

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO N° 15/99

INDICIADOS: Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A., César Augusto Sizenando Silva, PriceWaterhouseCoopers Auditores Independentes e Ricardo Baldin

RELATOR: Diretor Marcelo F. Trindade

Ementa:

I - Limites de concentração de carteira de fundos, na vigência das Instruções CVM 177/92, 148/92 e 215/94. Falta de dispersão circunstancial. Absolvição.

II – Operações entre fundos sob administração comum, com seguidos prejuízos para alguns, e lucros para os outros. Violação do dever de diligência do art. 10, II, da Instrução CVM 82/88. Advertência.

RELATÓRIO

A origem do Inquérito

1. Conforme se vê do Relatório da Comissão de Inquérito de fls. 1.802/1.830 — que adoto como se aqui estivesse transcrito —, este Inquérito Administrativo originou-se de "*inspeção realizada nos fundos administrados pelo Unibanco*", a qual teria apurado, em relação a operações do ano de 1994, "*a ocorrência de várias irregularidades relativas aos aspectos regulamentares e legais, e a existência de indícios de que teriam sido realizadas operações prejudiciais aos mencionados fundos*" (cf. fls. 1.803)
2. Além disto a inspeção teria constatado "*a possível ocorrência de irregularidades na atuação do auditor independente*" (fls. 1.803).

Relatório da Comissão de Inquérito

3. Relatório da Comissão de Inquérito foi parcialmente aprovado na reunião do Colegiado ocorrida em 14.07.2000 (cf. fls. 1.855/1.857), na forma do voto de fls. 1.851/1.854.
4. Em relação ao Unibanco e a seu diretor responsável, os atos considerados irregulares podem ser reunidos em dois grupos: **(i)** a inobservância dos limites de enquadramento e concentração da carteira de certos fundos, então estabelecidos nas Instruções CVM 177/92, 148/91 e 215/94), com a conseqüente imputação de infringência do inciso II do art. 10 da Instrução CVM 82/88, e **(ii)** operações de compra e venda de ações entre fundos administrados pelo Unibanco, com prejuízo reiterado para certos fundos, e conseqüente benefício para outros, o que consistiria em prática não eqüitativa, a teor do disposto no inciso II, alínea d, da Instrução CVM 08/79, e em violação do disposto nos incisos I, II e IV do artigo 10 da Instrução CVM 82/88.
5. Já no que se refere à PriceWaterhouseCoopers e a seu sócio e responsável técnico pela auditoria dos fundos do Unibanco naquele ano de 1994, a irregularidade de conduta consistiria na omissão de comunicação à CVM dos atos supostamente irregulares imputados ao Unibanco, na gestão dos fundos, em violação às regras dos incisos II e III do art. 29 da Instrução CVM 216/94.
6. Com respeito à inobservância dos limites de enquadramento, afirma o Relatório da Comissão de Inquérito, quanto ao período de janeiro a maio de 1994:

"Cumpra, primeiramente, observar que a Instrução CVM nº 177/92, que vigorou até 20 de junho de 1994, determinava, em seu artigo 30, que os Fundos Mútuos de Investimento em Ações - Carteiras Livres deveriam manter, diariamente, no mínimo, 51% de seus patrimônios aplicados em ações de emissão de companhias abertas, opções de ações, futuro de ações, índices de ações e opções sobre índices de ações. No período de janeiro

a maio de 1994, o Fundo Performance CL apresentou os percentuais de aplicação em renda variável calculados em relação ao patrimônio líquido sempre acima do limite mínimo exigido pela supramencionada Instrução..." (cf. fls. 1.806).

7. E prossegue o Relatório, já agora tratando do período de junho a dezembro de 1994:

"A partir de 20 de junho de 1994, quando entrou em vigor a Instrução CVM nº 215/94, o limite mínimo de 51% em aplicações em renda variável passou a ser calculado não mais em relação ao patrimônio dos fundos, mas, sim, em relação ao total das aplicações destes, por força do disposto no artigo 49, "caput" e parágrafo 2º, combinados com o Parágrafo Único do artigo 43 e com o parágrafo 2º do artigo 44, todos da citada Instrução." (cf. fls. 1.806)

"...ficou caracterizado que o Fundo Performance CL não obedeceu ao disposto no artigo 49, "caput" e parágrafo 2º, combinados com o Parágrafo Único do artigo 43 e com o parágrafo 2º do artigo 44, todos da Instrução CVM nº 215/94, posto que as aplicações do referido Fundo em renda variável, no período de junho a dezembro de 1994, não atingiram 51% do total de suas aplicações." (cf. fls. 1.806).

