

PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

REF.: PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2007/10331

RELATÓRIO

1. Trata-se de Termo de Acusação (fls. 99 a 104), instaurado pela Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários – SMI, em face de **Banco Itaucard S.A.** e seu diretor, Sr. **Carlos Henrique Mussolini**, em razão do descumprimento do disposto no art. 83 da Instrução CVM nº 409/04 (1), por ocasião da administração de fundos de investimento sob sua responsabilidade.

2. O presente processo originou-se do acompanhamento das carteiras dos Fundos de Investimento regulados pela Instrução CVM nº 409/04, com base nos Demonstrativos de Composição e Diversificação das Aplicações, identificando-se que as ações integrantes da carteira dos Fundos EQUITY HEDGE IB – MULTIMERCADO FUNDO DE INVESTIMENTO, ITAÚ EQUITY HEDGE MULTIMERCADO – FUNDO DE INVESTIMENTO, ITAÚ HEDGE MULTIMERCADO – FUNDO DE INVESTIMENTO, ITAÚ K2 MULTIMERCADO – FUNDO DE INVESTIMENTO, ITAÚ MULTISTRATÉGIA MULTIMERCADO – FUNDO DE INVESTIMENTO, em 30.04.07, estavam registradas de acordo com a cotação de fechamento. (parágrafo 2º do Termo de Acusação)

3. Ressalta a área técnica, contudo, que, segundo o disposto no item 1.2.3.3 do Plano Contábil dos Fundos de Investimento – COFI, a avaliação das aplicações no mercado de renda variável, que apresentem negociação nos últimos 90 dias, deve ser feita utilizando-se a última cotação média diária de negociação do mercado em que o ativo apresentar maior liquidez. (parágrafo 3º do Termo de Acusação)

4. Instado a se manifestar sobre a matéria, o Banco Itaucard S.A. esclareceu que, em 10.04.07 questionara esta CVM, por meio do Banco Itaú S.A., a respeito da utilização de outro critério para avaliação das aplicações dos Fundos em ações atreladas a derivativos em operações estruturadas que não a última cotação média diária. Informou ainda que, ao menos até que a CVM se manifestasse a respeito do mérito da consulta, optara por manter os critérios de avaliação de ações integrantes das carteiras dos Fundos pela cotação de fechamento. Nesse tocante, destacou a área técnica que o processo de consulta ainda se encontrava em análise, pendente do envio de informações adicionais à CVM, que estariam sendo providenciadas. (parágrafos 4º a 6º do Termo de Acusação)

5. O Banco Itaucard S.A. alegou, ainda, que tal conduta se coaduna com o objeto do COFI de evitar a transferência de riqueza entre cotistas de um mesmo fundo de investimento, permitindo expressamente, para tanto, a preservação da essência sobre a forma. Ressaltou que a própria modificação de critérios de avaliação de ativos gera a transferência de riqueza entre cotistas, devendo ser realizada somente quando não restar qualquer dúvida a respeito da sua conveniência e necessidade. (parágrafo 6º do Termo de Acusação)

6. Adicionalmente, o administrador frisou que o atual critério de avaliação de ativos utilizado em relação às ações integrantes da carteira dos Fundos se baseia no princípio do artigo 3º da Circular BACEN nº 3.086, de 15.02.02(2), cujas bases remanesceriam no novo plano contábil, bem como esclareceu que a adoção do preço de fechamento para avaliação das ações integrantes das carteiras dos Fundos deve-se ao fato de tais Fundos realizarem operações estruturadas(3). (parágrafos 7º e 8º do Termo de Acusação)

7. Finalmente, observou que a Instrução CVM nº 305/99 já facultava em seu artigo 3º, parágrafos 5º e 8º, que em operações estruturadas os papéis fossem avaliados tomando-se os contratos em conjunto ou à taxa interna da operação, princípio esse preservado pelo COFI, nos termos de seu item 1.1.1.1. (parágrafo 9º do Termo de Acusação)

