



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686
Rua Cincinato Braga, 340/2º, 3º e 4º Andares, Bela Vista, São Paulo/ SP – CEP: 01333-010 – Brasil - Tel.: (11) 2146-2000
SCN Q.02 – Bl. A – Ed. Corporate Financial Center, S.404/4º Andar, Brasília/DF – CEP: 70712-900 – Brasil -Tel.: (61) 3327-2030/2031
www.cvm.gov.br

Ofício Interno nº 192/2022/CVM/SIN/GIFI

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2022.

De: SIN

Para: SGE

Assunto: Pedido de Reconsideração da Decisão do Colegiado da CVM - FIP Terra Viva - Fundo de Investimento em Participações Multiestratégia

Processo CVM nº 19957.000695/2021-91

Senhor Superintendente Geral,

I. Introdução

1. Trata-se de pedido de reconsideração (SEI nº 1438164) interposto por (i) Fundação Itaipu-BR de Previdência e Assistência Social ("FIBRA"), (ii) Fundação dos Economistas Federais ("FUNCEF"), (iii) Fundação CHESF de Assistência e Seguridade Social ("FACHESF"), e (iv) Fundação Petrobras de Seguridade Social ("PETROS") ("Recorrentes"), cotistas do FIP Terra Viva - Fundo de Investimento em Participações Multiestratégia ("FIP Terra Viva" ou "Fundo"), CNPJ nº 08.998.307/0001-54, contra a decisão do Colegiado da CVM deliberada em 14.12.2021.
2. A referida decisão do Colegiado da CVM manteve o entendimento manifestado pela Superintendência de Supervisão de Investidores Institucionais - SIN, por intermédio do Relatório nº 2/2021 ("Relatório 2"- SEI nº 1271251), em processo de reclamação, de que as questões trazidas pelos Recorrentes e pela Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil ("PREVI") ("Reclamantes") envolvendo o FIP Terra Viva estariam prescritas.
3. A PREVI, que havia recorrido da decisão da SIN de 25.06.2021, não chancelou o referido pedido de reconsideração.

II. Da Reclamação Inicial

4. Em 22.01.2021, os Reclamantes, que representavam 68,87% dos cotistas do FIP Terra Viva, encaminharam expediente (SEI nº 1182443), alegando, em resumo, que:
 - a. visando a implementação de ações de "due diligence" no FIP Terra Viva, abrangente da performance de seus ativos, de suas operações, atividades, gestão e aspectos legais associados, deliberaram os cotistas, em 15.09.2017, pela realização de levantamento e auditoria no Fundo;
 - b. essa auditoria identificou que o Sr. [REDACTED] possuía, desde a constituição do FIP Terra Viva, condenação criminal por crime de gestão fraudulenta, na condição de ex-

diretor do Banespa, não tendo tal fato, de extrema relevância, sido submetido ao conhecimento dos investidores do Fundo;

- c. o Sr. [REDACTED] respondia ao processo de número 0103682-72.1996.4.03.6181 ("Processo Criminal") por crime de gestão fraudulenta, conforme previsto no art. 4º caput da Lei 7.492/86, tendo sido condenado em primeira instância em 25.11.2004 à pena de 5 anos de reclusão;
- d. posteriormente, em 24.05.2010, ele veio a ter, sem qualquer divulgação de fato relevante aos cotistas do Fundo, sua condenação majorada para 6 anos de reclusão, conforme acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região;
- e. mesmo após a interposição de recursos, restou confirmada a sentença condenatória contra o sr. [REDACTED], tendo sido determinada a expedição do respectivo mandado de prisão para cumprimento em estabelecimento prisional, conforme decisão de 22.11.2018;
- f. mesmo o referido diretor sendo pessoa chave da administração, ou seja, que estabelecia diretrizes, teses de investimentos e ações estratégicas relacionadas aos recursos e ativos do FIP Terra Viva, além de realizar a interface dos administradores das companhias investidas com os cotistas do Fundo, não houve qualquer divulgação de fato relevante sobre essa condenação aos cotistas do FIP Terra Viva;
- g. a esse respeito, tanto o artigo 31 da Instrução CVM nº 391/03 quanto o artigo 53, §1º, da Instrução CVM nº 578/16 seriam claros no sentido de que "o administrador do fundo de investimento deveria divulgar a todos os cotistas e à CVM qualquer ato ou fato relevante atinente ao fundo";
- h. desse modo, a existência de medidas criminais e de condenação penal contra [REDACTED] [REDACTED] pela infração de gestão fraudulenta constitui fato de relevância capaz de influir, inclusive, na decisão dos investidores de (i) comprar, vender ou manter as cotas, ou mesmo (ii) exercer quaisquer direitos inerentes à sua condição de cotistas;
- i. desse modo, a DGF Investimentos teria faltado com seu dever de diligência e de divulgar informação relevante aos seus cotistas;
- j. por essa razão solicitaram que a CVM apurasse a conduta do administrador/gestor do FIP Terra Viva, a DGF Investimentos, na pessoa do seu representante [REDACTED].

III. Manifestação da DGF Investimentos

5. A DGF Investimentos, por intermédio de seu diretor responsável, [REDACTED], protocolou expediente (SEI nº 1270137) na CVM, em 10.05.2021, em resposta à Ação de Fiscalização CVM/SIN/GIFI nº 85/2021, contendo as seguintes alegações, em resumo:
 - a. essa reclamação estaria ancorada em "profundas falhas conceituais", pois os Reclamantes "parecem fingir desconhecer" (i) a diferença entre as condições de réu e a de efetivamente condenado; (ii) a diferença entre decisões provisórias e sentença transitada em julgado; (iii) o grave anacronismo de sua argumentação, ao buscarem avaliar as decisões tomadas pela DGF Investimentos à luz de eventos que se materializaram apenas muitos anos mais tarde; e (iv) o fato de que o Processo Criminal movido contra o Sr. [REDACTED] sempre ter sido discutido abertamente com os representantes dos Reclamantes;
 - b. o Sr. [REDACTED] foi fundador e presidente da ABAMEC, hoje APIMEC, conselheiro da Bovespa, e ocupou diversos cargos na administração de instituições financeiras, incluindo o Banespa – sendo este cargo o alvo do Processo Criminal;
 - c. a esse respeito, os administradores do Banespa também tiveram sua gestão de 1990 a 1994 apurada pela CVM no PAS CVM nº 09/97, no qual o Sr. [REDACTED] foi absolvido em 13.12.2006;
 - d. após sua condenação em primeira instância no Processo Criminal, ocorrida em 25.11.2004, ainda foi diretor presidente do Banco Credibel S.A., tendo sua eleição sido ratificada pelo Banco Central do Brasil;