8. A Comissão de Inquérito ressalta que "consoante o artigo 64 da Instrução CVM nº 215/94, o referido período correspondeu ao prazo concedido pela aludida Instrução para adaptação das carteiras dos fundos aos seus dispositivos, período em que os fundos CL poderiam ainda estar obedecendo ao limite calculado em consonância com o disposto pelo artigo 30 da Instrução CVM nº 177/92." (cf. fls. 1.807). Entretanto, afirma a Comissão que "mesmo considerada a fórmula de cálculo prevista na Instrução 177/92, o Fundo Performance - CL permaneceu, nos meses de junho a novembro de 1994, com suas aplicações em renda variável em percentual inferior a 51% do patrimônio, infringindo o disposto no artigo 30 da aludida Instrução" (cf. fls. 1.807).
9. Já no que se refere à concentração irregular, esclarece o Relatório da Comissão que o "Fundo Alfa, em maio de 1994, conforme fls. 052 e 179/180, detinha 12,2 % de sua carteira aplicados em ações ordinárias, o que lhe permitiria possuir em carteira o máximo de 11 % em ações de emissão de uma mesma companhia. No entanto, o citado Fundo Alfa, naquele mês, possuía 33,4 % de sua carteira em ações de emissão da Telebrás, infringindo, assim, o inciso II do artigo 32 da Instrução CVM nº 148/91, vigente à época, pois, na ocasião, ainda não havia sido revogada" (cf. fls. 1.809).
10. Com respeito às operações em detrimento de certos fundos, e em benefício de outros, a Comissão de Inquérito deu maior destaque às operações que teriam prejudicado o Fundo Crescinco, em negócios realizados com ações de emissão da Cesp (ON), Casa Anglo (PN), Sadia Concórdia (PN), Brasmotor (ON e PN), Mecânica Pesada (PN) e Nordon (ON), no período de maio a agosto de 1994, minudentemente relatadas nos itens 39 a 77 do Relatório (fls. 1.811/1.820). Entretanto, a Comissão salienta que "foram prejudicadas outras carteiras administradas pelo Unibanco, inclusive, o Fundo Unibanco FMIA e o Fundo Alfa" (cf. fls. 1.824), sendo certo que tais operações, no entender da Comissão de Inquérito, "beneficiaram outras carteiras administradas pelo Unibanco". (cf. fls. 1.811).

As imputações

11. Desse modo, foram os indiciados intimados a defenderem-se das seguintes imputações:
12. Quanto ao Unibanco e seu diretor César Augusto Sizenando Silva:

"a.2) por infringência ao disposto no artigo 30 da Instrução CVM nº 177/92, combinada com o disposto no artigo 49, "caput" e parágrafo 2º, com o Parágrafo Único do artigo 43, com o parágrafo 2º do artigo 44 e com o artigo 64, todos da Instrução CVM nº 215/94, em relação ao desenquadramento do Fundo Performance CL ao limite mínimo de aplicações em renda variável no período de junho a novembro de 1994, conforme o relatado nos parágrafos 17 a 24 e o concluído no parágrafo 25" (cf. fls. 1.828);

"a.3) por infringência ao disposto no inciso II do artigo 32 da Instrução CVM nº 148/91, relativamente ao excesso de concentração em ações de emissão de uma mesma

companhia verificado na carteira do Fundo Alfa no mês de maio de 1994, consoante o relatado e concluído nos parágrafos 26 e 27" (cf. fls. 1.828);

"a.6) por infringência disposto no inciso II do artigo 10 da Instrução CVM nº 82, de 19.09.88, de vez que, em virtude da ocorrência das infrações regulamentares descritas nos parágrafos 12 a 34 e consoante o concluído no parágrafo 35, ficou caracterizado que o Unibanco e o supramencionado diretor, na qualidade de administradores de carteiras de valores mobiliários, não cumpriram todas as suas obrigações, não tendo empregado, no exercício de suas atividades, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma dispensar na administração de seus próprios negócios" (cf. fls. 1.828/1.829);

"a.7) pela ocorrência de prática não-eqüitativa no mercado de valores mobiliários, definida na alínea "d" do item II, e vedada pelo item I, ambos da Instrução CVM nº 08, de 08.10.79, por ter ficado comprovado, consoante o relatado nos parágrafos 36 a 85 e o concluído no parágrafo 87, que o Fundo de Investimento de Capital Estrangeiro Templeton Brasil, o Fundo de Investimento de Capital Estrangeiro Brasilvest, o Fundo 2000 de Conversão e Capital Estrangeiro e o Unibanco Ações FMIA, anteriormente denominado Unibanco Carteira de Ações FMIA, todos administrados pelo Unibanco, foram efetivamente beneficiados em detrimento de outros fundos e carteiras também por ele administrados, principalmente, do Fundo Crescinco" (cf. fls. 1.829); e,

"a.8) por infringência ao disposto nos incisos I, II e IV do artigo 10 da Instrução CVM nº 82, de 19.09.88, posto que o Unibanco e o supramencionado diretor, na qualidade de administradores de carteiras de valores mobiliários, conforme relatado nos parágrafos 36 a 85 e concluído no parágrafo 86, não desempenharam suas atribuições de modo a atender aos objetivos de investimento dos titulares das carteiras administradas e dos cotistas dos fundos, especialmente, do Fundo Crescinco, além de não terem empregado, no exercício de suas atividades, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma dispensar na administração de seus próprios negócios, tendo ficado, também, comprovada a ocorrência de operações realizadas por conta principalmente do Fundo Crescinco, mas também por conta do Fundo Unibanco FMIA, do Fundo Alfa e das carteiras administradas relacionadas às fls. 474/475, que, em detrimento desses, beneficiaram outros fundos administrados pelo Unibanco, prática essa que, se chegasse ao conhecimento dos cotistas dos fundos e titulares das carteiras administradas, comprometeria a relação fiduciária desses com o Unibanco."

