoa jurídica de que se cindiu." <sup>(6)</sup>

39. Quanto às multas, no total de 66 e que somam o valor de R\$186.000,00, que deixaram de ser aplicadas anteriormente à vigência da Lei nº 10.303/01, a questão é mais simples já que, em atribuição de competência para impor a multa, importa também atribuição de competência para o lançamento e cobrança. Assim, a CVM deve, por força da atribuição recebida em função da Lei nº 10.303/01, lançar e cobrar também as multas anteriores a ela, devendo, no entanto, recolher a receita delas arrecadada e retornar ao BACEN. Também a título de ilustração, segue o exemplo do que dispõe o CTN em matéria tributária:

"Art. 7º. A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do art. 18 da Constituição.

§ 1º. A atribuição compreende as garantias e os privilégios processuais que competem à pessoa jurídica de direito público que a conferir."

....

## CONCLUSÃO

40. Ante o exposto, **VOTO** no sentido de reconhecer que cabe à CVM não só o lançamento e cobrança automática das multas pelo atraso ou não apresentação das informações obrigatórias dos FIF/FAC-FI/FIEX a partir da vigência da Lei 10.303/01, verificada em 01.03.2002 com base na Resolução CMN nº 2.901/01, no que não for incompatível com as normas da CVM, como também no caso das multas anteriores à vigência da referida lei, já que na atribuição de competência para imposição de multa, importa também a atribuição de competência para o lançamento e cobrança, devendo, porém, restituir a receita proveniente ao Banco Central, que é, neste caso, o sujeito ativo da relação.

Rio de Janeiro, 09 de março de 2004.

**NORMA JONSEN PARENTE**

**DIRETORA-RELATORA**

<sup>(1)</sup> Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández; Curso de Direito Administrativo - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

<sup>(2)</sup> Amílca de Castro, in Comentários ao Código de Processo Civil, vol, VIII, RT, 1974, pp. 186-7.

<sup>(3)</sup> "Art. 644 - A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo.

<sup>(4)</sup> "Art. 52. São objeto de lançamento os impostos diretos e quaisquer outras rendas com vencimento determinado em lei, regulamento ou contrato. Art. 53. O lançamento da receita, o ato da repartição competente, que verifica a procedência do crédito fiscal e a pessoa que lhe é devedora e inscreve o débito desta.

<sup>(5)</sup> Luiz Emygdio F. da Rosa Jr., Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, pág.481.

<sup>(6)</sup> P.R Tavares Paes, Comentários ao Código Tributário Nacional, São Paulo, Ed. Lejus, 1998, pág. 294.

<sup>(7)</sup> Site [www.fundos.com](http://www.fundos.com)

<sup>(8)</sup> Ataliba, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária..Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984.