

Para: SIN MEMO/GIE/Nº 51/2010

De: GIE DATA: 3/2/2010

Assunto: Recurso contra Aplicação de Multa Cominatória - Processo CVM nº RJ-2009-9530

Senhor Superintendente,

O presente memorando trata do recurso apresentado contra a aplicação de multa cominatória ao Banco Safra de Investimento S/A, na qualidade de instituição administradora do Parâmetro FMIEE, pelo atraso no envio de informações periódicas obrigatórias, previstas no art. 34, inciso III, da Instrução CVM nº 209/94 ("Instrução 209").

## I – Base Legal

O art. 34, inciso III, da Instrução 209 determina que:

*"O administrador do fundo deverá enviar à CVM, através do Sistema de Envio de Documentos disponível na página da Comissão na rede mundial de computadores, conforme modelo disponível na referida página, as seguintes informações:*

*(...)*

*III – anualmente, no prazo de 90 (noventa) dias após o encerramento do período, as seguintes informações:*

- a. demonstrações financeiras acompanhadas de parecer do auditor independente;*
- b. o valor patrimonial da cota; e*
- c. os encargos debitados ao Fundo, conforme disposto no art. 29, devendo ser especificado o seu valor e percentual em relação ao valor do patrimônio líquido do Fundo."*

Por sua vez, o art. 45 da mesma Instrução dispõe que:

*"O administrador que não encaminhar à Comissão de Valores Mobiliários as informações previstas nesta Instrução, ficará sujeito à multa cominatória diária de R\$ 200,00 (duzentos reais), que incidirá a partir do primeiro dia útil subsequente ao término dos prazos determinados para o cumprimento da obrigação, sem prejuízo da responsabilidade dos administradores nos termos do inciso V, do art. 9º e art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. (NR)".*

Conforme disposto na Instrução CVM nº 452/07 ("Instrução 452"), só é possível a aplicação de multa ordinária se, dentro do prazo de 5 dias úteis contados do prazo máximo de envio da informação periódica, for enviada notificação de alerta ao administrador do fundo comunicando que o mesmo será multado caso o documento não seja entregue.

Ademais, a mesma Instrução, em seu art. 14, estabelece que a multa cominatória incidirá por, no máximo, 60 dias, contados do dia seguinte ao recebimento da notificação mencionada. Ao final de tal prazo, cabe ao SIN decidir sobre a conveniência da instauração de processo administrativo sancionador.

O recurso de que trata o referido processo, refere-se à multa cominatória pelo atraso do documento "DF/2007/2008", referente ao período findo em 30/6/2008, do Parâmetro FMIEE, cujo prazo máximo de envio extinguiu-se em 29/9/2008.

O atraso no envio foi alertado ao administrador através de e-mail enviado em 3/10/2008 (fls. 10) e a multa foi gerada em 8/6/2009 (fls. 11).

## II – Dados da Multa Cominatória

1. Nome do Administrador do Fundo: Banco Safra de Investimentos S/A.
2. Nome do Fundo que atrasou a entrega do documento: Parâmetro FMIEE.
3. Nome do documento em atraso: DF/2007/2008, previsto no art. 34, inciso III, da Instrução CVM nº 209/94.
4. Competência do documento: 30/6/2008.
5. Prazo final para entrega do documento, conforme Instrução CVM nº 209/94: 29/9/2008.
6. Data do envio do e-mail de alerta de atraso: 3/10/2008.
7. Data de entrega do documento na CVM: 8/6/2009.
8. Número de dias de atraso cobrado na multa: 60 dias, conforme estabelecido no art. 12 da Instrução CVM nº 452/07.
9. Valor unitário da multa: R\$ 12.000,00 (doze mil reais).
10. Número do ofício que comunicou a aplicação da multa: OFÍCIO/CVM/SIN/GIE/MC/Nº 9/09.
11. Data da emissão do ofício de multa: 8/6/2009.

