



BENZECRY & PITTA

Advocacia Especializada

Rio de Janeiro, 18 de maio de 2018

À

Superintendência de Desenvolvimento de Mercado – SDM

Comissão de Valores Mobiliários – CVM

Rua Sete de Setembro nº 111, 23º andar

Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20050-901

(Via e-mail audpublicaSDM0118@cvm.gov.br)

Ref.: Edital de Audiência Pública SDM nº 01/18, que tem por objeto alterar a Instrução CVM nº 452, de 30 de abril de 2007 (“ICVM 452”), que dispõe sobre as multas cominatórias (“Edital”).

Prezados Senhores,

Nós, da **BENZECRY E PITTA ADVOCACIA ESPECIALIZADA** encaminhamos a seguir nossas sugestões e comentários com o objetivo de estimular o amplo debate e aprimoramento ao texto da minuta de Instrução objeto da Audiência Pública (“Minuta”) em referência, buscando contribuir com a importante iniciativa da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) de atualização das regras e procedimentos a serem adotados com relação a aplicação de multas cominatórias e na promoção de alterações no procedimento de recurso ao Colegiado de decisões emitidas pelos Superintendentes da CVM.

Para maior facilidade de análise, passamos a tecer nossos comentários e sugestões em tópicos específicos sobre os pontos que consideramos mais relevantes da Minuta:

I. Calendário de entrega de informações periódicas

O calendário a que se propõe a minuta proposta pela CVM com certeza terá um papel relevante no mapeamento das informações periódicas pelos participantes do mercado. Portanto, com o objetivo de colaborar para a qualidade da informação, sugerimos que a identificação da rotina a ser cumprida pelo participante no que se refere ao envio da informação periódica à CVM conte com a correspondente base legal.

Adicionalmente, na medida em que cada participante do mercado deve prestar informações periódicas de natureza diferente à CVM, sugerimos ainda que o calendário seja dividido em blocos de acordo com a atividade regulada pela Autarquia. Ou, alternativamente, que sejam elaborados calendários distintos para cada classe de participante.

Neste sentido, entendemos convenientes os seguintes ajustes no caput do art. 3º da Minuta:

“Art. 3º As superintendências responsáveis pelo acompanhamento da entrega de informações periódicas devem divulgar até 15 de janeiro de cada ano, na página da CVM na rede mundial de computadores, relação das informações periódicas que devem ser divulgadas no exercício, por cada classe de pelos participante, de acordo com a natureza da respectiva habilitação/registros no exercício, indicando os respectivos prazos de entrega, base legal correspondente e alertando que a não divulgação da informação nos prazos indicados sujeita à aplicação da multa diária prevista no Anexo 3 desta Instrução.”

No que se refere ao envio pela CVM do calendário ao endereço eletrônico constante do cadastro do participante no CVMWeb, sugerimos o envio também ao endereço eletrônico do Diretor responsável pela atividade de Compliance (controles internos), posto que o envio de informações periódicas à CVM é atividade inerente a este profissional. Nessa linha, destacamos que a Instrução CVM nº 510 já prevê a possibilidade de indicação de mais de um endereço eletrônico, mas na prática essa utilização não é efetiva e, em alguns casos, continua concentrada no diretor responsável pela atividade objeto (ex: diretor de gestão / diretor de consultoria).

“ICVM 510. Art. 4º. O endereço informado no formulário cadastral será utilizado para envio de intimações e correspondências expedidas pela CVM.

*Parágrafo único. Para efeito do disposto no **caput**, os participantes podem informar mais de um endereço físico ou eletrônico.”*

Portanto, sugerimos um pequeno ajuste na redação do §1º do art. 3º, de modo que este passaria a vigor da seguinte forma:

“§ 1º Uma cópia do calendário de entrega de informações periódicas deve ser mensalmente encaminhada para o(s) endereço(s) eletrônico(s) constante(s) ~~do~~ cadastro do participante na CVM.”

Aproveitando a oportunidade, vale pontuar que em função da evolução das normas expedidas por esta Comissão, nos parece razoável a dissociação do login/senha para acesso ao CVMWeb do participante do mercado pessoa jurídica daquele pertencente ao Diretor responsável pela sua atividade-fim.

