

SESSÃO DE JULGAMENTO
DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
CVM Nº RJ2005/9105

Acusados: Banco Santander Brasil S.A.

Banespa S.A. Corretora de Câmbio Títulos

Henry Singer Gonzalez

Ementa: **Suposto descumprimento reiterado do artigo 38 da Instrução CVM nº 302/99. Absoluções.**

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, por unanimidade de votos decidiu absolver os acusados Banco Santander Brasil S.A., Banespa S.A. Corretora de Câmbio e Títulos e Henry Singer Gonzalez da imputação que lhes foi formulada.

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

Proferiu defesa oral a advogada Elaine de Paula Palmer, representante legal dos acusados.

Presente à sessão de julgamento o procurador-federal Clóvis Silva de Souza, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Participaram do julgamento os diretores Pedro Oliva Marcilio de Sousa, Wladimir Castelo Branco Castro e o presidente da CVM, Marcelo Fernandez Trindade, relator, que presidiu a sessão.

Rio de Janeiro, 25 de setembro de 2006.

Marcelo Fernandez Trindade

Relator e Presidente da Sessão de Julgamento

RELATÓRIO

Senhores Membros do Colegiado,

Objeto

1. Este Termo de Acusação foi apresentado pelo Superintendente de Relações com Investidores Institucionais – SIN com o objetivo de responsabilizar Banespa S.A. Corretora de Câmbio e Títulos ("Banespa CCT"), Banco Santander Brasil S.A. ("Banco Santander") e seu representante legal, Henry Singer Gonzalez, por terem desconsiderado, nas sucessivas deliberações tomadas em assembleias gerais de cotistas ("AGC") de dois fundos sob sua administração, que as modificações aprovadas só passariam a produzir efeitos a partir do encaminhamento à CVM dos documentos exigidos pelo art. 38 da Instrução 302/99, vigente à época dos fatos.

Fatos

2. Em 29.07.2003 o Banco Santander encaminhou à CVM um "pedido de aprovação" da transformação de dois fundos que estariam sob sua administração — Banespa FBL Fundo de Investimento em Ações ("Fundo FBL") e Banespa FBA Fundo de Investimento em Ações ("Fundo FBA"), conjuntamente referidos como "Fundos" — em fundos de investimento em cotas de fundos de investimento (fls. 09 e 10). Os pedidos estavam justificados pela *"busca de maior racionalidade na administração e gestão dos fundos"*, mencionavam terem sido aprovados por AGC realizadas em 16.06.2003 e referiam-se, por fim, a *"documentos já enviados à CVM, previstos no art. 38 da Instrução 302/99"*.

3. A partir dessa comunicação, não tendo a SIN localizado nem as atas das AGC (de 16.06.2003) dos fundos, nem os documentos referidos no art. 38¹ da Instrução 302/99, iniciou-se troca de correspondência entre a área e o Banco Santander². Apurou-se então que fora realizada, em 16.06.2003, AGC deliberando sobre a mudança de administrador, gestor e de categoria dos Fundos. Os Fundos, até então geridos pela Banespa CCT, passariam à

administração do Banco Santander. Entretanto, como os regulamentos dos Fundos, alterados conforme deliberação da assembléia, não estavam registrados em cartório de registro de títulos e documentos (como exigido pelo art. 38 da Instrução 302/99), não seria possível, de acordo com a SIN, validar tais alterações. Adicionalmente, uma vez que a transformação dos fundos em fundos de investimento em cotas dependeria de "aprovação" da CVM, não haveria como se admitir a declaração do Banco Santander, constante das atas das AGC, de que *"nesta data, declara aceitar, nos termos da legislação em vigor, desempenhar a função [de administrador] a partir da presente data"*.

4. Seguiu-se uma segunda troca de correspondência, dessa vez entre a Banespa CCT e a SIN (fls. 35). A SIN solicitava (a) o envio de documentação adicional relativa à alteração dos regulamentos dos Fundos (b) a demonstração da diferença de público alvo ou política de investimento dos Fundos e (c) a confirmação de que sua administração já estaria sendo exercida pelo Banco Santander. Por fim, informava que *"a transformação de FITVM em FIQFITVM não depende de prévia aprovação desta Comissão, bastando que o fundo venda sua carteira de ativos em mercado, delibere pela transformação em assembléia geral de quotistas, e protocole junto à CVM a documentação prevista no art. 38 da Instrução CVM nº 302/99"*.