- e. mesmo condenado criminalmente, o Sr. [REDACTED] não foi desabilitado pela CVM para o exercício da administração de carteira, nem foi considerado inapto pelo Banco Central do Brasil para o exercício de cargos na administração de instituições financeiras – o que não poderia ser diferente, por conta do princípio constitucional da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, inciso LVII, de nossa Constituição Federal;
- f. quando de sua contratação pelo FIP Terra Viva, com a devida "due diligence" feita pelos Reclamantes e durante todo o período em que exerceu o cargo de diretor – e, diga-se, até a presente data, visto não ter havido o trânsito em julgado de sentença penal condenatória no âmbito do Processo Criminal –, o Sr. [REDACTED] era considerado inocente para todos os fins de direito;
- g. crucial, porém, seria o fato de que, em 2008, no momento de sua contratação para a prestação de serviços ao FIP Terra Viva, à luz de todas as informações então disponíveis, o Sr. [REDACTED] detinha as condições necessárias em termos de habilitação, qualificação técnica e reputação para o desempenho de sua função;
- h. o Processo Criminal era de conhecimento de representantes dos Reclamantes antes da confirmação do investimento e do primeiro aporte feito por eles no FIP Terra Viva. Afinal, a sentença penal condenatória de primeira instância foi devidamente informada pelo próprio Sr. [REDACTED], no ambiente solene e formal das muitas reuniões ocorridas para a apresentação do conceito e estruturação conjunta do FIP Terra Viva;
- i. quanto à manutenção da condenação em segunda instância, ocorrida em 24.05.2010, um dos motivos da não divulgação teria sido o próprio desconhecimento da DGF Investimentos, que jamais foi informada a respeito – o que, segundo o Sr. [REDACTED], se deu por orientação de seus assessores jurídicos, que reconheceram que a condenação em questão, ainda não transitada em julgado, não deveria influir sobre suas atividades profissionais;
- j. do princípio da presunção de inocência decorreria a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção. A existência de processo criminal não impede – e nem pode impedir – o exercício de atividade profissional pelo acusado. Pelo possível dano reputacional que pode injustamente derivar do fato de pessoa inocente figurar como investigada ou acusada em procedimento de natureza criminal, não é preciso alardear o assunto aos quatro ventos, em claro desrespeito a preceitos constitucionais;
- k. lembramos ainda, que o Sr. [REDACTED], apesar de pessoa chave, não era o gestor do FIP Terra Viva, não competindo a ele as decisões de investimento, e não estando em risco, nesta perspectiva, o patrimônio dos cotistas;
- l. a suposta relevância indicada pelos Reclamantes é ainda mais mitigada ao se tratar da mera confirmação da sentença em segunda instância, mesmo que majorada a pena.
- m. não haveria diferença para o FIP Terra Viva ou seus cotistas ser o Sr. [REDACTED] condenado a pena 20% superior àquela que já bem conheciam, na pendência do trânsito em julgado;
- n. só haveria relevância se o Sr. [REDACTED] estivesse impedido de atender às suas funções perante o FIP Terra Viva em decorrência do cumprimento de pena de prisão;
- o. contudo, a expedição de mandado de prisão se deu apenas em 22.11.2018, anos depois do Sr. [REDACTED] ter deixado de possuir qualquer relação com o FIP Terra Viva (dezembro de 2015) – e jamais chegou a ser cumprida;
- p. por todo o exposto, concluem que a atuação de DGF Investimentos face ao FIP Terra Viva e seus cotistas sempre foi pautada pelo cuidado e pela diligência, com total cumprimento dos deveres de informação e transparência; e
- q. e, por fim, destacam a intempestividade da Reclamação, pois, "como admitido pelos próprios Reclamantes", os fatos supostamente ocultados são de seu pleno conhecimento desde 2018, há mais de dois anos.
- r. Por fim, como transcorreram mais de cinco anos entre a saída do Sr. [REDACTED] do FIP Terra Viva e a apresentação da Reclamação, e mais de uma década em relação à sua contratação, teria ocorrido a prescrição.

IV. Análise Inicial da Reclamação pela SIN

6. Primeiramente, pareceu também à área técnica que, segundo a legislação brasileira e entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, a condenação em 1ª instância, monocrática por definição, não deveria ser considerada suficiente para impedir o réu de realizar suas atividades ou mesmo de afetar sua reputação.
7. Interessante reconhecer, nesse contexto, que nem a *due diligence* realizada pelos investidores e pela DGF Investimentos identificou essa condenação em 1ª instância em 2004 como impeditiva da contratação do Sr. [REDACTED].
8. Essa questão, assim, acaba se tornando mais relevante a partir do momento em que o Sr. [REDACTED] é condenado em 2ª instância em 24.05.2010, ou seja, por meio de uma decisão colegiada e confirmatória.
9. A partir desse momento, entendemos que essa informação deveria ter sido divulgada, formalmente, a todos os cotistas do FIP Terra Viva.
10. Nem mesmo a argumentação apresentada pela DGF Investimentos de que alguns cotistas sabiam da condenação anterior é razoável, pois a condenação em segunda instância é fato novo nessa perspectiva e, dessa forma, o fato relevante deveria ter sido divulgado a todos de forma a evitar assimetrias da informação e atualizar os cotistas a respeito desse processo.
11. Ademais, por ser responsável pela atuação do Sr. [REDACTED], a DGF Investimentos deveria, de forma diligente, ter acompanhado o desenrolar do processo judicial a respeito dele, a fim de comunicar aos cotistas de forma simétrica e formal as evoluções e decisões no referido Processo Criminal.
12. A informação trazida pelos Reclamantes da expedição do mandato de prisão do Sr. [REDACTED] em 22.11.2018, por seu lado, não foi considerada importante para a análise da Reclamação, pois o Sr. [REDACTED] já não possuía qualquer relação com o FIP Terra Viva desde 2015, e assim, quando dessa decisão judicial, é certo que ela não era mais relevante para o fundo ou seus cotistas, pois o réu sequer atuava mais no âmbito do fundo.
13. Desse modo, entendemos pela possibilidade de adoção, em tese, de medidas sancionadoras contra a DGF Investimentos e o seu diretor responsável, o Sr. [REDACTED], por falta (i) de dever de diligência e (ii) de divulgação de fato relevante (art. 31 da Instrução CVM nº 391/03).
14. No entanto, restou claro que as questões trazidas pelos Reclamantes estavam prescritas há bastante tempo, pois o fato relevante deveria ter sido divulgado em maio de 2010 pela DGF Investimentos.
15. Nem mesmo qualquer correlação com o fato de o administrador ou o gestor terem exercido suas atividades até dezembro de 2015 poderia impedir a ocorrência da prescrição quinquenal estabelecida no artigo 1º da Lei nº 9.873/99 ("*Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado*"), uma vez que a referida Reclamação foi protocolada na CVM apenas em 22.01.2021.