## III – Fatos

O Sistema de Controle de Recepção de Documentos (SCRD) detectou que o administrador do Parâmetro FMIEE não havia encaminhado o documento "DF/2007/2008", relativo às demonstrações financeiras do exercício encerrado em 30/6/2008, as quais deveriam ter sido encaminhadas até 29/9/2008, nos termos do art. 34, inciso III, da Instrução 209.

Desse modo, em 3/10/2008, dentro, portanto, dos 5 dias úteis previstos para que o administrador seja notificado, foi encaminhada notificação de alerta de não-envio de informação periódica para o endereço eletrônico cadastrado na CVM.

Por fim, em 8/6/2009, considerando que o documento não havia sido enviado há mais de 60 dias, foi emitida a comunicação da multa através do OFÍCIO/CVM/SIN/GIE/MC/Nº 9/09. Ademais, pelo mesmo motivo, cabe a esta área técnica apreciar a conveniência e a oportunidade de instaurar

#### IV – Recurso

Seguem abaixo as alegações do recorrente:

- i. Em 22/8/2007, foi aprovada, pela unanimidade dos cotistas, a transformação do fundo classificado como fundo de multimercado para fundo de investimento em empresas emergente.
- ii. Em 17/6/2008, esta Comissão encaminhou ao recorrente o OFÍCIO/CVM/SER/GER-3/Nº 972/2008, deferindo o pedido de transformação do fundo, concedendo o registro de funcionamento como FMIEE sob o código CVM nº 46-9.
- iii. Com o intuito de investir recursos em empresas do ramo de telecomunicações, os cotistas aprovaram a aquisição, pelo fundo, de uma debênture emitida pela ELAV Participações S/A, a qual, por sua vez, capitalizou a UNICEL do Brasil Telecomunicações Ltda, sua subsidiária, devidamente habilitada para prestar serviços de telefonia móvel no Estado de São Paulo. Tal aquisição foi efetivada em 8/5/2008.
- iv. Ocorre que o plano de negócios da UNICEL, devido ao recuo de outros investidores, por diversas razões, entre elas a crise financeira mundial, restou, ao que tudo indica, frustrado. Nesse contexto, também passou a ELAV a frustrar várias de suas obrigações, dentre as quais aquela de apresentar suas demonstrações financeiras do fundo, seu investidor.
- v. O administrador recebeu a multa ora em comento por não ter entregado as DF/2007/2008. Entretanto, entende que tal fato não decorreu de sua negligência, mas sim da ausência de entrega do relatório de auditoria da ELAV, sociedade emissora da debênture que compunha 98,66% da carteira do fundo em 30/6/2008.
- vi. Alega ter solicitado, por diversas vezes à ELAV, o envio dos documentos necessários para que o auditor independente do fundo pudesse elaborar as devidas demonstrações financeiras.
- vii. Diante das dificuldades enfrentadas, o administrador conclamou os cotistas a deliberarem acerca da liquidação do fundo, fato este informado à CVM por meio de carta protocolada nesta Comissão em 23/4/2009.
- viii. O administrador, na liquidação do fundo, transferiu a debênture da ELAV aos cotistas, conforme deliberado na AGQ de 10/6/2009.
- ix. Em resumo, alega que não seria justificável a cobrança de multa considerando que o evento que lhe deu origem, qual seja a ausência de demonstrações financeiras da companhia investida, escapava totalmente ao controle do administrador do fundo, razão pela qual, inclusive, após a insistente demanda, foram os cotistas instados a deliberar quanto à liquidação do fundo. Ademais, a ausência das demonstrações financeiras do fundo, em si, não causou nenhum prejuízo aos cotistas ou a qualquer participante do mercado. Alega que o único potencial prejuízo relacionado ao fundo decorre do investimento em si, o qual foi referendado pelos cotistas em assembléia.
- x. Diante do exposto, pede o cancelamento da multa em referência e reitera seu compromisso de cumprir os prazos estabelecidos na legislação em vigor, tomando as providências cabíveis sempre que se verificar a impossibilidade de tal cumprimento, por razões alheias à sua vontade, como no caso que ora se descreveu.

