

Para: SIN MEMO/GIF/Nº 300/2009

De: GIF DATA: 23/10/2009

Assunto: Encaminhamento de Pedido de Reconsideração – Processo CVM nº RJ 2009/ 7629

Senhor Superintendente,

O presente memorando analisa o pedido de reconsideração da decisão do Colegiado da CVM que, em reunião realizada em 01/09/2009, manteve a multa cominatória aplicada pela SIN contra a BOREAL DTVM S/A pelo atraso no envio de informações obrigatórias de fundos de investimento.

I – Dos Fatos

A recorrente em seu pedido de reconsideração refere-se a inexistências contidas na decisão do Colegiado a respeito da aplicação da multa. Como em sua decisão o Colegiado seguiu a manifestação da área técnica, seguem as considerações desta GIF a respeito dos diversos pontos citados no Pedido de Reconsideração da Boreal DTVM.

1 - A recorrente afirma que o Colegiado "apesar de reconhecer a efetiva entrega do documento, negou provimento ao recurso...".

Em nenhum momento foi relatado que o documento não fora entregue. O envio do documento deu-se em 11/08/09, 133 dias após o término do prazo correto. O documento foi encaminhado, mas somente após a comunicação da multa aplicada.

2 - Em seu Recurso, a requerente admite que houve um equívoco no preenchimento do CNPJ do fundo Boreal Multimercado I e, em seu entendimento, a CVM "tinha plenas condições de verificar o equívoco cometido. Entretanto, *quedou-se inerte e, em agosto de 2009, informou a Requerente através do Ofício nº 197/09 sobre a aplicação da multa cominatória no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) pela não entrega do aludido documento*". Entendeu ainda que "em função das informações corretas, apesar do CNPJ equivocado, a CVM tinha plenas condições de verificar o vício e, assim sendo, intimar a Requerente a corrigi-lo, todavia, preferiu aplicar a multa pela ausência de entrega do documento, em conduta contrária aos princípios administrativos da moralidade, da eficiência e da verdade material que norteiam os atos da Administração Pública". Faz referência, então, ao Art. 37 da Constituição Federal a ao art. 2º da Lei nº 9784/99, copiados a seguir:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

LEI nº 9784/99

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

A Boreal DTVM tem sob a sua administração e gestão, atualmente, 3 Fundos de Investimento. Um deles tem o fim do exercício social em Setembro e, os outros 2, no mês de Dezembro. O BOREAL MULTIMERCADO I – FUNDO DE INVESTIMENTO, objeto da multa de que trata este processo, é um dos 2 fundos que têm o encerramento do exercício social em Dezembro e, conforme a regulamentação em vigor, deveria ter enviado as Demonstrações até a data máxima de 31/03/2009. O rito previsto pela Instrução CVM nº 452/07 para multas ordinárias prevê, em seu Art. 3º que, verificado o descumprimento da obrigação é enviada comunicação de alerta da incidência de multa, a partir desta comunicação. A requerente enviou as Demonstrações Contábeis já

com atraso de 6 dias pois só o fez após a recepção da comunicação de alerta de atraso. Ao cometer o equívoco por ela assumido, os dados enviados do Boreal Multimercado I não ficaram disponíveis e, logo, a obrigação de fornecer a informação periódica foi descumprida.

A alegação de que a CVM poderia ter percebido este erro e corrigi-lo sem cobrar não procede. O objetivo da CVM não é cobrar multas e sim fazer com que a informação fique disponível ao público. A CVM agiu plenamente de acordo com a regulamentação vigente: o administrador do fundo foi comunicado formalmente do atraso e, após 60 dias sem ter as informações disponíveis, foi emitida a multa cominatória.

O fato desta autarquia ter cumprido, integralmente, todo o rito previsto na regulamentação em vigor, sem se abster de nenhum procedimento, demonstra claramente o rigor com que são cumpridos os princípios da Administração Pública.

3 - A requerente faz, então, referência à Instrução CVM nº 410/2004 que dispõe sobre a aplicação de multa cominatória somente aos regularmente intimados o que não teria acontecido, pois o documento foi apresentado no dia da comunicação, razão pela qual não há o que se falar em aplicação da multa.

A Instrução citada foi revogada pela Instrução 473/08. Contudo, como já citado no item 3 anterior, a Instrução 452/07 prevê o envio de comunicação específica e da aplicação de multa, só após o envio desta comunicação. O que a requerente parece solicitar é o envio de 2 comunicações de alerta. Já havia atraso pelo não envio das informações e a comunicação (e-mail) foi enviada. Se o documento não foi enviado, ou enviado com erro, apesar do alerta, isto só demonstra a falha nos controles internos e a falta de diligência da recorrente na administração de seus 2 (dois) fundos com fim de exercício social em Dezembro.