13. Quanto à PriceWaterhouseCoopers e seu sócio e responsável técnico Ricardo Baldin:

"... por infringência ao disposto nos incisos II e III do artigo 29 da Instrução CVM nº 216/94, consoante o relatado e o concluído nos parágrafos 90 a 92" (cf. fls. 1.830).

Defeito nas intimações, e restrição das imputações

14. Em razão de as intimações de fls. 1.858/1.863 terem sido realizadas com defeito, por deixarem de refletir a não aprovação, pelo Colegiado, de certas imputações propostas pelo Relatório da Comissão de Inquérito, foram refeitas as intimações de Unibanco e César Augusto Sizenando Silva (cf. fls. 1.884 e 1.886).

15. Ao serem refeitas, tais intimações foram realizadas com as seguintes imputações: "infração ao disposto no art. 30 da Instrução CVM nº 177/92, c/c o art. 49, caput e § 2º do art. 44 e art. 64, todos da Instrução CVM 215/94; descumprimento do art. 32, inciso II, da Instrução CVM nº 148/91, contrariando o disposto no art. 45, inciso II, da Instrução CVM 215/94; e descumprimento do art. 10, inciso II da Instrução CVM nº 82/88." (cf. fls. 1.884 e 1.886).

16. Logo, embora o Diretor Relator, no seu voto acolhido pela decisão do Colegiado, tenha afirmado claramente que, quanto às operações com ações em prejuízo de certos fundos e benefício de outros, "concordo **na íntegra** com a responsabilização do Unibanco e de César Augusto Sizenando Silva **consoante o apurado pela Comissão de Inquérito**" (fls. 1.853), a intimação realizada não abrangeu a imputação de prática não eqüitativa, a qual, portanto, ficou prejudicada.

As Defesas

17. Os indiciados apresentaram defesas a fls. 1.899/1.929 (Unibanco e César Augusto Sizenando Silva) e a fls. 1.960/2.000 (PriceWaterhouseCoopers e Ricardo Baldin), cabendo então resumir suas alegações.

Defesa de Unibanco e César Augusto Sizenando Silva

18. São as seguintes, em resumo, as alegações da defesa dos indiciados Unibanco e César Augusto Sizenando Silva:

Preliminares

- a. **prescrição**, porque as supostas infrações teriam ocorrido mais de cinco anos antes da intimação para a defesa, e o art. 4º da Lei 9.873/99, ao estabelecer que *"ressalvadas as hipóteses de interrupção previstas no art. 2º, para as infrações ocorridas há mais de três anos, contados do dia 1º de julho de 1998, a prescrição operará em dois anos, a partir dessa data"*, seria inconstitucional, por infringência ao disposto no inciso XL do art. 5º da Constituição, segundo o qual *"a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"* (fls. 1.902/1.906);
- b. **retroatividade benéfica**, dado que as regras regulamentares em que se baseiam as acusações, relativas aos limites de enquadramento e concentração dos fundos de investimento, foram revogadas pelas Instruções CVM 302/99 e 306/99, sendo o caso de aplicar-se o princípio inscrito no inciso XL do art. 5º da Constituição (fls. 1.907/1.908);

Mérito

- a. **preambularmente**, salienta que as operações ocorreram num período conturbado, do ponto de vista da economia e dos mercados, dado que houve naquele tempo a implantação da URV e depois do Real, e que a Comissão de Inquérito teria considerado erroneamente em seus cálculos os valores da URV em cruzeiros reais a cada dia das operações, quando deveria ter utilizado o valor final de conversão, de CR\$ 2.750,00 por R\$ 1,00, o que evitaria a distorção dos números (cf. fls. 1.909/1.914);
- b. **quanto ao desenquadramento do Fundo Performance CL**, alega que *"mesmo que não tenham sido registrados no Ativo do Fundo, os contratos no mercado futuro de índices de ações, bem como os prêmios de opções lançadas, estas podiam ser computadas para os efeitos de enquadramento nas regras de composição e diversificação dos Fundos"* (cf. fls. 1.915), sendo certo que ao longo do segundo semestre de 1994 houve troca de correspondência entre a CVM e o Unibanco sobre o tema (fls. 1.951/1.957), e que *"foi tão somente a partir da última manifestação da CVM, em janeiro de 1995, que se firmou o entendimento daquele órgão acerca da forma de se calcular o enquadramento da carteira"* (cf. fls. 1.916);
- c. **quanto à concentração em ações da Telebrás**, salienta que tais excessos se deram em maio e julho de 1994, e que em junho de 1994 entrou em vigor a Instrução CVM 215/94, que modificou as regras limitadoras da concentração, sendo certo que a aplicação das novas regras levaria ao enquadramento dos fundos; afirma ainda que a concentração foi momentânea e que a rentabilidade dos fundos foi superior à do Ibovespa no período, não tendo havido prejuízo aos quotistas; e,
- d. **quanto à imputação de falta de cuidado e diligência na administração dos fundos** (Instrução CVM 82/88, art. 10, II), a defesa afirma que não há prova de culpa, o que impediria a punição, e que não houve prejuízo individual ou ao mercado, o que tornaria descabida a ação punitiva da administração. A defesa, pelas razões já antes mencionadas, atinentes à intimação afinal realizada, não menciona a imputação relativa à prática não eqüitativa.

