

Manifestação de Voto do Diretor Pedro Oliva Marcílio de Sousa

Neste processo, o Banco Itaú S.A. ("Recorrente") pede a reconsideração da multa cominatória imposta pela SIN, por ter o Recorrente, na qualidade de administrador do Fundo AGF-FIA ("Fundo"), deixado de arquivar o parecer dos auditores independentes relativo ao demonstrativo de liquidação do Fundo, no prazo exigido pela Instrução 302.

A esse respeito, é de se notar que a Instrução 409 deixou de exigir o arquivamento na CVM do parecer dos auditores independentes que o Fundo deixou de arquivar. Portanto, a partir da entrada em vigor da Instrução 409, esta Autarquia entendeu ser mais apropriado o não arquivamento do parecer.

Para a compreensão deste caso, é importante perceber que a Instrução 409 revogou expressamente a Instrução 302, embora tenha permitido que os fundos de investimentos existentes fossem adaptados às novas regras durante um prazo determinado.

A peculiaridade deste recurso em comparação com tantos outros que chegam a esse Colegiado está no fato de a liquidação do Fundo ter sido deliberada em assembléia geral de cotistas ocorrida em 24.11.2004, quando não mais vigia a Instrução 302, mas sim a Instrução 409.

Para a SIN, a despeito da revogação expressa da Instrução 302 pela Instrução 409 e da inexistência de disposição transitória específica, durante o prazo de adaptação às novas regras, os fundos de investimentos que não se adaptassem à Instrução 409 estariam sujeitos ao regime integral da Instrução 302.

A decisão de liquidar o Fundo ocorreu no início desse prazo de adaptação e, por lógico, o Fundo, cujo administrador e quotistas tinham por intenção ver extinto, não havia se adaptado aos termos da Instrução 409.

Em razão da não adaptação do Fundo às novas regras, em consonância com seu entendimento, a SIN exigiu o arquivamento do parecer e aplicou multa cominatória em razão de o arquivamento não ter ocorrido no prazo exigido pela Instrução 302.

Parece-me que, uma vez revogada a Instrução 302 na forma prevista na Instrução 409, a única possibilidade para a sobrevivência de suas disposições é se o Fundo deixar de cumprir a Instrução 409 durante o período de adaptação, o que lhe colocaria sob o regime da Instrução 302.

Sob a ótica da vigência da Instrução 409, pode-se dizer que a multa cominatória poderia ser imposta para forçar o cumprimento (i) de uma obrigação dela constante, ou, (ii) se durante o prazo de adaptação às novas regras, de conduta semelhante exigida pelas regras antigas ou de outra conduta exigida pela instrução revogada. Se assim não fosse, condutas indesejadas pela regra nova e pela regra antiga poderiam ser praticadas sob a justificativa de um direito a se adaptar. Não foi isso, no entanto, o que ocorreu.

A CVM não pode, no entanto, simplesmente desconsiderar as disposições da instrução em vigor, que permitiu a conduta praticada, e exigir o cumprimento da Instrução 302. Tal conduta só poderia ser excepcionalmente exigida se constasse expressamente das disposições transitórias da Instrução 409, o que não ocorreu.

Parece-me também ilógico que a CVM venha a impor multa em razão da exigência de não cumprimento no prazo devido de uma conduta que a própria CVM já tinha decidido como não conveniente, ao revogá-la.

Por esses motivos, entendo que não havia, no caso em análise, fundamento legal para a CVM exigir o arquivamento do parecer dos auditores independentes e, conseqüentemente, para impor multa cominatória em razão do não arquivamento no prazo devido. Assim, acato o recurso do Recorrente.

Esse é o meu voto.

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2005.

Pedro Oliva Marcílio de Sousa