Assim, considerando a hoje obrigatória formalização da indicação de um Diretor responsável pela atividade de Compliance dentro da estrutura de participante pessoa jurídica, nos parece mais adequado que a pessoa jurídica participante possua senha própria, podendo, o Diretor de Compliance acessar as suas informações no CVMWeb sem, necessariamente, acessar os dados pessoais do Diretor responsável pela sua atividade-fim, devidamente habilitado na CVM na pessoa física. Alternativamente, poderia ser concedida ao Diretor de Compliance uma senha vinculada ao seu CPF para acesso às informações da pessoa jurídica a qual encontra-se vinculado, evitando que este tenha que se valer da senha de acesso de outro Diretor ingressar no CVMWeb.

Com relação à ressalva indicada pela CVM no que se refere ao caráter informativo do calendário, nos parece que vai de encontro com a proposta que se quer implementar através da instituição do calendário. Se partirmos do pressuposto que o calendário não é o retrato fiel das exigências normativas relacionadas às informações periódicas a serem prestadas pelos

participantes naquele período, seu propósito estará fadado ao insucesso desde o seu nascimento.

Sem prejuízo, importante mencionar que o mecanismo que se quer instituir através do calendário visa substituir a correspondência eletrônica prevista hoje na Instrução CVM nº 452 que funciona como aviso prévio para início da aplicação de multa cominatórias. Assim, a multa cominatória pelo não envio de informação periódica passaria a correr, de acordo com os termos ora propostos pela Minuta, no dia seguinte ao não cumprimento, sem a necessidade de comunicação prévia por parte da CVM.

Ao ver da CVM este novo procedimento seria possível em função da existência do calendário, disponível na página da CVM para consulta e enviado mensalmente ao endereço eletrônico do participante. Portanto, não há que se falar em caráter meramente informativo do calendário, pois se assim o fosse, não traria nenhum benefício efetivo aos participantes, gerando apenas insegurança jurídica com relação às informações a serem prestadas e não cumprindo o papel de “aviso prévio”.

Sobre a possibilidade de não envio do calendário após transcorridos 60 (sessenta) dias da última informação periódica devida pelo participante, em função do prazo máximo para contabilização da multa cominatória incidente, não encontramos razão para esta dupla penalização.

Tal procedimento imporia ao participante, além do pagamento da multa pelo descumprimento do envio da informação periódica uma penalização adicional - o não recebimento da mensagem contendo o calendário a partir de então -, distanciando ainda mais regulador e regulado. Ao nosso ver, este procedimento não traz qualquer benefício ao mercado e seus participantes, nem mesmo à própria CVM.

Diante do exposto, sugerimos excluir o §2º do art. 3º da Minuta, considerando que nenhum dos seus incisos agregam valor aos procedimentos a que se propõe.

II. Das Comunicações

No art. 4º da minuta proposta pela CVM fica estabelecida a necessidade de envio pela CVM de alerta acerca do não cumprimento de obrigação de envio de informação eventual. Este alerta será dirigido ao responsável constante no cadastro do participante. Assim, ratificando o mencionado anteriormente, julgamos pertinente que o responsável constante do cadastro de participante pessoa jurídica seja, sempre que aplicável, o Diretor responsável pelo Compliance em função da natureza das atividades deste profissional, devendo a pessoa jurídica, ou o próprio Diretor de Compliance, possuir mecanismos de acesso ao CVMWeb independentes daquele do Diretor responsável pela atividade fim da empresa.

Ainda sobre o envio do alerta ao endereço eletrônico do responsável constante do cadastro, destacamos que não raro ocorrem eventos em que, observado o rito vigente da Instrução CVM nº 452 através da utilização da comunicação por meio eletrônico, os participantes alegam não ter recebido qualquer comunicação por parte da CVM indicando a falta de observância do prazo para envio da informação periódica ou eventual, pelo que não teriam ciência da início da contabilização do prazo para incidência de multa cominatória.