4 - A requerente alega, ainda, que o equívoco cometido configura, no máximo, que houve um " *vício de forma*" o que a leva a concluir que " *JAMAIS poderia culminar na desconsideração do documento enviado em 06/04/2009*". ".....*meras questões formais não podem se sobrepor ao efetivo cumprimento da obrigação, em razão da observância do princípio da verdade material.....*". Alega, ainda, que a multa aplicada deveria corresponder a 6 dias de atraso e que o envio correto somente em 11/08/2009 " *não ocasionou nenhum prejuízo aos cotistas/investidores do fundo, mesmo porque todos são empresas do grupo da Requerente, inexistindo investidores externos*". Afirma, então, que " *a multa aplicada afigura-se desproporcional e irrazoável*". Envia, então, cópia de diversos casos julgados pela CVM.

As informações prestadas pelos administradores à CVM são enviadas por meio eletrônico diretamente no CVMWeb. Este procedimento não é recente e todo administrador diligente está ciente desse fato. Foi enviado um e-mail de alerta pelo atraso no envio das Demonstrações Contábeis de cada um dos dois fundos administrados pela requerente. Caso o envio das informações tivesse ocorrido na data determinada pela Instrução CVM nº 409/04 (31/03/2009) a requerente poderia ter sido alertada do seu equívoco. Contudo, como já dito anteriormente, a regulamentação não prevê o envio de 2 comunicações de atraso e o administrador diligente também está ciente deste fato. Na realidade, o que ocorreu é que os dados do fundo Boreal Multimercado I não ficaram disponíveis na base de dados da CVM até 11/08/09.

Quanto ao valor da multa, ela foi cobrada inteiramente seguindo os ritos das Instruções nºs 409 e 452, que imputam R\$ 200,00 por dia de atraso, limitado a 60 dias. O valor da multa é apenas consequência da falha em seus controles internos e do erro cometido pelo administrador.

5 - A requerente cita que a multa deveria ter sido aplicada considerando-se o dispositivo contido no §9º, do artigo 11, da Lei nº 6385/76 onde seria considerado o arrependimento eficaz e posterior e também a materialidade das informações. Uma vez que a retificação do CNPJ do fundo Boreal foi efetuada no dia 11/08/2009 " *seria caracterizada como arrependimento posterior, o que influiria diretamente na quantificação da multa*" . Também, quando da interposição do Recurso a requerente informou sobre a materialidade dos fatos, ou seja, informou acerca do equívoco no preenchimento do CNPJ. Afirma, ainda, que " *todas as informações contidas no documento referiam-se ao fundo correto , razão pela qual a CVM não poderia simplesmente desconsiderá-lo ou, mesmo, deveria intimar a Requerente a prestar informações acerca do ocorrido e não simplesmente multá-la, em nítida infringência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*".

LEI Nº 6.385, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1976

Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão do exercício do cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários;

§ 9º Serão considerados, na aplicação de penalidades previstas na lei, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer pessoa, espontaneamente, confessar ilícito ou prestar informações relativas à sua materialidade.

A multa cominatória não se configura uma penalidade. Desta forma, não se aplica à legislação acima descrita.

Por fim, não está certa a alegação de que as informações enviadas referiam-se ao fundo correto. As informações enviadas que ficaram na base de dados da CVM foram relativas ao outro fundo administrado pela requerente.

A CVM agiu totalmente dentro do rito previsto pela regulamentação em vigor. A requerente foi avisada do atraso no envio da documentação e devidamente multada ao não enviá-la. A multa cominatória cumpriu plenamente seu objetivo ao compelir a requerente a prestar a informação, que somente foi enviada após o recebimento do Ofício de Multa, deixando patente a fragilidade de seus controles internos.

II – Do pedido

A Requerente, por fim, requer que o pedido de reconsideração seja conhecido e provido para que seja afastada a multa aplicada ou, subsidiariamente, para que seja aplicada considerando-se apenas 6 (seis) dias de atraso. Ou, ainda, que seja reconhecida a aplicabilidade do parágrafo 9º, do artigo 11, da Lei nº 6385/76.

III – Da conclusão

Encaminhamos, então, o Pedido de Reconsideração solicitado pela requerente à multa aplicada no Processo RJ-2009/7629, certos de termos esclarecido o posicionamento desta área técnica, comprovando que não houve nenhuma inexistência na decisão do Colegiado.

Atenciosamente,

Original assinado por

Luiz Américo de Mendonça Ramos
Gerente de Acompanhamento de Fundos