Defesa de PriceWaterhouseCoopers e Ricardo Baldin

- g. São as seguintes, em resumo, as alegações da defesa dos indiciados PriceWaterhouseCoopers e Ricardo Baldin:

Preliminares

- a. **contradição** da decisão do Colegiado, que rejeitou algumas das imputações contra o Unibanco e seu diretor, considerando que quanto a elas a Comissão de Inquérito atuou com *"excesso de rigor ... e completa ausência de bom senso"* (fls. 1.965), e exige que os auditores *"reportem os mesmos fatos em seus relatórios"* (fls. 1.965);
- b. **existência de dilema ético**, em razão da mencionada contradição, pois a CVM estaria exigindo que os auditores reportassem fatos que ela própria considera irrelevantes, e que ademais teriam se constituído em eventos pontuais, e já solucionados, fugindo do escopo da auditoria (fls. 1.966/1.971);
- c. **inobservância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**, já que os auditores *"têm se pautado em abster-se de reportar fatos (ou falhas de procedimento) fortuitos, pontuais ou circunstanciais que não afetam e que se revelam como impossíveis de afetar as respectivas demonstrações financeiras"* (fls. 1.972/1.974);

Mérito

- a. **quanto ao desenquadramento do Fundo Performance CL**, alega que *"a despeito de a Instrução CVM n° 177/92 ter sido revogada pela de n° 215/94, o fato é que, a própria Instrução CVM 215/94, concedeu prazo para regularização das carteiras até 31/12/94, que posteriormente foi prorrogado para 28/02/95, portanto, não devem ser comparadas a composição da carteira com o total da carteira, mas tão somente com o Patrimônio Líquido do Fundo"* (cf. fls. 1.975); o problema do Fundo teria sido a contabilização, como passivo, dos prêmios recebidos por *"opções lançadas"*, que não constituem verdadeiro passivo, mas são assim contabilizados, reduzindo o patrimônio líquido, e por isto fazendo o Fundo desenquadrar-se (fls. 1.975/1.976); por isto é que, segundo a defesa, *"sempre que não havia 'opções lançadas', o fundo encontra-se perfeitamente enquadrado nos limites da norma, tomando-se como parâmetro o respectivo Patrimônio Líquido..."* (cf. fls. 1.976), revelando que os administradores não agiram com má-fé, e que, do ponto de vista contábil, considerando que os prêmios não se constituem em verdadeiros passivos, não havia o desenquadramento (fls. 1.977); ademais, a defesa também afirma que até janeiro de 1995 a CVM não havia manifestado definitivamente sua opinião quanto ao método de cálculo do e que a partir do esclarecimento pela CVM o Fundo adequou suas aplicações (fls. 1.978), o que revela a impossibilidade imputação aos auditores;
- b. **quanto à concentração em ações da Telebrás**, salienta que a Instrução CVM 215/94, que modificou as regras limitadoras da concentração, deixou de considerar indevida a conduta adotada pelo Fundo Alfa, o que implicaria em retroatividade benéfica da norma (fls. 1.980/1.983), sendo certo que o relatório dos auditores foi elaborado já depois da edição da nova regra, e *"o fato se tipificava como fortuito, pontual e circunstancial – por isso não mereceu ser ponto para o relatório, sobretudo porque, dias depois, a situação já havia sido adequada aos parâmetros requeridos à época"* (cf. 1.983); quanto ao Fundo Crescinco, a imputação feita pelo Colegiado incorreu em erro, pois em julho de 1994 já vigorava a Instrução CVM 215/94, que *"determinava que o total das aplicações em valores mobiliários de emissão de uma companhia, não poderia exceder a 1/3 (um terço) do total das aplicações do Fundo"* (fls. 1.985), e o próprio Relatório da Comissão de Inquérito, a fls. 1.809, item 28, afirma que o *"Fundo Crescinco, por sua vez, conforme fls. 162, em julho de 1994, já na vigência da Instrução CVM n° 215/94, detinha em sua carteira, aproximadamente, 24% de ações de emissão da Telebrás, percentual esse inferior ao máximo estabelecido pelo inciso II do artigo 45 da mencionada Instrução"* (fls. 1.985), não havendo, portanto, o alegado desenquadramento, e em consequência a obrigação de reportá-la dos auditores; e,
- c. **quanto à imputação de omissão no dever de reportar a falta de cuidado e diligência na administração dos fundos** (Instrução CVM 82/88, art. 10, II), a defesa afirma que tal manifestação não faz parte do escopo dos trabalhos de auditoria, seja do ponto de vista regulamentar, seja contratual (fls. 1.986/1.987); de todo modo, segundo o princípio contábil do *"registro pelo valor original. Resolução CFC n° 750/93"* (cf. fls. 1.987) os lançamentos são analisados em moeda corrente, e não em URV, como feito pela CVM, de

sorte que essa maneira de calcular os investimentos e desinvestimentos teria "*criado um prejuízo que jamais poderia ser detectado*" pelos auditores (cf. fls. 1.989); adicionalmente, o exame feito pela CVM significou uma *auditoria operacional*, e não contábil, e essa função não era dos auditores (fls. 1.990); adicionalmente, os auditores não podem examinar operações específicas, como fez a CVM, mas sim estão obrigados a realizar testes quanto aos lançamentos contábeis, o que fizeram (cf. fls. 1.991); a defesa descreve, então, os testes por ela utilizados, tanto para operações de compra como de venda de ações, salientando que realizou tais testes por amostragem, e que por isso não pode ser acusada de não examinar as determinadas operações examinadas pela CVM (fls. 1.992/1.993); além disto, as operações em exame eram "*ínfimas*" (cf. fls. 1.994), e por isso não deveriam ser analisadas pelos auditores isoladamente.