5. Em 25.08.2003, o Banco Santander encaminha à CVM (fls. 36) os documentos exigidos pelo art. 38 da Instrução 302/99 com relação a uma nova AGC do Fundo FBA, desta feita realizada em 15.08.2003, e tendo como objeto deliberar sobre a mudança do valor utilizado na emissão de cotas do fundo. Da ata dessa AGC já constava o Banco Santander como administrador, estabelecendo ainda, adicionalmente, que o novo valor de emissão de cotas passaria a vigorar a partir de 18.08.2003 (data prévia ao protocolo dos documentos junto à CVM).

6. Segue-se, então, uma terceira troca de correspondência. Primeiro, em 02.09.2003, a SIN dá ciência ao Banco Santander de que *"tendo em vista que ainda não foram tomadas as providências necessárias para que o fundo seja transferido para sua administração, informamos que a supra citada assembléia não é válida"* (fls. 50). Em seguida, em 03.09.2003, envia intimação a Banespa CCT (fls. 51) informando não ter recebido resposta às informações e esclarecimentos solicitados (referidos no item 4 acima), alertando-se para o fato de que *"o não envio da documentação prevista no artigo 38 da Instrução 302/99 invalida a alteração pretendida, como também para os problemas que podem advir da concretização da mesma"* e concedendo mais dez dias de prazo para atendimento daquela solicitação.

7. A resposta do Banco Santander, enviada em 29.09.2003 (fls. 52), encaminhava os documentos antes solicitados e esclarecia que (fls. 52/61):

- i. a alteração do administrador dos Fundos foi deliberada nas AGC de 16.06.2003, juntamente com outras matérias, de forma condicionada à aprovação da CVM. Tratar-se-ia de condição suspensiva (cf. art. 121 e 125 do Código Civil) e, *"ainda que se possa dizer que essa matéria não exigia regularmente manifestação dessa autarquia, decidiram os cotistas assim deliberar"*;
- ii. tal decisão teria atendido *"a princípios conservadores que tinham como objetivo final fazer com que toda e qualquer manifestação que não encontrasse amparo inequívoco da regulamentação em vigor, fosse antes submetido à manifestação do órgão fiscalizador competente"*. Nesse sentido, lembrava que a Instrução 302/99 não tratava dos procedimentos de transformação de fundos de investimento em fundos de cotas, mas apenas na conversão de fundos abertos em fechados. Por tal razão, os cotistas teriam decidido submeter a deliberação à aprovação da CVM, abstendo-se, inclusive, de apreciar outras questões pertinentes;
- iii. *"Em razão da condição estabelecida para a transformação dos Fundos em FICFITVMs, essa instituição entendeu não ser conveniente naquele momento a consolidação dos regulamentos dos Fundos. Isso porque a única alteração a ser efetivada seria a relativa à instituição administradora dado que a transformação do fundo estaria sujeita à condição suspensiva, que era a autorização da CVM"*;
- iv. a prevalecer a conclusão da CVM de que a AGC não seria válida, *"estaríamos diante de uma situação em que o interesse dos cotistas seria desconsiderado em favor de um critério formalístico que não encontra nenhuma base legal"*;
- v. que a referida alteração foi considerada válida *"exatamente por considerar que o não protocolo de um documento — o regulamento dos fundos, cuja única alteração seria a alteração do nome da instituição, pertencente inclusive ao mesmo conglomerado financeiro — era fato não material e não suficiente para prevalecer sobre a vontade legítima dos cotistas presentes em assembléia"*. Além disso, como Banespa CCV e Banco Santander integram o mesmo conglomerado financeiro, não há que se falar em prejuízos ou benefícios aos cotistas; e
- vi. tendo em vista que a condição estabelecida pelos cotistas não se implementará, como manifestado pela CVM,

o administrador fará convocar nova AGC, tendo por finalidade deliberar sobre a transformação dos fundos em fundos de cotas, *"ratificando ou retificando as demais deliberações já tomadas nas assembleias acima referidas e, no caso de aprovação da referida transformação, deliberar, ainda, pela aprovação do regulamento"*.

8. Em 14.11.2003, o Banco Santander encaminhou à CVM toda a documentação referida no art. 38 da Instrução 302/99 relativa à AGC de 15.08.2003, que deliberou, entre outros, sobre o valor que seria utilizado na emissão de cotas, que passou a ser o do dia seguinte ao da disponibilidade dos recursos (fls. 76/88). Em 05.12.2003, o mesmo foi feito quanto às AGC dos Fundos de 01.12.2003, onde se deliberou, entre outros, sobre o retorno da administração dos Fundos para a Banespa CCT e pela ratificação das deliberações das AGC de 15.08.2003 (fls. 89/124). Em 10.10.2003, a SIN comunicou ao Santander o registro das alterações do regulamento dos Fundos deliberadas pela AGC de 16.06.2003.

