

Para: SIN MEMO/GIF/Nº 145/2009

De: GIF DATA: 01.04.2009

Assunto: Recurso contra aplicação de multa cominatória - Processo CVM nº RJ2009/ 2244.

Senhor Superintendente,

O presente memorando analisa o recurso contra a aplicação de multa cominatória aplicada contra o BANCO ALFA DE INVESTIMENTO S/A pelo atraso no envio de informação obrigatória de fundo de investimento.

I – Da base legal

O art. 71 da Instrução CVM nº 409/04 determina que:

"Art. 71. O administrador deve remeter, através do Sistema de Envio de Documentos disponível na página da CVM na rede mundial de computadores, os seguintes documentos, conforme modelos disponíveis na referida página:

I – informe diário, no prazo de 2 (dois) dias úteis;

II – mensalmente, até 10 (dez) dias após o encerramento do mês a que se referirem:

a) balancete;

b) demonstrativo da composição e diversificação de carteira; e

c) perfil mensal.

III – anualmente, no prazo de 90 (noventa) dias, contados a partir do encerramento do exercício a que se referirem, as demonstrações contábeis acompanhadas do parecer do auditor independente.

IV – formulário padronizado com as informações básicas do fundo, denominado "Extrato de Informações sobre o Fundo", sempre que houver alteração do regulamento, na data do início da vigência das alterações deliberadas em assembléia."

O art. 118 da mesma Instrução dispõe que:

"Art. 118 - Sem prejuízo do disposto no art. 11 da Lei n.º 6.385/76, o administrador estará sujeito à multa diária no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), em virtude do não atendimento dos prazos previstos nesta Instrução."

A Instrução CVM Nº 447, de 11 de janeiro de 2007, em seu art. 2º criou o e-mail de aviso de atraso com futura incidência de multa e em seu art. 1º também estabeleceu que a cobrança seria a partir do dia seguinte à comunicação do atraso.

Conforme disposto na Instrução CVM Nº 452, de 30 de abril de 2007, só é possível multar se, no prazo de 5 dias úteis, for enviado um e-mail de alerta ao fundo avisando que o mesmo será multado se o documento não for entregue. Se este comunicado não ocorrer, em 5 dias úteis, a multa fica inviabilizada. A mesma Instrução estabelece que a multa cominatória incidirá pelo prazo máximo de 60 dias (art. 14).

O recurso de que trata o presente processo, refere-se à multa cominatória pelo atraso do documento "Perfil Mensal", referente ao mês de novembro de 2008, do fundo: ALFA EXCLUSIVO 35 – FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO – CRÉDITO PRIVADO – INVESTIDOR QUALIFICADO, que deveria ter sido entregue à CVM até 10/12/2008. O atraso no envio foi alertado ao administrador através de e-mail enviado em 15/12/2008 e a multa foi gerada em 26/02/2009.

II – Dados da Multa Cominatória

1. Nome do Administrador do Fundo: BANCO ALFA DE INVESTIMENTO S/A .
2. Nome do Fundo que atrasou a entrega do documento: ALFA EXCLUSIVO 35 – FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO – CRÉDITO PRIVADO – INVESTIDOR QUALIFICADO.
3. Nome do documento em atraso: Perfil Mensal, previsto no art. 71, inc. II, da Instrução CVM nº 409/04.
4. Competência do documento: Novembro de 2008.
5. Prazo final para entrega do documento, conforme Instrução CVM nº 409/04: 10/12/2008.
6. Data do envio do e-mail de alerta de atraso: 15/12/2008.
7. Data de entrega do documento na CVM: 05/03/2009.
8. Número de dias de atraso cobrado na multa: 60 dias, conforme estabelecido no art. 12 da Instrução CVM nº 452/07.
9. Valor da multa: R\$ 12.000,00 (doze mil reais).
10. Número do ofício que comunicou a aplicação da multa: OFÍCIO/CVM/SIN/MC3/Nº 141/09
11. Data da emissão do ofício de multa: 26/02/2009

III – Dos Fatos

Em 15/12/2008 o sistema de multas cominatórias detectou que o fundo ALFA EXCLUSIVO 35 – FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO – CRÉDITO PRIVADO – INVESTIDOR QUALIFICADO não havia entregue o documento "Perfil Mensal" relativo ao mês 11/2008.

Assim sendo, foi encaminhado o e-mail de alerta de atraso de documento para os endereços eletrônicos cadastrados na CVM. Em 26/02/2009, considerando que o documento não havia sido recebido pela CVM, foi emitida a comunicação da multa através do OFÍCIO/CVM/SIN/MC3/Nº 141/09 (fl. 04).

IV – Do Recurso

O recorrente alega que o seu sistema de controle responsável pelo envio das informações previstas na Instrução CVM nº409/04 sofreu ajustes em novembro de 2008, em razão da alteração da custódia e controladoria dos fundos por ela administrados, que passaram a ser exercidas pelo Bradesco. O mencionado ajuste ocasionou a falha registrada pela CVM.