Apesar de os meios tecnológicos estarem cada vez mais substituindo os meios tradicionais de comunicação, entendemos que para este fim específico de alerta sobre a incidência da multa a partir do dia seguinte ao recebimento da comunicação, faz-se necessária a adoção de mecanismo capaz de assegurar a certeza da ciência pelo participante, posto que a correspondência eletrônica, sem uma clara confirmação de recebimento, não outorga esta segurança.

Neste sentido, destacamos o §3º do art. 23 da Lei nº 9.784 que regula os processos administrativos no âmbito da administração pública federal que define o seguinte:

“§3º. A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.”

A exemplo da Lei nº 13.506 que dispõe sobre o processo administrativo sancionador nas esferas de atuação do Banco Central do Brasil e da própria CVM, a comunicação via meio eletrônico

é alternativa à hipótese em que é ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontra o acusado ou, ainda, em caso de esquivia, conforme depreende-se do art. 21 abaixo transcrito:

“Art. 21. A citação poderá ser efetuada por ciência no processo, por via postal ou por meio eletrônico.

§ 1º Quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o acusado, ou em caso de esquivia, a citação será efetuada por meio de publicação de edital no Diário Oficial da União ou no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil.

§ 2º Considera-se efetuada a citação na data:

I - da ciência do acusado ou de procurador por ele constituído;

II - da entrega no endereço do destinatário;

III - do acesso ao sistema eletrônico do Banco Central do Brasil;

IV - em que for atestada a recusa; ou

V - da publicação do edital no Diário Oficial da União ou no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil.

§ 3º Considera-se efetuada a citação no sexto dia subsequente ao da disponibilização do ato no sistema eletrônico do Banco Central do Brasil caso o interessado não o acesse no referido prazo.”

Em paralelo, visando a regulamentação do disposto na Lei nº 13.506, o Banco Central do Brasil expediu a Circular nº 3.857 que, em seu art. 10 define:

“Art.10. A citação poderá ser efetuada por ciência no processo, por via postal ou por meio eletrônico.

§ 1º A citação destinada a pessoa que possua cadastro para acesso ao BC Correio será efetuada mediante comunicação eletrônica remetida por esse sistema.”

Deste modo, em termos de diligência para a garantia do recebimento pelo interessado da comunicação, temos: (i) ciência presencial; (ii) comunicação via postal; (iii) comunicação através do acesso ao sistema eletrônico da Autarquia; (iv) comunicação através do envio de correio eletrônico; (v) divulgação de edital no Diário Oficial da união ou no sítio eletrônico da Autarquia.

Isto posto, sugerimos uma flexibilização da redação do caput do art. 12 da Minuta, de modo que fique acertado o envio também por via postal com aviso de recebimento das comunicações, visando a ciência pelo interessado de eventual multa a ser aplicada, seja ela ordinária ou extraordinária, inclusive evitando a inscrição do participante em dívida ativa nos casos em que este não tenha comprovadamente recebido a notificação correspondente.

Nessa linha, julgamos pertinente a manutenção destas comunicações no CVMWeb, possibilitando a sua consulta pelo participante, assim como acontece com a ferramenta utilizada pela ANBIMA para comunicação com as instituições participantes, o denominado SSM – Sistema de Supervisão de Mercados.

Adicionalmente, entendemos ser fundamental a regulação da forma com que se pretende dar publicidade às comunicações previstas na Minuta, a fim de alertar os investidores e agentes de mercado quanto à existência de eventual prática ou atividade irregular. Na medida em que as multas cominatórias aplicadas nos termos da Instrução se referem às mais diversas práticas, desde o simples esquecimento de atualização de informações cadastrais até a negação à prestação de esclarecimentos em processos administrativos, deixamos expressa aqui a nossa preocupação com a possibilidade de divulgação indiscriminada destas comunicações, na forma do §2º do art. 12.

Inclusive, considerando que a aplicação da multa cominatória é passível de recurso, em que momento ocorreria esta divulgação? Se a multa for eventualmente cancelada existirá a devida retratação?

Na medida em que esta divulgação indiscriminada pode trazer grande risco de imagem e à reputação do participante, entendemos conveniente a exclusão deste dispositivo e, se for o caso, após a publicação da norma, a CVM poderá divulgar deliberação para tratar do assunto.