Memorial

- g. Os indiciados encaminharam ainda memoriais, visando ao julgamento, cuja juntada aos autos determinei. Em seu memorial os indiciados Unibanco e César Augusto Sizenando Silva dão ênfase ao valor diminuto das operações glosadas, que teriam gerado prejuízo a alguns Fundos em benefício de outros, salientando que tais operações representariam menos de 0,1% do patrimônio do Fundo Crescinco em 1994.

É o Relatório.

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO N° 15/99

VOTO DO RELATOR

Preliminares de ambas as defesas

a. Análise de início as defesas preliminares oferecidas pelos indiciados, começando por aquelas argüidas por Unibanco e César Augusto Sizenando Silva.

b. Quanto à **prescrição**, parece-me não ocorrer, dado que o art. 4° da Lei 9.873/99 é expresso ao afirmar:

"Art. 4º **Ressalvadas as hipóteses de interrupção previstas no art. 2º**, para as infrações ocorridas há mais de três anos, contados do dia 1º de julho de 1998, a prescrição operará em dois anos, a partir dessa data." (grifou-se)

c. Como se vê, a regra relativa à prescrição de infrações cometidas antes de três anos da promulgação da primeira medida provisória que deu origem à lei (1° de julho de 1998) é expressa ao: **(i)** criar um prazo de prescrição especial para tais infrações, que na prática é de dois anos a partir de 1° de julho de 1998; e **(ii)** ressaltar "*as hipóteses de interrupção previstas no art. 2º*", dentre as quais consta, no inciso II, a prática pela administração de "*qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato*".

d. No caso, os atos impugnados foram praticados a partir de 1994, e portanto estão abrangidos pela regra do mencionado art. 4°. Logo, é preciso verificar se a partir de 1° de julho de 1998 foram praticados atos capazes de interromper a prescrição antes de sua consumação, isto é, antes que se completassem 2 (dois) anos contados daquela data. E a resposta é claramente positiva.

e. Com efeito, **(i)** a instauração do inquérito se deu em reuniões do Colegiado de 19 e 21.08.1998, **(ii)** os indiciados foram notificados da instauração do inquérito em 22.06.1999 (fls. 33,34 e 37); **(iii)** a aprovação do Relatório da Comissão de Inquérito se deu pelo Colegiado em 14.07.2000 (cf. fls. 1.855/1.857); e **(iv)** a intimação dos indiciados para apresentação de defesa se deu em 11.08.2000, no caso de PriceWaterhouseCoopers Auditores Independentes e Ricardo Baldin (fls. 1.868/1.869), e em 01.09.2000 no caso dos demais (fls. 1.884 e 1.886).

f. Assim, antes da intimação dos indiciados, foram inequívoca e ostensivamente praticados atos que importaram na apuração dos fatos, de maneira que ficou interrompida a fluência do prazo prescricional remanescente de dois anos, em todos aqueles momentos. Diante disto, voto no sentido de rejeitar a argüição de prescrição.

g. Quanto à **retroatividade benéfica**, a questão não é das mais simples, no caso destes autos.

h. Em primeiro lugar, é preciso identificar a natureza das normas das Instruções CVM 177/92 e 148/91 revogadas pela Instrução CVM 215/94. Tais normas não apenas uma certa conduta mas sim determinavam a adoção de uma certa conduta. Uma vez inobservada a conduta determinada, incidia uma outra regra, esta sim punitiva, isto é, que apenas o descumprimento das anteriores.

i. Em outras palavras: os limites de concentração (exigências de dispersão) e o enquadramento dos fundos, que são naturalmente variáveis, na forma da regulamentação vigente a cada momento, eram regulados pelas regras citadas (arts. 30 e seguintes da Instrução CVM 177/92 e arts. 30 e seguintes da Instrução CVM 148/91), e passaram a ser por outras (arts. 43, 49 e 57 da Instrução CVM 215/94, e hoje arts. 84, 85 e 86 da Instrução CVM 302/99); mas a inobservância daqueles limites, que era apenas pelas Instruções citadas, continuou a constituir conduta *típica*, e portanto punível, na forma do art. 61 da Instrução CVM 215/94, e hoje dos arts. 87 e 104 da Instrução CVM 302/99.

j. Ocorre que tanto a Instrução CVM 215/94 (art. 61) como a Instrução CVM 302/99 (art. 104) passaram a considerar como hipótese de infração de natureza objetiva, sujeita a processo administrativo de rito sumário, a violação de normas de enquadramento e concentração dos fundos, como se vê de seu texto:

"Art. 61 - Considera-se infração grave, para os efeitos do artigo 11, § 3º, da Lei nº 6.385/76, a transgressão às disposições desta Instrução, ressalvadas as disposições relativas a limites de composição e diversificação de carteira que constituem hipótese de infração de natureza objetiva para fins de rito sumário de processo administrativo." (Instrução 215/94)