8. Sobre a matéria, a área técnica expôs as seguintes considerações: (parágrafos 10 a 15 do Termo de Acusação)

"10. Sobre a manifestação do Administrador, há que se ressaltar que a Instrução CVM nº 438/2006 ao aprovar o Plano Contábil dos Fundos de Investimento – COFI, teve como objetivo regulamentar as normas de escrituração, avaliação de ativos, reconhecimento de receitas e apropriação de despesas e elaboração das demonstrações contábeis dos fundos regidos pela Instrução CVM nº 409/2004, dos Fundos Mútuos de Privatização - FMP-FGTS e Fundos Mútuos de Privatização - Carteira Livre - FMP-FGTS-CL, regidos pela Instrução CVM nº 279/1998 e dos Fundos de Aposentadoria Programada Individual - FAPI, instituídos pela Lei nº 9.477/1997.

11. Nesse sentido é que o COFI, no item 1.1.1.1, dispõe que as normas consubstanciadas no mesmo têm por objetivo uniformizar os registros contábeis dos atos e fatos administrativos praticados e os eventos econômicos ocorridos, racionalizar a utilização de contas, estabelecer regras, critérios e procedimentos necessários à obtenção e divulgação de dados, possibilitar o acompanhamento, a análise, a avaliação do desempenho e o controle dos fundos de investimento especificados no item 1.1.1.2, de modo que as demonstrações contábeis elaboradas, expressem, com fidedignidade e clareza, a real situação econômico-financeira do fundo.

*12. Ademais, nos termos do item 1.1.1.3 (Objetivo da seção Princípios Gerais), sendo o COFI um conjunto integrado de normas, procedimentos e critérios de escrituração contábil de forma genérica, as diretrizes nele consubstanciadas, bem como a existência de títulos contábeis, não pressupõem permissão para prática de operações ou serviços vedados por lei, regulamento ou ato administrativo, ou **dependente de prévia autorização da CVM**. (grifo nosso)*

*13. Assim é que no item 1.1.2.8 (Escrituração da seção Princípios Gerais), estabelece que, com o objetivo de preservar a essência sobre a forma, **em casos extremamente raros**, em que o administrador concluir que a adoção de uma determinada disposição prevista neste Plano possa resultar em informações distorcidas, **apuração inadequada do valor patrimonial da quota de investimento ou distribuição não equitativa dos resultados entre os cotistas, a ponto de conflituarem com os objetivos mencionados no item 1.1.1, o administrador do Fundo poderá, mediante procedimento previsto no item 1.1.2.9, deixar de aplicar disposição prevista neste Plano**. (grifo nosso)*

14. O item 1.1.2.9 por sua vez dispõe que eventuais consultas formais específicas quanto à interpretação de normas e procedimentos contábeis previstos no COFI, devem ser dirigidas à CVM/Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários, e obrigatoriamente firmadas pelo administrador e pelo profissional habilitado responsáveis pela contabilidade. As consultas que versem sobre mudança ou a adoção de novas práticas ou procedimentos contábeis devem ser acompanhadas da posição/manifestação do auditor independente.

15. O item 1.1.2.10, inclusive, deixa claro ao administrador que não é permitida a adoção por iniciativa própria de critério de

precificação diferente do estabelecido no COFI ao dispor que, a existência de eventuais consultas sobre a interpretação de normas regulamentares vigentes ou até mesmo sugestões para o reexame de determinado assunto, não exige o administrador interessado do seu cumprimento."

9. Especificamente com relação ao Sr. Carlos Henrique Mussolini, diretor responsável pela administração dos fundos de investimento do Banco Itaúcard S.A., a SMI concluiu que os esclarecimentos por ele prestados a esta Autarquia corroboram a sua efetiva e inequívoca ciência a respeito da irregularidade apontada, caracterizando, em conjunto com a instituição, sua responsabilidade pelo não atendimento das regras contábeis em comento. (parágrafo 17 do Termo de Acusação)