V. Recurso

16. Os Reclamantes apresentaram recurso (SEI nº 1306526), em 19.07.2021, contra a decisão da SIN, com as alegações a seguir expostas:
 - a. a decisão da SIN estaria equivocada e deveria ser reformada, por:
 - (i) desconsiderar que esse caso trata de infração permanente ou continuada;
 - (ii) aplicar de forma equivocada o termo inicial da contagem do prazo prescricional;
 - (iii) conter contradições e impropriedades no que se refere à própria conceitualização legal do “dever de diligência/informação” do administrador/gestor do Fundo; e
 - (iv) desconsiderar que o ato irregular pode constituir fato típico criminal (artigo 6º da Lei 7.492/86), devendo ser aplicado o prazo prescricional do art. 1º, §2º, da Lei nº

9.873/1999 combinado ao da lei penal.

- b. a regra geral da prescrição punitiva no âmbito da Lei nº 9.873/99 é a data da prática do ato ilícito. Ocorre que, em dois casos, o termo inicial da regra geral deixa de ser a data da prática do ato ilícito para ser o dia da cessação da infração (parte final do caput do art. 1º da Lei 9.873/99). Isso ocorre no caso de o ilícito ser permanente ou continuado.
- c. o dever de informação pelo administrador/gestor do Fundo é permanente;
- d. tem-se, pois, que no caso em tela a infração é permanente de modo que, nitidamente, existe um ato ilícito cuja conduta perdura no tempo;
- e. a esse respeito, tanto o artigo 31 da Instrução CVM no 391/03, quanto o artigo 53, §1º, da Instrução CVM nº 578/16, são bem claros de que "o administrador do fundo de investimento deverá divulgar a todos os cotistas e à CVM qualquer ato ou fato relevante atinente ao fundo";
- f. desse modo, a existência de medidas criminais e de condenação penal contra [REDACTED] [REDACTED] pela infração de gestão fraudulenta constitui fato de máxima relevância capaz de influir, inclusive, na decisão dos investidores de (i) comprar, vender ou manter as cotas, ou mesmo (ii) exercer quaisquer direitos inerentes à sua condição de cotistas;
- g. a DGF Investimentos comprovada e reconhecidamente faltou com seu dever de diligência e de divulgar informação relevante aos seus cotistas;
- h. não se pode coadunar com a conceitualização contraditória e imprópria dada ao "dever de diligência/informação" legal do Administrador/Gestor do Fundo. O entendimento da SIN abarca indevidamente a tese de que, a divulgação do fato do Sr. [REDACTED] ter sofrido medidas criminais e condenação penal pela infração de gestão fraudulenta, deveria ter sido realizada pelo Administrador/Gestor do Fundo unicamente por ocasião da decisão colegiada do TRF3;
- i. o cuidado e transparência exigidos pela Lei na conduta e postura do Administrador/Gestor do Fundo impõe a ele a disseminação constante das informações relevantes. Especialmente, nesse caso, dos desdobramentos do processo criminal de número 0103682-72.1996.4.03.6181, que o Sr. [REDACTED] respondia;
- j. note-se que, ao contrário da linha argumentativa adotada no entendimento da SIN, é a conduta do Administrador/Gestor que está em questão, e não a saída, ou o momento da saída do Sr. [REDACTED] do Fundo;
- k. tanto verdade que a própria GIFÍ é que aponta a falha de conduta para concluir que seria possível a abertura de processo administrativo sancionador;
- l. neste sentido, já em uma primeira interpretação, caberia o reconhecimento de que a não divulgação de fato relevante em maio de 2010 (condenação de [REDACTED] em Segunda Instância) não cessou com a obrigação de divulgação do Administrador/Gestor. Continuava o Administrador, como ainda continua, obrigado a divulgar as informações do processo para os cotistas, sobretudo após a confirmação, em 2018, da sentença condenatória contra o sr. [REDACTED] seguida da expedição do respectivo mandado de prisão;
- m. assim, ainda que se entenda que após a confirmação da condenação criminal em 2018 é que se daria por encerrada a obrigação de divulgação de informações do processo, e, portanto, que até este momento é que perduraria a obrigação de divulgação (cessão da obrigação do dia do trânsito em julgado do processo criminal ou do dia da publicação da decisão de confirmação), ainda assim só se poderia cogitar da incidência de prescrição administrativa neste caso concreto no ano de 2023, ou seja, após decorridos 5 anos do dia em que cessada a infração continuada ou permanente;
- n. ademais, de forma subsidiária de argumentação quanto à prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal, o entendimento da SIN não observou que o ato irregular cometido pela DGF Investimentos Gestão de Fundos Ltda. e por seu Diretor responsável à época também pode configurar a conduta típica descrita no artigo 6º da Lei nº 7.492/1986, senão vejamos: "Art. 6º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública

competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

- o. conforme o entendimento doutrinário, esse tipo penal em questão visa "resguardar a confiança inerente às relações jurídicas e negociais existentes entre os agentes em atuação no sistema financeiro - sócios das instituições financeiras, investidores e os órgãos públicos que atuam na fiscalização do mercado - e, secundariamente, protegê-los contra prejuízos potenciais, decorrentes da omissão ou prestação falsa de informações pertinentes a operações financeiras da instituição, ou acerca de sua situação financeira”;
 - p. importante ressaltar que a administradora e gestora de recursos (asset managers), como a DGF Investimentos Gestão de Fundos Ltda., é considerada instituição financeira para fins de caracterização do sujeito ativo do crime apontado acima, nos termos do artigo 1º da Lei 7.492/86;
 - q. apresentamos algumas jurisprudências sobre esse tipo penal, como o do REsp 1.405.989-SP (Rel. originário Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para o acórdão Min. Nefi Cordeiro, julgado em 18/8/2015, DJe 23/9/2015); ou o do REsp 1405989/SP (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 23/09/2015), que envolveram situações fáticas de indução a erro de terceiros em atividades caracterizadas como de instituições financeiras.
 - r. frisaram que o Ministério Público Federal (“MPF”) possui Procedimento Investigatório Criminal (“PIC”) nº 1.16.000.001004.2016-65 (numeração antiga, quando o procedimento era físico) e nº 1.16.000.002188/2019-23 (nova numeração eletrônica) em aberto, em trâmite sob sigilo, cujo objeto específico é investigar a possível ocorrência de crime de gestão temerária e/ou fraudulenta (art. 4º, caput, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986) e outros crimes concorrentes que guardam relação, por meio dos FIPs Terra Viva e AG Angra Infra e investida(s) em comum aos investimentos;
 - s. tendo em vista que a conduta objeto da ação punitiva da CVM também pode constituir crime, a prescrição da ação administrativa seguiria o prazo prescricional contido na legislação penal, nos termos do artigo 1º, §2º, da Lei 9.873/1999, veja-se: “§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal;
 - t. nesse sentido, de acordo com o artigo 109, inciso III, do Código Penal, a prescrição penal da pretensão punitiva, baseado no tempo máximo da privação de liberdade do crime do artigo 6º da Lei 7.492/86, seria de 12 anos de prescrição;
 - u. se adotado o marco temporal equivocadamente fixado pela CVM no Relatório nº 2, a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública no presente caso ocorreria somente em 24.05.2022; e
 - v. todavia, ao se considerar que a conduta irregular praticada pela DGF Investimentos Gestão de Fundos Ltda. é permanente, a contagem do prazo prescricional somente começaria a fluir a partir de quando cessada a infração permanente da conduta irregular, o que, frise-se, ainda não ocorreu pois não houve a divulgação de Fato Relevante.
17. Diante de todo o exposto e tendo em vista, em especial, que o entendimento da SIN (i) desconsidera se tratar de caso de infração permanente ou continuada; (ii) aplica de forma equivocada o termo inicial da contagem do prazo prescricional; (iii) contém contradições e impropriedades no que se refere à própria conceitualização legal do “dever de diligência/informação” do Administrador/Gestor do Fundo; e (iv) desconsiderou que a conduta irregular identificada pela CVM pode constituir ato ilícito penal previsto no artigo 6º da Lei 7.492/86, devendo ser aplicado o prazo prescricional do art. 1º, §2º, da Lei nº 9.873/1999 combinado ao da lei penal, conforme demonstrado acima, os Reclamantes, respeitosamente, solicitaram a reforma desse entendimento da SIN, para que, afastada a prescrição da ação punitiva, a CVM apurasse a conduta do Administrador/Gestor do FIP Terra Viva, a DGF Investimentos, na pessoa do seu [REDACTED].