Termo de acusação

9. Tendo em vista os fatos descritos anteriormente, a SIN decidiu apresentar Termo de Acusação contra os indiciados. De acordo com a área técnica, a documentação enviada comprovaria que os administradores dos Fundos continuariam a não observar o art. 38 da Instrução 302/99.

10. Além dos descumprimentos antes verificados, novas violações teriam sido identificadas na documentação referida no item 8 acima, pois: (a) quanto à AGC que deliberou modificar o valor de emissão das cotas, teria evidenciado que a administração já era exercida, na época, pelo Banco Santander, bem como teria estabelecido que o novo valor para emissão das cotas teria passado a vigorar em 18.08.2003, data prévia ao protocolo da documentação na CVM (em 14.11.2003); e (b) quanto à AGC, porque também teria deliberado que as alterações, retificações e ratificações ali decididas passariam a ser válidas a partir de 02.12.2003, também antes de seu envio à CVM.

11. Segundo a área técnica, a alegação de que a obediência aos normativos da CVM levaria à desconsideração dos interesses dos cotistas em favor de uma formalidade não se coaduna com a *"atitude esperada de um administrador de carteira conhecedor da legislação de suas obrigações tanto para com a CVM quanto para com seus clientes"*. O administrador teria, ainda, a obrigação de orientar seus clientes, dentro dos limites regulamentares. Por fim, caberia ressaltar *"o propósito da realização das referidas AGQ, bem como da justificativa de seus custos aos cotistas, uma vez que a administração dos Fundos retornou à Banespa CCT, e os mesmos não foram transformados em FIQFIA"*.

12. Por força de tais fatos, e tendo em vista o descumprimento reiterado do art. 38 da Instrução 302/99, os indiciados, segundo o Termo de Acusação, *"ficam sujeitos às penalidades previstas no artigo 11 da Lei 6.385/76"*.

Defesas

13. Os indiciados apresentaram defesa conjunta (fls. 153/170) com base em dois argumentos principais: retroatividade benéfica e ausência de justificativa razoável para punição dos acusados. Especificamente quanto ao terceiro indiciado, acrescentava-se ainda a impossibilidade de sua responsabilização, uma vez que não houve prova de sua participação individual.

14. No tocante à retroatividade benéfica, a defesa afirma que o art. 38 da Instrução 302/99 foi substituído pelo art. 43³ da Instrução 409/04, que estabelece a vigência das alterações nos regulamentos a partir da própria data em que foi deliberada a modificação pela AGC. Salientam que os fatos objeto da acusação deixaram de ser irregulares, tendo sido revogados por norma que instituiu, no caso deste processo, tratamento mais benéfico ao acusado, razão pela qual, no caso, deveria ser declarada extinta a punibilidade dos acusados. Invocam o art. 5º, XL⁴ da Constituição Federal, art. 2º⁵ do Código Penal, que seriam aplicáveis subsidiariamente aos processos administrativos sancionadores, como já aceito pelo Colegiado desta CVM e pelo Conselho Federal de Recursos do Sistema Financeiro Nacional ("CRSFN").

15. A ausência de justificativa razoável decorreria do fato de se tratar de irregularidade meramente formal na época em que ocorreu, que não produziu qualquer efeito danoso para os cotistas dos Fundos e para o mercado, de modo que *"qualquer apenação dos Defendentes seria desproporcional, dada a imaterialidade da infração, o pequeno período de tempo pelo qual perdurou e, ainda, a total ausência de danos dela decorrente"*. Assim, a defesa esclarece que:

- i. o art. 38 apenas exigia o envio dos documentos à CVM, sem qualquer ressalva, entretanto, quanto à necessidade de sua manifestação formal sobre as alterações providas pela AGC;
- ii. *"em outras palavras, sendo a vigência da alteração automática, iniciando-se na data do protocolo dos documentos na CVM, a alteração do termo inicial da vigência para o dia da realização da assembleia ou, por*

exemplo, 10 (dez) dias depois, não representaria alguma modificação essencial na eficácia da decisão assemblear ou ofensa à autoridade da CVM";