#### V – Considerações da GIE

Enviar informações periódicas dentro dos prazos previstos nas Instruções que regulam o funcionamento dos fundos mútuos de investimento em empresas emergentes faz parte das obrigações da instituição administradora, nos termos do art. 34, inciso III, da Instrução 209.

Além disso, o art. 45 da Instrução prevê que o atraso no envio da demonstração financeira é passível de multa, devendo ser observado o rito previsto na Instrução 452, cujos procedimentos foram fielmente seguidos por parte desta GIE.

Até mesmo os argumentos apresentados pelo recorrente demonstram, de maneira objetiva, que ocorreu atraso no envio das informações em tela, e que o mesmo foi resultado de questões estritamente relacionadas à administração das empresas emergentes investidas pelo fundo.

Inexiste normativo que permita à área técnica, em função de fatores externos à relação existente entre o administrador e esta Autarquia, isentar o pagamento de uma multa cominatória pelo não cumprimento de obrigação objetiva.

Isto posto, consideramos que os argumentos apresentados pelo recorrente não só caracterizam a inobservância ao prazo previsto na Instrução 209, bem como não é passível de reversão, por parte desta área técnica, a decisão de aplicação da multa cominatória, uma vez que a não-apresentação do documento não ocorreu devido a qualquer problema de sistema, cadastro ou de falha na recepção de informações por parte desta Comissão.

No que tange à possibilidade de o SIN instaurar processo administrativo sancionador contra o Banco Safra de Investimentos S/A., nos termos do art. 5º da Instrução 452, defendemos, com base no Sistema de Supervisão Baseada em Risco – SBR, a qual é destinada a promover uma alocação eficiente de recursos no trato das diversas matérias sob a competência desta área técnica, que o mesmo não seja instaurado, pelos motivos abaixo listados:

- i. Na reunião realizada em 19/12/2006, o Colegiado, deliberando acerca de parâmetros a serem utilizados pelas áreas técnicas para a cobrança das multas, dispôs que *"não deverá ser aplicada multa a agentes de mercado em relação aos quais, pelo mesmo atraso na entrega de informações periódicas, tenha sido instaurado processo administrativo sancionador"* (Reg. Col. nº 5.344/06).

O fundamento da referida decisão é a distinção entre as multas de caráter cominatório e as multas de caráter punitivo - a multa cominada para o descumprimento de uma certa ordem não é, tecnicamente, uma penalidade. As multas cominatórias são *"destinadas a influenciar na vontade do devedor, de modo a evitar o inadimplemento ou a compelir o obrigado a saná-lo"*, enquanto as multa punitivas somente podem ser impostas mediante prévio processo sancionador.

Diante do acima exposto, parece-nos que a imposição da multa cominatória supera a conveniência de se instaurar um procedimento sancionador.

- ii. Ainda que não justifiquem o deferimento do recurso contra aplicação de multa, o administrador apresenta explicações convincentes sobre o motivo do atraso no envio das informações.
- iii. Inexistem reclamações dos cotistas do fundo contra o atraso no envio das referidas informações, observado que os mesmos

são todos investidores qualificados.

- iv. O fundo foi liquidado em 10/6/2009, tendo seu patrimônio dividido entre os cinco cotistas do fundo, tornando-se os mesmos condôminos, com cotas ideais, na mesma proporção das cotas do fundo.

## **VI – Conclusão**

Pelo acima exposto, defendemos o indeferimento do recurso apresentado no âmbito do Processo CVM nº RJ-2009-9530, com a manutenção da multa cominatória aplicada.

Ademais, defendemos que não seja instaurado processo administrativo sancionador contra o Banco Safra de Investimentos S/A, pelos motivos apresentados em nossas considerações.

Finalmente, propomos ao SIN o encaminhamento do presente recurso ao SGE, para que o mesmo possa ser apreciado pelo Colegiado, nos termos do art. 13 da Instrução CVM nº 452/07.

Atenciosamente,

Claudio Gonçalves Maes

Gerente de Acompanhamento de Fundos Estruturados