VI. Manifestação da PFE

18. A SIN encaminhou, em 05.09.2021, o Ofício Interno nº 61/2021/CVM/SIN/GIFI, solicitando que a PFE se manifestasse sobre a afirmação dos Reclamantes de que o entendimento da SIN consubstanciado no Relatório 2 estaria equivocado e deveria ser reformado, por (i) desconsiderar que esse caso trata de infração permanente ou continuada; (ii) aplicar de forma equivocada o termo inicial da contagem do prazo prescricional; e (iii) desconsiderar que o ato irregular pode constituir fato típico criminal (artigo 6º da Lei 7.492/86), devendo ser aplicado o prazo prescricional do art. 1º, §2º, da Lei nº 9.873/1999 combinado ao da lei penal.

19. A PFE apresentou sua manifestação (SEI nº 1381132), em 04.11.2021, com as seguintes alegações, em resumo:

- a. a questão trazida pela área técnica diz respeito a classificação das infrações cometidas entre instantânea de efeitos permanente e permanente, o que influencia no termo inicial da contagem do prazo prescricional, conforme o artigo 1º, caput, da Lei nº 9.873/99 e se o prazo prescricional aplicável é de 5 anos, como consta nesse dispositivo legal, ou de 12 anos, como determina o artigo 1º, §2º, Lei nº 9.873/99 combinado com o artigo 109, III, do Código Penal (CP);
- b. de acordo com a SIN, foram praticados pela administradora/gestora e seus diretor responsável as seguintes infrações: falta (i) de dever de diligência e (ii) de divulgação de fato relevante (art. 31, da Instrução CVM nº 391/03);
- c. a questão que se apresenta é: são as infrações apontadas instantâneas com efeitos permanentes ou permanentes;
- d. antes de responder a questão, cabe trazer essas definições, emprestadas do Direito Penal, de acordo com o ensinamento de Assis Toledo:

São instantâneos os crimes que possuem como objeto jurídico bens destrutíveis; permanentes, aqueles cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de cessar o estado antijurídico por ele realizado. (...) Denominam-se crimes instantâneos de efeitos permanentes aqueles em que não a conduta do agente, mas apenas o resultado da ação é permanente;

- e. o dever de diligência do Administrador-Gestor de FIP, a época dos fatos era regido pelo artigo 65-A, I, Instrução CVM nº 409/04:

Art. 65 –A. O administrador e o gestor estão obrigados a adotar as seguintes normas de conduta:

I – exercer suas atividades buscando sempre as melhores condições para o fundo, empregando o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma dispensar à administração de seus próprios negócios, atuando com lealdade em relação aos interesses dos cotistas e do fundo, evitando práticas que possam ferir a relação fiduciária com eles mantida, e respondendo por quaisquer infrações ou irregularidades que venham a ser cometidas sob sua administração ou gestão;

- f. e o dever de divulgar fato relevante, a época dos fatos, segundo a SIN, era regido pelo art. 31, da Instrução CVM nº 391/03:

Art. 31. O administrador do fundo deverá divulgar a todos os cotistas e à CVM, qualquer ato ou fato relevante atinente ao fundo.

Parágrafo único. Entre as informações referidas acima, não se incluirão informações sigilosas referentes às companhias emissoras de títulos e valores mobiliários integrantes da carteira do fundo, obtidas pelo administrador sob compromisso de confidencialidade ou em razão de suas funções regulares enquanto membro ou participante dos órgãos de administração ou consultivos da companhia.

- g. da leitura de ambos os dispositivos, verifica-se que uma das formas de infringi-los é pela via da omissão, como ocorreu no presente caso, e seguindo as definições acima apresentadas, ela

é instantânea com efeitos permanentes. Nessa linha, caso a omissão seja remediada por um agir conforme as normas apresentadas, estar-se-ia diante de uma regularização da infração, que poderia acarretar em diminuição da penalidade por circunstância atenuante, na forma do artigo 66, III, da Instrução CVM nº 607, e não de uma cessação de uma conduta permanente;

- h. desta feita, as faltas (i) de dever de diligência e (ii) de divulgação de fato relevante (art. 31, da Instrução CVM nº 391/03) constatadas pela SIN são infrações omissivas e instantâneas com efeitos permanentes, o que faz com que o termo inicial para a contagem da prescrição seja em 25.05.2010, data em que a Administradora do FIP e o seu diretor responsável deixaram de divulgar fato relevante relacionado a confirmação da condenação criminal do Sr. [REDACTED] em 2ª instância pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no Processo 0103682- 72.1996.4.03.6181;
- i. estabelecido o termo inicial da prescrição, a questão que surge é qual é o prazo prescricional aplicável ao caso, de 5 anos, conforme o artigo 1º, caput, da Lei nº 9.873/99, ou de 12 anos, de acordo com o artigo 1º, §2º, Lei nº 9.873/99 combinado com o artigo 109, III, CP;
- j. com o advento Parecer JL-06, vinculante para toda a Administração Pública Federal por força do artigo 40, §1º, da Lei Complementar nº 73/93 , interpretado conforme a Nota nº 00019/2020/GJU4/PFE-CVM/PGF/AGU (Processo nº 00783.001546/2020-70), para que o prazo prescricional quinquenal para o exercício da pretensão sancionadora da Administração Pública se transmude para o prazo penal, "basta a Administração Pública verificar os indícios de crime e capitulá-los, quando fizer o exame para comunicá-los para o Ministério Público, não precisando haver Inquérito Policial instaurado ou Ação Penal proposta (...)"
- k. de acordo com o artigo 9º, da Lei Complementar nº105/01, abaixo transcrita, cabe a área técnica verificar os indícios de crime, com base nos elementos angariados nos autos, e à PFECVM designar ou ajustar o enquadramento jurídico das condutas verificadas, para que se possam ser comunicados ao Ministério Público:

Art. 9º Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos.