“Art. 12. As comunicações previstas nesta Instrução podem ser realizadas:

I – por meio eletrônico;

II – por via postal, com aviso de recebimento; ou

III – em caso de urgência, por servidor da CVM, que certificará a entrega da comunicação.

§1º. Todas as comunicações cujo objetivo consista na comunicação ao participante sobre obrigação periódica ou eventual não cumprida, bem como aquelas relacionadas à informação sobre eventuais multas cominatórias aplicadas ao participante serão enviadas por via postal, com aviso de recebimento.

§ 2º As comunicações de que trata o **caput** também são válidas quando realizadas por qualquer outro meio que assegure a ciência do interessado.

§3º Todas as comunicações expedidas pela CVM em linha com esta Instrução ficarão disponíveis para a consulta pelo participante através do CVMWeb.”

Seguindo a lógica da importância de confirmação da ciência do interessado, recomendamos que os seguintes ajustes no caput do art. 13 da minuta:

“Art. 13. Considera-se realizada a notificação de aplicação de multa cominatória na data:

I—da **comprovada** ciência da pessoa sujeita à multa ou de procurador por ela constituído. Alternativamente, quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontra o interessado, ou em caso de esquivas;

II—da **comprovada** entrega no endereço do destinatário indicado no CVMWeb; ou

III— do **comprovado** acesso a sistema de comunicação eletrônica, quando disponibilizado pela CVM.”

Na Seção II do Capítulo IV da minuta proposta por esta Douta Comissão, temos a definição do pagamento de multa extraordinária no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao participante que intimado a comparecer para prestar informação, não o faz na data indicada.

Julgamos pertinente ponderar esta situação com o fato de que uma ausência justificada isentaria o participante ausente da referida multa extraordinária, de modo que o caput do art. 10 contaria com a seguinte redação:

“Art. 10. A superintendência responsável pode aplicar multa extraordinária no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) à pessoa que, previamente comunicada, não comparecer para prestar informações na data indicada ou justificar sua ausência mediante comprovação da ocorrência de caso fortuito ou e força maior.”

III. Recurso contra a decisão de aplicação da multa

No que se refere ao assunto, sugerimos que seja dado ao recurso ao Colegiado o efeito suspensivo. Tal sugestão visa tão e somente promover a justiça. Isto porque, de acordo com a metodologia de comunicação por meio eletrônico em que se consegue comprovar o envio, mas não o recebimento da comunicação prévia à aplicação da multa, o participante, ainda que se sinta lesado, muitas vezes, não busca o seu direito mediante recurso ao Colegiado em função da não suspensão da aplicação da multa até que a matéria seja julgada. Portanto, o direito ao recurso só faz sentido se o interessado não estiver sendo “penalizado” durante o período de análise do mérito, independente do seu sucesso ou não, mitigando o risco de inscrição em dívida ativa, que poderia pôr em risco sua imagem.

Dito isto, sugerimos que o art. 16 da minuta proposta oferece ao recurso ao Colegiado o efeito suspensivo, conforme abaixo:

“Art. 16. Cabe recurso com efeito suspensivo ao Colegiado das decisões da superintendência responsável, do Superintendente Geral ou de membro do Colegiado que atue como Relator quanto à aplicação de multa cominatória, no prazo de 10 (dez) dias contado da data da notificação, observado o disposto no parágrafo único do art. 21.”

Ademais, em linha com o comentado anteriormente sobre a necessidade de outorga da segurança necessária ao rito de ciência dos atos processuais pelo participante, propomos os seguintes ajustes no art. 19 da minuta:

“Art. 19. O recorrente será considerado notificado do resultado da decisão do Colegiado na data:

I – da comprovada entrega no endereço do destinatário indicado no CVMWeb; ou

II – do acesso a sistema de comunicação eletrônica, quando disponibilizado pela CVM.”

Por fim, indicamos que a remissão ao inciso II do parágrafo único do art. 3º constante do inciso I do art. 6º encontra-se inadequada, posto que o referido dispositivo não existe. Isto posto, sugerimos que o art. 6º da minuta proposta conte com a seguinte redação:

“Art. 6º É vedada a aplicação da multa ordinária:

I – caso a informação seja entregue com atraso, mas antes das comunicações referidas no ~~inciso II do parágrafo único do art. 3º e no art. 4º~~; e

II – a participante do mercado que, no momento da aplicação da multa, esteja com seu registro suspenso ou cancelado.”