O recorrente afirma que a multa, pelo seu valor cobrado, mostra-se evidentemente desproporcional à infração cometida. Afirma, ainda, que *"a aplicação literal da multa, nos termos descritos no artigo 118 da Instrução CVM 409/04, resulta numa desproporcionalidade inaceitável. Isso porque incorrer-se-ia na aplicação do mesmo valor de multa a potencialidades ofensivas diferentes, ou seja, aquele que deliberadamente não prestar a informação relevante, causando risco de dano considerável ao mercado ou aos investidores, sofrerá a incidência de multa no mesmo patamar monetário que aquele que, inadvertidamente não presta informação de menor relevância ou abrangência, sem qualquer risco de dano ao mercado ou aos investidores. Isto é uma evidente injustiça!"*

O recorrente entende que *"se as circunstâncias da infração influem na decisão do Superintendente quanto a cobrar a multa ou instaurar o procedimento administrativo, deve também igual análise das circunstâncias ser realizada na fixação do valor da multa. Também, o mesmo mecanismo de escalonamento da multa, de acordo com o grau da infração até um teto limite, é observado na aplicação da multa extraordinária, conforme artigo 9º da Instrução CVM 452/07". Todos esses argumentos reforçam a interpretação do citado artigo 118, no sentido de ser indispensável o dever de aplicar a multa ordinária conforme o grau da infração, até o teto de R\$200,00 (duzentos reais) por dia".*

O recorrente entende, também, que considerando que deixou de prestar a informação *"não por dolo, mas por mero engano decorrente da troca de sistemas, e considerando ainda que esta omissão não resultou em riscos de qualquer natureza ao mercado, seja pela natureza da informação ou por se tratar de fundo exclusivo, destinado a investidor qualificado, a multa aplicada no seu patamar máximo é absolutamente desproporcional".*

Por fim, requer que o presente recurso seja recebido e conhecido e, ao final, dado provimento para reconhecer a nulidade da cobrança da multa ou a redução da mesma para um patamar compatível com a falha cometida pelo recorrente.

V – Do entendimento da GIF

O recorrente alega que houve uma falha em seu sistema de controle devido à mudança do custodiante ocorrida em novembro/2008. Contudo, entendemos que este argumento não procede uma vez que, apesar desta mudança, todos os demais documentos foram entregues no prazo, não sendo objeto de multa e nem mesmo de e-mail de alerta de atraso, no período de novembro e dezembro/2008. Deve-se ressaltar, também, que a mudança de custodiante ocorreu no dia 07 de novembro e o Perfil só teria que ser entregue no dia 10 de dezembro, ou seja, mais de 30 dias após esta mudança. Ainda, o antigo custodiante era a Alfa CCVM S/A, ou seja do próprio grupo do administrador, o que facilita o trâmite de informações.

Além disso, o e-mail de alerta de atraso emitido em 15/12/2009 foi enviado para oito e-mails cadastrados no CVMWeb. Destes oito endereços eletrônicos, quatro foram enviados para o Banco Alfa e os outros quatro para o Bradesco, que já era o novo custodiante desde novembro. Aparentemente os oito e-mails enviados foram ignorados pelo administrador pois nenhuma providência foi tomada, a não ser quando foi recebido o Ofício de cobrança da multa cominatória quando, então, foi finalmente enviado o Perfil Mensal .

Quanto à opinião do recorrente de que o valor da multa, em seu valor máximo, é desproporcional, entendemos que o administrador estava plenamente ciente de toda a legislação que trata das multas cominatórias ordinárias, que têm por objetivo compelir o envio dos documentos nos prazos estipulados e cujo valor está estabelecido, desde 2004, na Instrução CVM nº 409. O art. 118 da citada Instrução fixa a multa cominatória em R\$ 200,00 por dia de atraso na entrega da informação devida à CVM. A Instrução CVM nº 482/07 incluiu uma limitação de 60 dias para o prazo de incidência das multas cominatórias. As Instruções nº 409 e 482 dispõem de critérios objetivos quanto ao estabelecimento dos motivos, prazos e valores para a cobrança de multas, não permitindo que superintendente que aplica a multa diminua ou aumente o valor diário em função do "grau de infração", conforme alegado pelo recorrente.

O comportamento do administrador demonstra uma fragilidade de seus controles internos, que não foram eficazes para detectar a falha que estava ocorrendo no envio do Perfil Mensal do mês de novembro. Mesmo após a comunicação da CVM, esse controle interno voltou a falhar e não levou em consideração as mensagens que poderiam ter evitado a emissão da multa.

Assim sendo, entendo que a multa deva ser mantida, pois foi aplicada integralmente de acordo com o rito previsto na Instrução CVM nº 452/07. O envio do documento ocorreu somente após o recebimento, pelo Administrador, do Ofício de Multa no mês de março de 2009 tendo, então, cumprido o objetivo de compeli-lo a prestar a informação. Por uma questão de isonomia entendo, também, que o valor não deva ser reduzido já que, em outros casos já analisados, a multa aplicada ao administrador, pelo mesmo evento, tal benefício não foi concedido

VI – Da Conclusão

Pelo acima exposto, somos pelo indeferimento do recurso apresentado no Processo RJ-2009/2244, com a manutenção da multa cominatória aplicada, e, em consequência, a submissão do presente recurso, à apreciação do Colegiado.

Atenciosamente,

Original assinado por

Luiz Américo de Mendonça Ramos

Gerente de Acompanhamento de Fundos