§ 1º A comunicação de que trata este artigo será efetuada pelos Presidentes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, admitida delegação de competência, no prazo máximo de quinze dias, a contar do recebimento do processo, com manifestação dos respectivos serviços jurídicos.

§ 2º Independentemente do disposto no caput deste artigo, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários comunicarão aos órgãos públicos competentes as irregularidades e os ilícitos administrativos de que tenham conhecimento, ou indícios de sua prática, anexando os documentos pertinentes.

- 20. No presente caso, a SIN, ao examinar as provas contidas nos autos, não constatou qualquer indício de crime de ação penal pública, que justifique o encaminhamento de comunicação para o Ministério Público. Com isso, o prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva da Administração Pública será de 5 anos, na forma do o artigo 1º, caput, da Lei nº 9.873/99.
- 21. Assim, a pretensão punitiva administrativa se deu antes do protocolo da reclamação junto à CVM por parte dos Reclamantes, em 22.01.2021;
- 22. Isto posto, a PFE-CVM opinou pelo não provimento do Recurso, face a ocorrência da prescrição quinquenal, na forma do artigo 1º, caput, da Lei nº 9.873/99.

VII. Análise do Recurso pela SIN

- 23. Os Reclamantes apresentaram recurso tempestivo em 19.07.2021, após terem tomado conhecimento do entendimento da SIN em 30.06.2021.
- 24. Em síntese, o recurso apresentado pelos Reclamantes se baseia quase que exclusivamente em torno da prescrição administrativa quinquenal estabelecida no artigo 1º da Lei nº 9.873/99.

25. Os Reclamantes entendem, ainda, que também deveria ser aplicado nesse caso o prazo prescricional de 12 anos estabelecido pelo artigo 109, inciso III, do Código Penal, de acordo com o artigo 1º, § 2º, da Lei nº 9.873/99. Entretanto e em linha com o posicionamento da PFE, discordamos da aplicação do prazo penal para a análise da prescrição do caso, pois não foi identificado pela área técnica, no âmbito deste processo, nenhum indício da prática de qualquer crime por parte do administrador, do gestor ou mesmo do Sr. [REDACTED] no âmbito das atividades por ele exercidas no fundo.
26. Nesse sentido, relembramos que as práticas sujeitas a eventuais sanções pela CVM se referem à não divulgação de um fato relevante sobre atualizações do processo criminal à época em curso contra o Sr. [REDACTED]; e a omissão da gestora em diligenciar no acompanhamento dessa questão. Não nos parece, nem mesmo em tese, que se possa aventar para tais irregularidades alguma repercussão de natureza criminal.
27. Inclusive por isso, refutamos também a tese dos Reclamantes de que a CVM deveria continuar a investigação, na busca por uma eventual prática criminal que pudesse estender a aplicação da prescrição penal no caso, ou seja, sob a mera esperança de se achar algum tipo penal em algum momento no futuro. Na avaliação da SIN, não se vislumbra na instrução do caso sequer a possibilidade de tipificação de algum tipo penal, ainda que em bases indiciárias. Apenas se isso ocorresse - mas não é o caso - se poderia suscitar a comunicação competente e a atração da prescrição penal ao caso.
28. Na verdade, quando da identificação de uma irregularidade, já é praxe da CVM avaliar se há indícios da prática de crimes (assim como de irregularidades sujeitas a investigação por outras esferas administrativas) que justifiquem a comunicação competente e, em caso positivo, já desde sempre considera, em linha com o parecer da PFE, a prescrição penal com fundamento na apuração desses indícios e na comunicação levada a efeito em razão dessa constatação. Mas, se não houver a identificação de indício de crime, exatamente como ocorrido neste caso, não é sob a justificativa de uma mera hipótese - sequer configurável com os elementos presentes - de que isso poderia se apresentar em algum momento à frente que se poderia afastar a ocorrência da prescrição administrativa.
29. Entendeu a SIN na época que o objetivo da Lei nº 9.873 é o de conferir segurança jurídica bastante nas relações entre o Estado regulador e fiscalizador, de um lado, e a sociedade e seus agentes regulados, de outro; de forma a não manter aquela atividade econômica sob uma eterna expectativa de que, a qualquer momento, possa ser indagada e investigada sobre fatos ocorridos há muitos anos passados, e sobre os quais já repouse uma razoável e esperada expectativa de convalidação, ainda que conferida pelo tempo. Nesse contexto, contornar o prazo de 5 anos previsto em lei sob uma alcunha abstrata de que pode ser apurado a qualquer momento futuro um algo que permita recalculer esse prazo seria, no mínimo, trazer à atuação do supervisor o contexto de insegurança jurídica que o instituto legal justamente buscou rechaçar.
30. Assim, vale reforçar aqui que, embora em tese sempre se possa cogitar da prática de crimes correlatos a infrações administrativas investigadas pela CVM, não temos nesse caso específico nenhuma evidência no momento que sustente a existência de indícios quaisquer da prática de crimes, e por consequência, da necessidade de uma comunicação ao Ministério Público competente dela decorrente.
31. Ainda nesse contexto, os Reclamantes mencionam a existência de Procedimento Investigatório Criminal ("PIC"), em trâmite sob sigilo, com o objeto de investigar a possível ocorrência de "crime de gestão temerária e/ou fraudulenta", no âmbito de investimento realizado por este FIP Terra Viva e o FIP AG Angra Infra a respeito de investimento em comum. Entendemos, aqui, que a existência desse processo, seja pelo estado em que se encontra (sem sequer uma denúncia formulada pelo Ministério Público), seja também por não possuir equivalência temática alguma com o que é tratado neste processo, não deve influenciar a decisão de arquivamento da SIN neste caso.
32. Na verdade, nesse ponto, o recurso parece confundir o escopo tratado aqui daquele enfrentado no PIC, miscigenando essas duas diferentes frentes com o objetivo de tentar atribuir ao que é analisado neste processo alguma correlação com os crimes lá investigados, mas com o que os fatos investigados neste processo de certo não têm qualquer relação, já que, vale lembrar, aqui se discutem apenas falhas associadas à divulgação de um fato relevante e omissões da gestora no acompanhamento dessa questão específica.