- iii. a situação dos autos seria diferente, por exemplo, daquela em que há necessidade de aprovação da CVM, como na transformação de fundo aberto em fechado (cf. art. 93 da Instrução 302/99), caso em que os efeitos da deliberação estão claramente condicionados à obtenção da manifestação formal da CVM, sem que as partes possam dispor diversamente;
- iv. foi pequeno o intervalo de tempo que decorreu entre a realização das AGC em questão nestes autos e o envio à CVM da documentação a ela relativa — a documentação relativa à AGC realizada em 16.06.2003 foi encaminhada em 08.08.2003, 39 dias úteis após sua realização; a relativa à AGQ de 15.08.2003, 6 dias úteis após, no caso do Fundo FBA, e 62 dias depois, no caso do Fundo FBL; e a AGC de 01.12.2003, 4 dias úteis após sua realização;
- v. *"à vista dessas circunstâncias, parece excessiva a responsabilização administrativa dos Defendentes, dada (i) a ausência de alteração do status das deliberações tomadas pelos quotistas dos Fundos entre a data da deliberação e a do protocolo na CVM da respectiva ata de assembléia geral, (ii) a diferença de poucos dias entre a data das três assembléias questionadas neste processo e a do protocolo dos documentos na CVM, e, ainda, (iii) a ausência de qualquer dano aos cotistas";*
- vi. tais argumentos encontrariam amparo no art. 9º, §4º da Lei 6.385/76, que declara a função educativa e preventiva da instauração de processos administrativos e determina prioridade na apuração de infrações de natureza grave, assim como na própria jurisprudência da CVM, que teria afastado a ilicitude em situações em que o descumprimento se deu por breve espaço de tempo e sem qualquer elemento intencional; e
- vii. por fim, deveriam ser considerados os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da insignificância, que determinam que as penas sejam aplicadas na medida da gravidade e do dano causado em decorrência do ilícito cometido, os quais também já teriam sido reconhecidos em precedentes da CVM.

16. Por último, a defesa nega a possibilidade de apenação do indiciado Henry Singer Gonzalez sustentando que não houve prova de sua participação individual, como seria necessário, de acordo com as decisões da CVM e do CRSFN. Os comandos da responsabilidade subjetiva e da culpa própria e direta dos indiciados devem ser respeitados, acrescenta a defesa, mesmo quando se tratar de diretor que é indicado responsável por determinada área da instituição financeira. O indiciado não esteve presente (e nem estaria obrigado a tanto) às assembléias questionadas pela CVM, nem assinou os protocolos a elas relativos, e seria responsável pela administração de cerca de R\$ 37 bilhões de recursos, divididos em mais de 215 fundos de investimento, sendo impossível que ele próprio fizesse, diretamente, tudo o que a administração de fundos demanda.

17. Os indiciados manifestaram interesse em apresentar proposta de celebração de Termo de Compromisso que, entretanto, não chegou a ser formulada.

É o Relatório.

Rio de Janeiro, 25 de setembro de 2006.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente e Relator

VOTO

Senhores Membros do Colegiado,

I – Objeto da acusação

1. Como se viu do Relatório, a discussão destes autos diz respeito à data de vigência, anterior ao seu protocolo na CVM, das deliberações tomadas em AGC de dois fundos cuja administração foi transferida da Banespa CCT para o Banco Santander, o que teria violado o artigo 38 da Instrução 302/99, à época vigente.

II – Exame das assembléias supostamente irregulares

2. Antes de examinar as assembléias em questão, convém transcrever o citado art. 38:

"Art. 38 - As modificações aprovadas passam a vigorar a partir da data de protocolização na CVM dos

seguintes documentos:

I – declaração do administrador, atestando ter sido enviada correspondência, a todos os cotistas, de que conste, especificamente, a matéria a ser deliberada;

II – lista de cotistas presentes na assembléia geral;

III – cópia da ata da assembléia geral;

IV – exemplar do regulamento, consolidando as alterações efetuadas, devidamente registrado em cartório de títulos e documentos; e

V – modificações procedidas no prospecto."

3. A violação ao dispositivo teria ocorrido, segundo o Termo de Acusação, nas assembléias realizadas nas seguintes datas⁶:

- i. 16.06.2003 ("Primeira Assembléia"): na qual se deliberou a respeito da mudança do administrador dos Fundos e a sua transformação em fundos de cotas.

A ata dessa assembléia foi protocolada na CVM em 08.08.2003, embora dela constasse que o administrador aceitava as funções para as quais fora escolhido e passaria a desempenhá-las a partir daquela data;

- ii. 15.08.2003 ("Segunda Assembléia"): a qual foi convocada pelo administrador eleito de acordo com a assembléia anterior e deliberou a mudança no valor utilizado para emissão das cotas, mencionando que tal valor passaria a vigorar a partir de data prévia ao protocolo na CVM.