10. Diante do apurado, a SMI propôs a responsabilização do Banco Itaúcard S.A. e de seu diretor, Sr. Carlos Henrique Mussolini, pela violação do disposto no artigo 83 da Instrução CVM nº 409/2004, ao não observarem as regras contábeis aplicáveis aos fundos de investimentos, aprovadas pela Instrução CVM nº 438/06, quando avaliaram pela cotação de fechamento as ações que compunham a carteira dos fundos supracitados, todos na posição de 30.04.07. (parágrafo 19 do Termo de Acusação)

11. Consoante faculta a Deliberação CVM nº 390/01, os acusados apresentaram tempestivamente proposta conjunta de Termo de Compromisso (fls. 292 a 301), na qual reiteram argumentos próprios de defesa, destacando ainda que, com o advento da Instrução CVM nº 465/08, que alterou o item 1.2.3.3 do COFI, o critério adotado agora é justamente aquele sustentado e defendido pelos mesmos. Quanto ao cumprimento dos requisitos legais para a celebração do Termo, os proponentes ressaltam que, diante da nova regra da CVM, não há que se falar em cessação da prática dos atos considerados ilícitos, restando também sanadas as supostas irregularidades apontadas. Adicionalmente, alegam a inexistência de qualquer prejuízo ao mercado e aos quotistas dos fundos em questão, ao contrário, defendem que estes foram beneficiados, conforme restaria demonstrado em sua consulta à CVM.

12. Os proponentes comprometem-se a pagar à CVM, em conjunto, a quantia de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), no prazo de 30 dias a contar da celebração do Termo de Compromisso. Segundo esclarecem, o critério para a definição do valor proposto foi a multa diária prevista no art. 118 da Instrução CVM nº 409/04 (no valor de R\$ 200,00), pelo não atendimento dos prazos previstos na referida Instrução, o que incluiu a adaptação dos planos contábeis dos fundos de investimentos às normas da CVM. Observam que, no caso concreto, a multa incidiria pelo período de 120 (cento e vinte dias), considerando que a Instrução CVM nº 438/06 (que aprovou o COFI) entrou em vigor a partir de 01.01.07 e as supostas irregularidades foram identificadas nas avaliações relativas a 30.04.07

13. Nos termos do artigo 7º, parágrafo 5º, da Deliberação CVM nº 390/01, a Procuradoria Federal Especializada – PFE analisou a legalidade da proposta apresentada, concluindo que: (fls. 303/307)

"7. Verifica-se que os compromitentes se propõem a pagar à CVM, como condição de eficácia do Termo de Compromisso, a quantia de R\$24.000,00 (vinte e quatro mil reais), a título de ressarcimento de prejuízos, atendendo-se, por conseguinte, a exigência do artigo 11, § 5º, inciso II.

8. Quanto à exigência contida no inciso I, do § 5º, do artigo 11, da Lei nº 6.385/76, que determina a cessação das práticas ilícitas, entendo que restou prejudicada. Senão, vejamos.

9. Com a edição da Instrução CVM nº 465, de 20/02/2008, alterou-se o item 1.2.3.3 do COFI, obrigando que a avaliação dos ativos de renda variável seja feita com base na última cotação diária de fechamento, adotando-se outro critério, pois, para a avaliação dos mencionados ativos.

10. Cabe ressaltar que a análise da conveniência e oportunidade, bem como da aptidão da proposta para ressarcir ou minorar os danos causados ao mercado, se for o caso, não incumbe a esta Procuradoria e sim ao Comitê de Termo de Compromisso e ao órgão Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do art. 8º e 9º da Deliberação nº 486/05.

11. Isto posto, entendo que não há óbice para a análise pelo Comitê de Termo de Compromisso sobre a conveniência e oportunidade na celebração do compromisso proposto, nos termos do que dispõe o artigo 8º, caput, da Deliberação CVM nº 390/01, com as alterações introduzidas pela Deliberação CVM nº 486/05."