33. Ademais, vale informar que eventuais irregularidades na administração ou gestão dos FIP - em especial quanto aos investimentos realizados na companhia investida citada pelos Reclamantes - foi objeto de análise específica no Processo 19957.006763/2018-21, que no mérito também em nada se conecta com o que é discutido aqui.
34. De outro lado, a SIN se alinhou com a PFE-CVM ao considerar a infração não como de natureza permanente, mas sim de uma infração instantânea com efeitos permanentes, conforme previsto na legislação aplicável e na doutrina sobre o assunto.
35. De toda forma, apenas a bem do debate, ainda que assim não fosse e viéssemos a considerar qualquer dessas condutas como de natureza permanente, elas não afetariam a decisão da área técnica pelo arquivamento, pois na pior das hipóteses elas teriam cessado em 2015, quando da saída do Sr. [REDACTED] da função que exercia no âmbito do FIP. Isso porque, claro, após sua saída quaisquer fatos relacionados a ele não seriam mais considerados como um fato relevante; e também, não haveria mais como se falar em qualquer tipo de omissão da gestora em suas diligências.
36. Desse modo, esta área técnica mantém o entendimento de que teria ocorrido a prescrição quinquenal estabelecida no artigo 1º da Lei nº 9.873/99, cabendo apenas o encerramento desse processo, uma vez que a referida reclamação foi protocolada apenas em 22.01.2021, ou seja, há mais dez anos da ocorrência das infrações instantâneas com efeitos permanentes de maio de 2010, representadas pela falta do dever de diligência da gestora e a não divulgação de fato relevante.

VIII. Decisão do Colegiado

37. O Colegiado da CVM, em 14.12.2021, por unanimidade, acompanhou as conclusões da SIN, de que as acusações qualificadas como falta do dever de diligência e de não divulgação de fato relevante estariam prescritas, e deliberou pelo não provimento do recurso.
38. Além disso, mesmo sem alterar as referidas conclusões, uma vez que já havia transcorrido o prazo de cinco anos entre a saída do sr. [REDACTED] da função que exercia no âmbito do Fundo e o protocolo da reclamação na CVM, o Colegiado discordou das manifestações da PFE/CVM e da SIN no sentido de que o tratamento de infração instantânea com efeitos permanentes seria também aplicável à falha no cumprimento do dever de diligência por parte da gestora.

IX. Pedido de Reconsideração da Decisão do Colegiado

39. Os Recorrentes apresentaram pedido de reconsideração (SEI nº 1438164), em 07.02.2022, com as seguintes alegações em resumo:
 - a. diversamente dos fundamentos adotados pela deliberação do Colegiado da CVM, o procedimento investigatório instaurado pelo MPF, no âmbito da Operação Greenfield, tem evidente vínculo com o objeto da presente Representação, influenciando e alterando de sobremaneira a definição da prescrição da pretensão punitiva da CVM;
 - b. inicialmente, relevante esclarecer que a citada operação capitaneada pelo MPF e pela Polícia Federal (“PF”) consiste na investigação de eventuais crimes de Gestão Fraudulenta e/ou Temerária (Art. 4º, caput e parágrafo único, da Lei nº 7.492/86) supostamente praticados por ex-dirigentes das maiores Entidades Fechadas de Previdência Complementar (“EFPCs”), em conluio com terceiros, pessoas físicas e jurídicas, especialmente em investimentos realizados em Fundos de Investimentos em Participações (“FIP”), como é o caso do FIP Terra Viva, objeto da presente Representação;
 - c. nesse sentido, o MPF instaurou o PIC nº 1.16.000.002188/2019-23 (numeração antiga física – 1.16.000.001004.2016-65), de natureza sigilosa, para investigar a possível ocorrência de crimes praticados nos investimentos FIP Terra Viva e FIP Angra Infra, bem como nas empresas investidas que são comuns aos citados investimentos;
 - d. a investigação pelo MPF avalia diversos documentos que apontam que a DGF Investimentos supostamente praticou ilícitos no FIP Terra Viva. Tal constatação corrobora a afirmativa que o MPF também se debruça sobre a gestão dos investimentos objetos de investigação, tanto que, em apurações já finalizadas, o MPF incluiu no polo passivo de ações de improbidade

administradores dos Fundos de Investimento, bem como os seus representantes em ações penais;

- e. relevante também salientar que o fato de o PIC nº 1.16.000.002188/2019-23 ainda estar em fase investigatória não é capaz de desnaturar a sua notória relação com as condutas praticadas pela DGF no FIP Terra Viva. Pelo contrário. Conforme já exposto, é perfeitamente possível que o MPF venha a oferecer a competente denúncia, já que ainda está dentro do prazo prescricional previsto na lei penal;
- f. portanto, verifica-se que o PIC nº 1.16.000.002188/2019-23 tem o condão de influenciar no prazo prescricional da ação punitiva da Administração Pública Federal, de acordo com a inteligência no artigo 1º, §2º, da Lei nº 9.873/99;
- g. ademais, novamente contrariamente ao decidido pela deliberação do Colegiado da CVM, o reconhecimento do ilícito administrativo pela CVM corrobora a existência de indícios de autoria e materialidade de que a DGF, por meio de seu representante, também praticou crime de Sonegação de Informação, tipificado no art. 6º da Lei nº 7.492/1986:

Art. 6º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

- h. nesse sentido, de acordo com o artigo 109, inciso III, do Código Penal, a prescrição penal da pretensão punitiva, baseada no tempo máximo da privação de liberdade do crime do art. 6º da Lei 7.492/86, seria de 12 (doze) anos;
- i. dessa forma, se adotarmos o marco temporal fixado pela deliberação do Colegiado da CVM (ou seja, a data de 25.05.2010, primeiro dia posterior à data da condenação em segunda instância do Sr. [REDACTED] na Justiça Federal), a prescrição da pretensão punitiva da CVM na presente Representação ocorreria somente em 25.05.2022, ou seja, ainda não estaria prescrita;
- j. se não bastasse o exposto, além da nítida correlação entre os fatos investigados pelo MPF e a representação dos Cotistas, o que, por si só, já ensejaria a incidência da prescrição administrativa pelo prazo previsto na lei penal, a existência do PIC também atrai a aplicação da interrupção da prescrição no âmbito administrativo, conforme prevê o artigo 2º, II, da Lei nº 9.873/99, diante do ato inequívoco de apuração do fato;
- k. portanto, resta clara a nítida contradição do acórdão e a necessidade de aplicação do artigo 1º, §2º, da Lei nº 9.873/99, e, ainda que subsidiariamente, do artigo 2º, II, do mesmo diploma, razão pela qual não há que se falar em ocorrência de prescrição administrativa ao presente caso;
- l. além do anteriormente exposto e fundamentado, ainda que o Colegiado da CVM não entenda pela aplicação da prescrição prevista na lei penal ou mesmo pela interrupção do prazo prescricional pela existência do ato inequívoco, o que não se acredita, faz-se necessário compreender o caráter permanente da infração cometida pela DGF, aplicando-se, portanto, a parte final do artigo 1º da Lei 9.873/99, que assim dispõe:

art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado;

- m. em que pese o entendimento do Colegiado da CVM de que a irregularidade cometida é omissiva e instantânea de efeitos permanentes, a conclusão não merece prosperar. Para tanto, traz-se, por analogia, o ilícito inculcado no artigo 6º da Lei 7.492/86, que dispõe que comete ilícito quem induz ou mantém em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente à operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente;
- n. este é o caso dos autos. Ora, ao deixar de informar, de forma reiterada, a condição de pessoa chave da DGF Investimentos, que foi condenada em segunda instância pelo crime de gestão

fraudulenta, a irregularidade cometida se torna de caráter comissivo e permanente, cuja consumação se prolonga no tempo – a cada reunião, relatório, proposta, deliberação – o que altera substancialmente o marco temporal para a contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva da CVM. Sob este prisma, a irregularidade somente cessou quando do conhecimento pelos Cotistas, ocorrida em 17 de setembro de 2018 (data da conclusão da auditoria forense), e não da data da saída do Sr. [REDACTED] do Fundo;