"Art. 104. O descumprimento do disposto nos arts. 7º; 8º; 9º; parágrafo único do art. 19; § 2º do art. 29; §§ 1º e 2º do art. 30; §§ 1º a 3º do art. 34; parágrafo único do art. 39; § 2º do art. 51; 53; 55; incisos I, VI, X e XII do art. 57; 63; 64; 66 a 76; 79; 82; 85; 86 e 89 constitui hipótese de infração de natureza objetiva, sujeita a rito sumário de processo administrativo." (Instrução 302/99)

k. Assim, parece-me que a preliminar procede apenas para o efeito de que, se o Colegiado vier a entender puníveis as condutas relativas a limites de composição e diversificação da carteira do fundo, serem aplicadas as penas hoje vigentes para essa espécie de infração, isto é, aquelas compatíveis com as infrações de natureza objetiva, apuráveis em processo administrativo de rito sumário.

l. Quanto às preliminares argüidas por PriceWaterhouseCoopers e Ricardo Baldin, de **contradição** da decisão do Colegiado, **existência de dilema ético** e **inobservância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**, parece-me que, na verdade, foram denominados de preliminares mas encerram os mesmos argumentos das defesas de mérito levantadas pela defesa de tais indiciados, razão pela qual analisarei tais argumentos em seguida, juntamente com aqueles lançados na defesa de mérito.

defesas de mérito

m. Analisando as defesas de mérito relativas às imputações formuladas contra os indiciados, julgo conveniente examinar, em primeiro lugar, as acusações formuladas contra o Unibanco e seu diretor.

quanto ao desenquadramento do Fundo Performance CL

n. Quanto ao desenquadramento do Fundo Performance, não me parece que proceda a alegação da defesa de que a questão fosse controvertida, o que estaria comprovado pela troca de correspondência entre o Unibanco e a CVM.

o. Com efeito, a primeira dessas comunicações é um *telex* da CVM, de 02.09.1994, no qual a autarquia informa que o exame das demonstrações financeiras mensais do fundo "*registra o desenquadramento da carteira*" (cf. fls. 1.951). Correspondência do mesmo teor foi enviada em 20.12.1994 (fls. 1.953).

p. É verdade que em 18.01.1995 esta autarquia enviou novo *telex*, em que faz alguns *esclarecimentos* sobre a matéria (fls. 1.956), mas tal comunicação, a meu sentir, apenas confirma o entendimento anterior — que a CVM nunca colocou em dúvida, ou admitiu ser duvidoso.

q. Na verdade, a questão gira em torno da forma de calcular o patrimônio líquido — base de referência para o limite das aplicações —, na medida em que os prêmios de opções lançadas pelo fundo, embora não constituam efetivamente exigibilidade (dado que serão sempre revertidos como receita, quando do exercício ou da extinção da opção), devem ser registrados no passivo, por se tratar de *fontes* de recursos.

r. O Unibanco sustenta que calculava o limite de aplicação expurgando do passivo tais prêmios, ficando com isso aumentando o patrimônio líquido, e conseqüentemente o limite.

s. Tal procedimento, a meu sentir, não estava autorizado pelo art. 30 da Instrução CVM 177/92, que dizia:

"Art. 30. O Fundo Mútuo de Investimento em Ações – Carteira Livre deverá manter, diariamente, no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) de seu patrimônio aplicado em ações de emissão de companhias abertas, opções de ações, futuro de ações, índices de ações e opções sobre índices de ações, adquiridos em bolsas de valores, mercado de balcão organizado –por entidade autorizada pela CVM ou por subscrição".

t. Com o advento da Instrução CVM 215/94 a matéria passou a ser tratada da seguinte forma (no art. 44, aplicável aos FMIA-CL por força do art. 49, § 2º, da Instrução 215/94):

"Art. 44. ...omissis...

§ 1º - ...omissis...

§ 2º - Para efeito de verificação do atendimento do limite estabelecido neste artigo e no Regulamento do Fundo (artigo 3º, § 2º), devem ser considerados:

I - os valores dos contratos mantidos em aberto, tanto comprados quanto vendidos, em se tratando de operações realizadas nos mercados a termo e futuro;

II - os valores dos prêmios pagos ou recebidos, em se tratando de operações realizadas no mercado de opções."

u. Logo, a Instrução CVM 215/94 confirmou o entendimento anterior da CVM de que *"para efeito de verificação do atendimento do limite", "os valores dos prêmios pagos ou recebidos"* deveriam ser considerados.

v. Aliás, a correspondência de fls. 1.952, enviada pelo administrador à CVM, confirma que *"de fato, no fechamento do mês de julho do corrente, havia um pequeno desenquadramento da carteira, em função de uma movimentação atípica de entrada e saída de posições, o que levou o administrador a desfazer-se de posições no começo do mês, e ter de comprar ações na segunda quinzena, momento em que a bolsa apresentava baixo volume de negócios e em que seria desaconselhável a aquisição de papéis, na quantidade necessária ao rápido enquadramento da carteira".*

w. Esse argumento, unido ao fato de que a Comissão de Inquérito refere-se a apenas dois dias, em meses diversos, em que constatou o desenquadramento, me parece suficiente para demonstrar que a inobservância dos limites foi ocasional e não imputável ao administrador, que agiu de boa-fé, e tomou as providências necessárias ao reenquadramento.