14. Ademais, ressaltou a Procuradoria que se apresentam descabidas as argumentações dos proponentes no sentido de tentar deixar registrado no termo as suas convicções quanto à legalidade das condutas, em especial quando afirmam que a defesa administrativa dos proponentes teria sido aprovada pelo Colegiado da CVM, enfatizando que estas questões devem ser objeto da peça de defesa, já que os requisitos para suspensão do procedimento administrativo são apenas a cessação das atividades consideradas ilícitas e a correção das irregularidades apontadas, inclusive com indenização dos prejuízos. (Despacho ao MEMO/PFE-CVM/GJU-1/Nº 236/08, à fl. 307)

15. Em reunião realizada em 06/05/08, o Comitê decidiu negociar com os proponentes as condições da proposta de termo de compromisso que lhe pareciam mais adequadas, consoante faculta o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, nos termos a seguir reproduzidos:

"A juízo do Comitê, a proposta merece ser aperfeiçoada para melhor adequação a este tipo de solução consensual do processo administrativo, haja vista a desproporcionalidade verificada entre o compromisso assumido e a reprovabilidade da conduta atribuída aos proponentes (não observância das regras contábeis aplicáveis aos fundos de investimentos à época dos fatos), em que pese o advento da Instrução CVM nº 465/08. Nesse tocante, cabe frisar que este não é o momento próprio à análise de argumentos de defesa, à medida que o seu eventual acolhimento somente pode ser objeto de julgamento final pelo Colegiado desta Autarquia, sob pena de caracterizar uma extrapolação dos estritos limites da competência deste Comitê, convolvando-se o instituto em verdadeiro julgamento antecipado.

Segundo orientação do Colegiado desta Autarquia, os Termos de Compromisso devem contemplar obrigação tida como suficiente para inibir a prática de infrações assemelhadas, seja pelo próprio proponente, seja por terceiros que estejam em situação similar à daquele, em atendimento à finalidade preventiva do instituto de que se cuida.

Deste modo, o Comitê depreendeu que a propositura de obrigação pecuniária em favor da CVM, da ordem de R\$ 40 mil, aparenta mais adequada ao instituto do Termo de Compromisso, posto que estaria em consonância com decisão do Colegiado em casos dessa natureza, tal qual o Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2007/8689, revertendo em benefício do mercado por intermédio de seu órgão regulador, ao qual incumbe, dentre outros, assegurar o funcionamento eficiente e regular desse mercado (art. 4º da Lei nº 6.385/76).

Nesse tocante, observa-se ainda que o prazo praticado em compromissos dessa natureza é de 10 (dez) dias, a contar da publicação do Termo de Compromisso no Diário Oficial da União.

Isto posto, o Comitê assinala o prazo de 10 (dez) dias úteis para que os proponentes apresentem suas considerações e, conforme o

caso, aditem a proposta apresentada, ocasião em que será encerrada a fase de negociação de que trata o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, com o conseqüente encaminhamento de parecer ao Colegiado." (fls. 308/309)

16. Em expediente, encaminhado a esta CVM em 09.05.08, os proponentes Banco Itaucard S.A. e Carlos Henrique Mussolini informaram que decidiram aceitar a proposta de negociação feita pelo Comitê, de pagamento de obrigação pecuniária de R\$ 40 mil, cabendo a cada proponente a quantia individual de R\$20 mil. (fls. 310/316)

17. Entretanto, em reunião realizada em 20.05.08, o Comitê decidiu **renegociar** com Banco Itaucard S.A. e Carlos Henrique Mussolini os termos da proposta apresentada, haja vista a decisão proferida pelo Colegiado, em reunião realizada na mesma data, quando da apreciação de proposta de Termo de Compromisso em caso com características essenciais similares à do presente (PAS CVM nº RJ2007/10328). Nesse precedente, o Colegiado rejeitou proposta idêntica à outrora sugerida pelo Comitê (no valor total de R\$ 40 mil), tendo, outrossim, sinalizado o valor de R\$ 50 mil por proponente (valor total de R\$ 100 mil) como o mais adequado a casos do gênero, para fins de celebração do ajuste de que se cuida.