- o. importante pontuar que o crime de Sonegação de Informação apresenta duas condutas típicas distintas, quais sejam: “induzir” ou “manter em erro”; que podem ser praticadas de dois modos/ formas diferentes, quais sejam: “sonegar a informação” ou “prestá-la falsamente”;
- p. nesse sentido, se a conduta do agente foi de manter a vítima no erro, por meio da sonegação de informação, verifica-se que nesta figura o crime é cometido por conduta comissiva, pois o agente agiu positivamente;
- q. assim, trazendo por analogia a lei penal ao âmbito administrativo, conclui-se que a conduta irregular praticada pela DGF Investimentos no FIP Terra Viva apresenta característica de infração permanente (e não só os seus efeitos), que perdura no tempo durante o período em que deixou de ser informada adequadamente aos cotistas sobre a existência da condenação criminal do sócio e principal Diretor da Administradora e Gestora do Fundo, o que somente cessou quando do resultado da auditoria contratada pelos cotistas;
- r. portanto, a Decisão do Colegiado merece reforma, já que o marco temporal para a contagem do prazo prescricional para a ação punitiva da Administração Pública deverá ser considerado como 17 de setembro de 2018. Logo, ainda que se considere o prazo prescricional de cinco anos, a pretensão punitiva estatal não estaria prescrita.
- s. vale salientar que a decisão ora impugnada mostra-se, sob outro aspecto, equivocada e contraditória. Isso porque, conforme reconhece a SIN e o Colegiado, caberia abertura de processo administrativo sancionador em face da DGF pela ausência de divulgação de informação relevante aos Cotistas e, ao mesmo tempo, consideram que está prescrita a pretensão punitiva da CVM, computando o prazo administrativo de 5 anos do dia seguinte ao da publicação do acórdão que majorou a pena do Sr. [REDACTED];
- t. ora, se a irregularidade decorreu da ausência de divulgação de informações relevantes ao Fundo e ao mercado, não há como se exigir dos Cotistas o conhecimento do fato a partir do dia seguinte ao da publicação da condenação, tampouco que a Representação fosse formulada a partir dessa data, até porque não há qualquer disposição legal que impute aos Cotistas a obrigação de monitorar ações judiciais de terceiros;
- u. pelo contrário. A obrigação legal e contratual é única e exclusiva da DGF Investimentos, enquanto gestora e administradora do Fundo, de dar conhecimento de fatos relevantes, o que, conforme foi reconhecido por essa CVM, não o fez;
- v. frise-se que a teoria da *actio nata* tem sido amplamente admitida no direito pátrio, inclusive pela própria CVM, conforme se depreende de trecho de decisão prolatada por essa Autarquia:

“(…) De fato, conforme esta Procuradoria já manifestou, na qualidade de amicus curiae nos autos da ação 024.10.125.938-0 (Parecer PFE-CVM/n.º005/2001, de 27.5.2001, Procuradora Federal Dr.ª Lina Maria Continelli), corolário da aplicação do princípio da actio nata é que o prazo prescricional da ação do depositante contra o depositário só começa a correr quando da extinção do contrato de depósito” (Processo Administrativo CVM RJ2014/9881. Reg. Col. n.º 0886/17. Relator: Presidente Marcelo Barbosa);

- w. diante disso, estamos claramente diante da necessidade de aplicação da teoria da *actio nata*, que determina que o início da prescrição seja contado quando do conhecimento do fato. No caso dos Cotistas ora Requerentes, o conhecimento da irregularidade se deu somente após o resultado da auditoria forense realizada no Fundo, em 17 de setembro de 2018, o que afasta, por mais um motivo, a prescrição da pretensão punitiva administrativa; e
- x. portanto, diante de todo o exposto, os Recorrentes requerem a reconsideração da Deliberação do Colegiado dessa CVM, ocorrida em 14.12.2021, para que, seja afastada a prescrição da pretensão punitiva da CVM, para possibilitar a abertura de competente processo

administrativo sancionador em face da DGF Investimentos, em razão das irregularidades praticadas no FIP Terra Viva consistentes na falta do dever de diligência e na ausência de divulgação de fato relevante aos Cotistas do Fundo.

40. Além disso, os Recorrentes protocolaram na CVM, na mesma data, em caráter sigiloso o PIC nº 1.16.000.002188/2019-23 (SEI nº 1438167, 1438169 e 1438170).

X. Nova Manifestação da PFE

41. A SIN encaminhou, em 03.05.2022, o Ofício Interno nº 52/2022/CVM/SIN/GIFI (SEI nº 1488617), solicitando que a PFE se manifestasse sobre o tema "Aplicação da *"Teoria Actio Nata"* trazidas pelos Recorrentes no âmbito do pedido de reconsideração.
42. A PFE apresentou sua manifestação (SEI nº 1667090), em 13.12.2022, com as seguintes alegações, em resumo:

- a. no caso em análise, não estamos tratando de questões referentes ao instituto de direito e processo civil, como situações de responsabilidade civil, seja contratual, como extracontratual, envolvendo o Estado ou particular. Estamos tratando de questões atinentes ao Processo Administrativo Sancionador na Autarquia Pública Federal CVM;
- b. como bem esclarece Maria Silvia Di Pietro in Direito Administrativo, 33ª Edição revista, atualizada e ampliada, Editora Forense e Gen: "Na aplicação das sanções de polícia, a Lei nº 9.873, de 23-11-99, alterada pela Lei nº 11.941, de 27-5-09, estabelece o prazo de prescrição de cinco anos, passível de interrupção e suspensão nos casos expressamente previstos. Essa lei somente se aplica à esfera federal";
- c. com relação à Administração Pública Federal, especialmente nos Processos Administrativos Sancionadores, há normativo legal específico que rege a matéria de prescrição. A Lei nº 9.873, de 23/11/99, estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, excetuados apenas, conforme disposto no artigo 5º, às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária;
- d. desta forma, como há regramento específico de prescrição, exclui-se normas gerais, incluindo-se, aqui, a teoria da actio nata. Vejamos o que afirma o artigo 1º, caput, da Lei 9.873/99, in verbis:

Art. 1º . Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, **contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.** (grifo nosso)

- e. por todo o exposto, observa-se que as alegações trazidas pelos Recorrentes, de que no caso em análise, deve-se utilizar a prescrição actio nata, na qual o prazo prescricional começa a contar a partir do conhecimento do ato, não deve prosperar;
- f. é claro, conforme verificado, que a prescrição da pretensão punitiva da CVM, no processo administrativo sancionador, por ter lei específica disciplinando a matéria, deve-se seguir o que a Lei nº 9.873/99 estabelece como início do prazo. Vale dizer, dessa forma, que a prescrição punitiva da CVM tem como início do prazo prescricional de 5 anos, a data da prática do ato ou, no dia em que tiver cessada a infração, no caso da infração ser permanente ou continuada;
- g. concluindo para o exercício do poder de polícia da CVM, a prescrição da prescrição punitiva, nos processos administrativos sancionadores, deve ser contada da data do fato/ato ou quando tiver cessada a infração continuada ou permanente, e não da data do conhecimento do fato/ato.