IV. Do Anexo 9

Não nos parece adequada a diferenciação entre os valores das multas extraordinárias decorrentes do exercício irregular da atividade de administração de carteiras e de outras atividades sujeitas à prévia autorização da CVM. Considerando que, em qualquer das hipóteses, houve o descumprimento objetivo da norma através do exercício irregular da função, entendemos que os valores-base para o cálculo da multa extraordinária deveriam seguir o mesmo parâmetro, dado que o desempenho irregular de quaisquer atividades sujeitas à autorização da CVM possui grande potencial de danos a terceiros.

Adicionalmente, importante definir o que se entende por “grupo econômico” para fins de cálculo do valor da multa extraordinária. Esta delimitação faz-se necessária na medida em que a Minuta propõe como base de cálculo o valor do faturamento consolidado do grupo econômico, obtido no exercício anterior à aplicação da multa.

Portanto, considerando a possibilidade de existência de grupos econômicos formados por empresas dos mais diversos portes e atuantes em ramos diversos, não necessariamente regulados pela CVM, torna-se relevante entender os riscos e impactos trazidos pelos parâmetros propostos pela Minuta.

Ademais, a fim de esgotar a questão, entendemos fundamental a definição dos mecanismos necessários para apresentação destes dados referentes ao faturamento do grupo, em especial nos casos em que não se trata de grupo controlado por companhia de capital aberto ou que seja enquadrada no conceito de sociedade de grande porte, sob pena de, eventualmente, vir a impor que uma sociedade limitada divulgue as respectivas demonstrações financeiras, ferindo a lógica estabelecida na Lei das S.A. e Código Civil.

V. Da Minuta “B”

Inicialmente, cabe apontar que o art. 13 da Minuta “B” cujo objetivo consiste em indicar a revogação da ICM 452 é redundante na medida em que a Minuta “A” já o faz.

Sem prejuízo da alteração proposta na Instrução CVM nº 510 (“ICVM 510”), aproveitamos a oportunidade para comentar a importância de alinhamento de pequenas questões na norma, a fim de comportar as propostas ora exaradas com relação à nova ICVM 452, quais sejam:

(i) alteração da ficha cadastral para inclusão dos demais diretores responsáveis, tais como compliance (controles internos), distribuição, suitability e risco, indicando, ainda, os respectivos endereços eletrônicos;

(ii) definição de que o prazo para comunicação do evento de que trata o art. 1º, inciso I da ICVM 510 tem início na data do registro da alteração contratual no órgão competente, momento em que tais eventos ganham publicidade e válida perante terceiros.

Sobre as alterações propostas pela Minuta “B” na ICVM 555, entendemos que seria conveniente a regulação do rito proposto pelo art. 7-B, a fim de tornar a questão menos subjetiva possível, de modo que o participante consiga identificar o que a CVM entende por

“situações excepcionais”, bem como através da definição de um prazo para manifestação pela SIN acerca dos pedidos de dispensa.

VI. Da Minuta “C”

Por fim, no que se refere às alterações propostas através da Minuta “C” na Deliberação CVM nº 463, em linha com o acima exposto, sugerimos a alteração do inciso V, visando a indicação do efeito suspensivo ao recurso ao Colegiado em função da aplicação de multa, o qual passaria a contar com a seguinte redação:

“V – O recurso será recebido no efeito devolutivo. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão, o Superintendente poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso. No caso de cumprimento de obrigação de prestação de informação, o recurso será recebido com efeito suspensivo, a fim de cessar a eventual necessidade de pagamento de juros de mora e correção monetária.”

Esperamos ter contribuído no processo de aperfeiçoamento do texto final e no desenvolvimento do mercado, pelo que agradecemos a oportunidade dada por esta Douta Autarquia.

Permanecemos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.

Atenciosamente,

BENZECRY E PITTA ADVOCACIA ESPECIALIZADA