x. Além disto, considerando a quantidade de fundos administrados pelo Unibanco e a inexistência de prejuízo aos quotistas decorrente do desenquadramento, não me parece que seja o caso de punir-se o administrador, razão pela qual voto por sua absolvição, e pela de seu diretor, quanto a essa imputação.

quanto à concentração em ações da Telebrás

y. No que diz respeito à concentração em ações da Telebrás, a imputação refere-se apenas ao fundo Alfa, como se vê dos itens 27 e 28 do Relatório da Comissão de Inquérito:

"27. O Fundo Alfa, em maio de 1994, conforme fls. 052 e 179/180, detinha 12,2 % de sua carteira aplicados em ações ordinárias, o que lhe permitiria possuir em carteira o máximo de 11 % em ações de emissão de uma mesma companhia. No entanto, o citado Fundo Alfa, naquele mês, possuía 33,4 % de sua carteira em ações de emissão da Telebrás, infringindo, assim, o inciso II do artigo 32 da Instrução CVM nº 148/91, vigente à época, pois, na ocasião, ainda não havia sido revogada. Saliente-se que o Sr. Sizenando, no parágrafo anterior, reconhecendo a existência da irregularidade, limitou-se, apenas, a tentar justificar o ocorrido.

28. O Fundo Crescinco, por sua vez, conforme fls. 162, em julho de 1994, já na vigência da Instrução CVM nº 215/94, detinha em sua carteira, aproximadamente, 24% de ações de emissão da Telebrás, percentual esse inferior ao máximo estabelecido pelo inciso II do artigo 45 da mencionada Instrução." (cf. fls. 1.809).

z. Essa infração é incontestável, do ponto de vista de sua ocorrência, restando examinar, a meu ver, ainda outra vez, se é o caso de apenar-se tal conduta, notadamente pelo fato de que, tratando-se de infração cometida em maio de 1994, já no mês seguinte entraria em vigor a Instrução CVM 215/94, cujo limite de concentração (1/3 da carteira) estaria praticamente atendido pela posição do fundo em maio (33,4%).

aa. Também aqui, a meu sentir, deve-se examinar se a inobservância do limite foi ocasional. E parece-me que nesta hipótese, considerados os diversos fundos administrados pelo Unibanco e a inexistência de prejuízo aos quotistas

decorrente do desenquadramento, não é o caso de punir-se o administrador, razão pela qual voto por sua absolvição, e pela de seu diretor, também quanto a essa imputação.

quanto à imputação de falta de cuidado e diligência na administração dos fundos (Instrução CVM 82/88, art. 10, II)

ab. Por fim, quanto aos indiciados Unibanco e César Augusto Sizenando Silva, resta examinar a imputação de violação do art. 10, II, da Instrução CVM 82/88 — dado que a acusação de prática não eqüitativa terminou por não integrar a intimação realizada.

ac. Tal imputação refere-se às operações minudentemente descritas no relatório da Comissão de Inquérito (itens 36/87, fls. 1.811/1.825), que geraram prejuízos especialmente para o fundo Crescinco, em benefício de outros fundos administrados pelo Unibanco.

ad. Em resumo, o administrador realizou diversas operações entre fundos por ele administrados, dando ordens de compra por um e venda por outro, com cotações levemente desviadas dos padrões praticados no mesmo momento em mercados mais líquidos, e algumas vezes com revenda posterior e apuração de prejuízo e ganho, sendo aquele para o fundo Crescinco e este para outros fundos.

ae. Em meu entendimento o administrador deveria apresentar uma justificativa cabal para tal procedimento, como por exemplo a necessidade de alienação de participações para atender a resgates, ou algo semelhante. Entretanto, nenhuma alegação comprovada veio aos autos, nesse ou em outro sentido razoável.

af. A afirmação das defesas de que as operações não poderiam ser indexadas à URV, sob pena de distorção, faz pouco da inflação brasileira anterior ao Real. Naturalmente, naqueles tempos anteriores à estabilidade econômica, a maior parte das operações em bolsa seria lucrativa, se analisada pelo seu valor nominal, pois a inflação se encarregava de aumentá-lo diariamente.

ag. Portanto, a meu sentir a conduta do administrador, ao realizar operações envolvendo diversos fundos por ele administrados, causando reiteradamente prejuízo a um, em benefício de outros, realmente violou o art. 10, II, da Instrução CVM 82/88, que diz:

"NORMAS DE CONDUCTA

Art. 10 - A pessoa física ou jurídica diretamente responsável pela administração de carteira de valores mobiliários deverá observar as seguintes normas de conduta:

I – ...omissis...;

II - cumprir todas as suas obrigações, devendo empregar, no exercício de sua atividade, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma dispensar na administração de seus próprios negócios, respondendo por quaisquer infrações ou irregularidades que venham a ser cometidas sob a sua gestão;"

ah. Por outro lado, parece-me relevante a alegação dos indiciados no sentido de que o prejuízo gerado nas citadas operações foi de pequeníssima monta, se comparado ao valor da carteira do fundo. Esse fato, a meu ver, revela que, embora agindo com descuido — ao permitir que um dos fundos sofresse prejuízos seguidos em benefício de outros —, o administrador não terminou por prejudicar sensivelmente os quotistas.

ai. Desse modo, creio que o Unibanco e seu diretor devem ser apenados pela infração, mas entendo que o pequeno montante das operações deva ser considerado como atenuante. Assim é que, já levando isto em conta, voto pela aplicação aos indiciados Unibanco e César Augusto Sizenando Silva das penalidades sugeridas ao final deste voto.