A ata dessa assembléia foi encaminhada à CVM em 25.08.2003, no caso do Fundo FBA e em 14.11.2003, no caso do Fundo FBL; e

- iii. 02.12.2003 ("Terceira Assembléia"): na qual se deliberou a revogação da anterior transformação dos Fundos em fundos de cotas, o retorno de sua administração à Banespa CCT e a ratificação das deliberações anteriormente tomadas.

Essa assembléia foi apresentada à CVM em 05.12.2003, tendo constado das deliberações que a transferência da administração dos Fundos à Banespa CCT se daria a partir da data de sua realização.

4. Quanto à Primeira Assembléia, não me parece que seja possível responsabilizar qualquer dos indiciados por qualquer infração, dado que, em 10.10.2003, a SIN enviou correspondência ao Banco Santander e ao indiciado Henry Singer Gonzalez registrando as alterações dos regulamentos dos Fundos (fls. 74 e 75). Não me parece correto que o administrado seja surpreendido, mais de dois anos depois de uma aprovação registrada, quando inclusive já havia sido revogada a norma supostamente violada, com a abertura do Termo de Acusação, sem que estivesse em andamento alguma investigação, especialmente tratando-se de infração meramente formal.

5. Também não me parece possível qualquer apenação com base na Segunda Assembléia, considerando-se que (i) a SIN aprovou a alteração na administração, como visto acima e (ii) a Terceira Assembléia ratificou-a naquilo em que ela poderia ter de irregular, que seria a vigência, na data de sua realização, do novo valor de emissão das cotas. Essa menção à data de vigência foi suprimida na Terceira Assembléia, observando, assim, o regime geral previsto no art. 38 da Instrução 302/99.

6. Por fim, também não me parece que seja cabível a responsabilização com base na Terceira Assembléia. Não se trataria aqui de retroatividade benéfica, que não é aplicável em se tratando de normas de procedimento, como era o caso do artigo 38 da Instrução 302. Se o procedimento alterado fosse, à época da vigência da norma, considerado incorreto, a alteração da norma por nova regulamentação não teria o condão de afastar eventuais violações antes cometidas.

7. Parece-me, contudo, relevante considerar que as deliberações tomadas na Terceira Assembléia o foram exatamente para suprimir os efeitos das deliberações anteriores, inclusive com o retorno da administração dos fundos para Banespa CCT.

8. Além disso, a diferença entre a data da realização da Terceira Assembléia e a de seu encaminhamento à CVM foi de apenas quatro dias, o que afasta qualquer alegação de que os agentes estariam reincidindo na conduta de

conceder eficácia às deliberações previamente ao protocolo da ata na CVM, sendo de salientar, ainda, a ausência de prejuízos, bem como a inexistência de reclamação de qualquer investidor.

III – Conclusão

9. Por todo o exposto, meu voto, é no sentido de absolver os indiciados da acusação de violação do art. 38 da Instrução 302/99.

Rio de Janeiro, 25 de setembro de 2006.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente e Relator

1 *"Art. 38 - As modificações aprovadas passam a vigorar a partir da data de protocolização na CVM dos seguintes documentos: I – declaração do administrador, atestando ter sido enviada correspondência, a todos os cotistas, de que conste, especificamente, a matéria a ser deliberada; II – lista de cotistas presentes na assembléia geral; III – cópia da ata da assembléia geral; IV – exemplar do regulamento, consolidando as alterações efetuadas, devidamente registrado em cartório de títulos e documentos; e V – modificações procedidas no prospecto."*

2 A correspondência foi enviada ao Banco Santander muito embora a Banespa CCT constasse no cadastro da CVM como administradora dos Fundos.

3 *"Art. 43. A alteração do regulamento depende de prévia aprovação da assembléia geral de quotistas, sendo eficaz a partir da data deliberada pela assembléia"*.

4 *"XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"*

5 *"Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória"*.

6 Como são dois Fundos, trata-se, na verdade, de uma assembléia para cada um deles, realizadas para cada um dos fundos na data acima indicada.

Voto proferido pelo diretor Wladimir Castelo Branco Castro na Sessão de Julgamento do dia 25 de setembro de 2006.

Eu acompanho o seu voto, senhor presidente.

Wladimir Castelo Branco Castro

Diretor

Voto proferido pelo diretor Pedro Oliva Márcilio de Sousa, na Sessão de Julgamento do dia 25 de setembro de 2006.

Eu acompanho o seu voto, senhor presidente.

Pedro Oliva Márcilio de Sousa

Diretor