18. Em expediente enviado em 02.06.08, os proponentes manifestaram a aceitação dos termos sugeridos pelo Comitê, comprometendo-se a pagar à CVM a quantia de R\$ 50 mil cada um (total de R\$100 mil), no prazo de 10 (dez) dias contados da publicação do Termo de Compromisso no Diário Oficial da União. (fls. 320/326)

FUNDAMENTOS:

19. O parágrafo 5º do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, estabelece que a CVM poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela CVM e a corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

20. Ao normatizar a matéria, a CVM editou a Deliberação CVM nº 390/01, alterada pela Deliberação CVM nº 486/05, que dispõe em seu art. 8º sobre a competência deste Comitê de Termo de Compromisso para, após ouvida a Procuradoria Federal Especializada sobre a legalidade da proposta, apresentar parecer sobre a oportunidade e conveniência na celebração do compromisso, e a adequação da proposta formulada pelo acusado, propondo ao Colegiado sua aceitação ou rejeição, tendo em vista os critérios estabelecidos no art. 9º.

21. Por sua vez, o art. 9º da Deliberação CVM nº 390/01, com a redação dada pela Deliberação CVM nº 486/05, estabelece como critérios a serem considerados quando da apreciação da proposta, além da oportunidade e da conveniência em sua celebração, a natureza e a gravidade das infrações objeto do processo, os antecedentes dos acusados e a efetiva possibilidade de punição, no caso concreto.

22. Por ocasião da análise da proposta, cumpre verificar não somente o atendimento aos requisitos legais necessários à celebração do Termo de Compromisso, como também a sua adequação ao instituto em tela, especialmente a proporcionalidade entre os compromissos assumidos e a reprovabilidade da conduta imputada aos proponentes, evidenciando a conveniência e oportunidade na celebração do ajuste de que se cuida.

23. Consoante decisão do Colegiado, no âmbito da apreciação do Termo de Compromisso proposto no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2007/10328, o Comitê renegociou o valor apresentado pelos proponentes, sugerindo o pagamento à CVM de R\$50 mil cada um. Face à negociação realizada, os proponentes aditaram sua proposta contemplando o valor sugerido pelo Comitê, entendido como bastante para desestimular condutas assemelhadas, em atendimento à finalidade preventiva do instituto de que se cuida.

24. Deste modo, o Comitê considera que, além do preenchimento dos requisitos legais insertos nos incisos I e II do §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76, a nova proposta apresentada coaduna-se com o instituto em tela, mostrando-se conveniente e oportuna sua aceitação.

25. Por fim, é de se sugerir a designação da Superintendência Administrativo-Financeira – SAD para o seu atesto.

CONCLUSÃO

26. Em face do acima exposto, o Comitê de Termo de Compromisso propõe ao Colegiado da CVM a **aceitação** da proposta de Termo de Compromisso apresentada por **Banco Itaucard S.A.** e seu diretor, **Carlos Henrique Mussolini**.

Rio de Janeiro, 04 de junho de 2008.

Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Superintendente Geral

Elizabeth Lopez Rios Machado

Superintendente de Relações com Empresas

Mário Luiz Lemos

Superintendente de Fiscalização Externa

Fábio Eduardo Galvão F. Costa

Superintendente de Processos Sancionadores

Antonio Carlos de Santana

Superintendente de Normas Contábeis e Auditoria

(1)Art. 83. A elaboração das demonstrações contábeis deve observar as normas específicas baixadas pela CVM.

(2)"Art. 3º Os títulos e valores mobiliários classificados na categoria referida no art. 1º, inciso I, bem como os instrumentos financeiros derivativos de que trata o art. 2º, devem ser ajustados, diariamente, pelo valor de mercado, computando-se a valorização ou a desvalorização em contrapartida à adequada conta de receita ou despesa, no resultado do período."

(3)Entendem que, como os derivativos que compõem essas operações estruturadas são necessariamente avaliados de acordo com a cotação de fechamento, esse critério seria adequado para precificação como um todo das operações em questão, que não poderiam ser 'desmembradas' para fins de

avaliação. A seu ver, a utilização de outro critério geraria distorções na apuração do valor da cota dos Fundos, podendo causar prejuízos aos cotistas ou mesmo a distribuição não eqüitativa de resultados.