PriceWaterhouseCoopers e Ricardo Baldin

aj. Quanto aos indiciados PriceWaterhouseCoopers e Ricardo Baldin, convém lembrar que a imputação que lhes foi feita, e constou da intimação, foi única e exclusivamente de *"infringência ao disposto nos incisos II e III do artigo 29 da Instrução CVM 216/94"*, então vigente (cf. fls. 1.868/1.869).

ak. Diziam os referidos dispositivos:

"Art. 29 - São deveres do auditor independente no exercício de suas atividades no âmbito do mercado de valores mobiliários:

I - ...omissis...

II - elaborar relatório circunstanciado, a ser endereçado à administração da entidade auditada, **contendo observações a respeito das deficiências ou da ineficácia dos controles internos e procedimentos contábeis da entidade auditada**; III - comunicar à Comissão de Valores Mobiliários - CVM circunstâncias que possam configurar atos praticados pelos administradores em desacordo com as disposições legais e regulamentares aplicáveis às atividades da entidade auditada e/ou relativas à sua condição de entidade integrante do mercado de valores mobiliários, **atos estes que tenham, ou possam vir a ter reflexos sobre as demonstrações contábeis auditadas e eventuais impactos nas operações da entidade;**" (grifou-se)

al. Ora, parece-me claro que nenhuma das duas hipóteses previstas nas normas apontadas pela imputação se verificou neste caso.

am. Quanto ao inciso II do art. 29, não há nos autos nada que indique, nem mesmo remotamente, a "ineficácia dos controles internos e procedimentos contábeis da entidade auditada". Seja quanto aos desenquadramentos, seja quanto às operações prejudiciais, eles não decorreram de ineficácia de controles ou de procedimentos contábeis, mas sim de falhas de gestão.

an. Já quanto ao inciso III do art. 29, embora a comunicação à CVM quanto ao desenquadramento e as operações pudesse ter ocorrido — e fosse mesmo desejável que tivesse ocorrido —, não há qualquer prova de que os auditores tenham tido conhecimento de tais falhas, ou que não tenham realizado os testes por amostragem destinados a verificá-las.

ao. Além disso, e principalmente, a norma do inciso II exige que os atos a serem comunicados pelos auditores, sejam atos que "tenham, ou possam vir a ter reflexos sobre as demonstrações contábeis auditadas e eventuais impactos nas operações da entidade", o que, seja pela eventualidade dos desvios, seja pelo seu valor irrelevante, definitivamente não se verificou.

ap. Desse modo, entendo ser descabida a imputação feita aos auditores, razão pela qual voto por sua absolvição, e pela de seu sócio responsável.

Conclusão

aq. Por todas as razões expostas, voto no sentido (i) de absolver os indiciados Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A e César Augusto Sizenando Silva das imputações de violação das normas das Instruções CVM 177/92, 148/91 e 215/94, por considerar circunstanciais as condutas; (ii) de absolver os indiciados PriceWaterhouseCoopers Auditores Independentes e Ricardo Baldin das imputações feitas no Relatório da Comissão de Inquérito, por entender não ocorrentes as hipóteses previstas na norma indicada; e (iii) de aplicar aos indiciados Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A e César Augusto Sizenando Silva, pela violação da Instrução CVM 82/88 (art. 10, II), dada a negligência com que operaram para o fundo Crescinco, em prejuízo deste e em benefício de outros fundos administrados pelo Unibanco, a pena de **advertência**, já considerada a atenuante de tratar-se de operações de pequeno valor, se comparadas ao patrimônio dos fundos prejudicados.

Rio de Janeiro, 02 de agosto de 2001.

Marcelo F. Trindade

Diretor Relator

A Diretora Norma Jonssen Parente, os Diretores Wladimir Castelo Branco Castro e Luiz Antonio de Sampaio Campos; e o Presidente José Luiz Osorio de Almeida Filho acompanharam o voto do Relator.

Os acusados punidos terão um prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento de comunicação da CVM, para interpor recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos termos do parágrafo único do artigo 14 da Resolução nº 454, de 16.11.77, do Conselho Monetário Nacional, prazo esse, ao qual, de acordo com orientação fixada pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, poderá ser aplicado, se for o caso, o disposto no art. 191 do Código de Processo Civil, que concede prazo em dobro para recorrer quando litisconsórcios tiverem diferentes procuradores.

A CVM oferecerá recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional de sua decisão no tocante às absolvições proferidas.

Proferiram defesas orais a Dra. Luíza Rangel de Moraes, advogada dos interessados Cesar Augusto Sizenando Silva

e Unibanco - União de Bancos Brasileiros S/A, e o Dr. Edison Aurélio Corazza, advogado da Price Waterhouse Auditores Independentes, atual Price Waterhouse Coopers, e Ricardo Baldin.

Participaram do julgamento os seguintes membros do Colegiado: Diretores Marcelo Fernandez Trindade, Relator, Norma Jonssen Parente, Wladimir Castelo Branco Castro, Luiz Antonio de Sampaio Campos e o Presidente, José Luiz Osorio de Almeida Filho.