XI. Análise pela SIN do Pedido de Reconsideração da Decisão do Colegiado

43. Os Recorrentes apresentaram, em 07.02.2022, pedido de reconsideração da decisão do Colegiado, nos termos do artigo 11 da Resolução CVM nº 46/2021.

44. O referido pedido é tempestivo, pois foi apresentado dentro do prazo de 15 dias úteis a contar de 17.01.2022, data em que tomaram conhecimento da Decisão do Colegiado da CVM.
45. Segundo os Recorrentes, a decisão do Colegiado da CVM apresenta "contradições e equívocos relevantes que devem ser, imediatamente, reconsiderados". Podemos resumir os argumentos dos Recorrentes na defesa de que (1) o procedimento investigatório instaurado pelo MPF tem vínculo com o objeto do processo; (2) ao deixar de divulgar fato relevante, a DGF também praticou crime de Sonegação de Informação, tipificado no art. 6º da Lei nº 7.492/1986; (3) as práticas e, discussão seriam permanentes, e não instantâneas com efeitos permanentes; e (4) a contagem do prazo prescricional deveria iniciar a partir de 17.09.2018, data em que os cotistas tiveram conhecimento da referida irregularidade, baseado na teoria da *actio nata*.
46. Primeiramente, relembramos mais uma vez que as práticas sujeitas a eventuais sanções pela CVM se referem (i) a não divulgação de um fato relevante sobre atualizações do processo criminal à época em curso contra o Sr. [REDACTED], e (ii) à omissão da gestora em diligenciar no acompanhamento dessa questão.
47. Com relação ao ponto 1 citado no item 45 acima, conforme dito pelos próprios Recorrentes, a investigação em andamento aos cuidados do MPF busca averiguar eventuais crimes de gestão fraudulenta e/ou temerária nos investimentos realizados pelo FIP Terra Viva, o que não possui pertinência alguma com o que é objeto de discussão neste processo. E, apesar de insistir nessa suposta correlação entre os casos, na verdade os Recorrentes nada trazem de concreto que permita inferir algo da espécie.
48. Assim, esse ponto, que aliás já foi controvertido e discutido à exaustão no âmbito do recurso original, só nos levam à conclusão de que os Recorrentes malversaram o uso do instituto da reconsideração para, aqui, apenas tentar rediscutir um mérito já analisado antes, sem demonstrar de efetivo qualquer erro, omissão, obscuridade ou contradição na deliberação original do Colegiado.
49. Também não vislumbramos de forma alguma a aplicação do crime de Sonegação de Informação, tipificado no art. 6º da Lei nº 7.492/1986 à infração de não divulgação de fato relevante, descrita no art. 31 da Instrução CVM nº 391/03. Seja porque o tipo penal prevê um elemento objetivo ("relativamente a operação ou situação financeira", no caso, do FIP) que não se vislumbra aqui. Seja, de outro lado, porque os tipos penais, em regra, exigem a configuração do dolo (salvo quando expressamente disposto na lei de forma diversa), quando, aqui, toda a discussão gira em torno de uma conduta omissiva de natureza culposa. E, não custa lembrar também, parece o pedido de reconsideração aqui inovar ao trazer argumentos novos não citados no recurso, o que soa inadequado ao instituto do pedido de reconsideração, pois na prática o recorrente vem agora solicitar que se reconsidere algo que sequer foi considerado na origem. E, como conclusão óbvia, também aqui nenhum erro, omissão, obscuridade ou contradição foi sequer citado.
50. Sobre as argumentações que a falta de divulgação fato relevante e a de dever de diligência seriam de caráter comissivo e permanente, devido a condenação em segunda instância pelo crime de gestão fraudulenta, em relação à falta de diligência os recorrentes parecem não ter se atentado ao teor da Decisão de Colegiado na época, que já se alinhou a esse entendimento, em discordância da manifestação original de SIN e PFE. Mas, mesmo em relação à omissão na divulgação de fato relevante, para a qual o Colegiado concordou com a natureza instantânea da infração, os recorrentes nada trouxeram de concreto que pudesse alterar a convicção da CVM a respeito, quanto menos ainda, algum erro, omissão ou obscuridade na decisão a esse respeito. De toda forma e vale lembrar, como também citado naquela decisão, essa mudança de entendimento não tem o condão de alterar a correção da decisão de arquivamento da SIN do processo, pois o caso continua prescrito mesmo considerando como permanente a infração relativa à falta de dever de diligência da gestora.
51. Por fim, no que se refere ao início da contagem prescricional a partir de 17.09.2018, por ser a data em que os Recorrentes tiveram conhecimento da referida irregularidade, entendemos que também aqui não se identifica ou sequer se aponta qualquer erro, omissão, obscuridade ou contradição na decisão original de Colegiado. Na verdade, o pedido de reconsideração neste aspecto sequer menciona nesse ponto o fundamento que levou à manifestação da SIN e à decisão do Colegiado na contagem do prazo.
52. Esse fundamento, apenas para lembrar, foi a saída do Sr. [REDACTED] da função que exercia no âmbito do Fundo em dezembro de 2015, o que descaracterizou a condenação

criminal imposta a ele como um fato relevante (já que, nos termos do próprio recurso, essa informação, que passou a ser impertinente para o fundo e seus cotistas a partir de então, já não teria mais "o condão de influenciar cotistas em sua decisão de manter ou alienar suas cotas"). Por consequência, também não haveria mais como se falar em qualquer tipo de omissão da gestora em suas diligências sobre a situação.

53. Assim - e como também já defendido antes - a irregularidade cessou em dezembro de 2015, ainda que por perecimento do objeto tutelado pela regulamentação da CVM no caso, não fazendo qualquer sentido que a contagem do prazo prescricional se inicie em qualquer data após isso, à luz do disposto na Lei nº 9.873.
54. Parece, nesse contexto, inapropriado que se traga à discussão o princípio do *actio nata*, que, segundo os Recorrentes, exigiria que a contagem se iniciasse a partir do conhecimento, por eles, da omissão verificada. Embora seja princípio consagrado no direito, em particular na esfera civil e inclusive positivado para alguns casos (como nas relações consumeristas, cf. art. 27 do CDC), não se pode perder de perspectiva que, na prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública por irregularidades cometidas por seus regulados, os supostos prejudicados ou reclamantes não são os titulares do direito de agir mitigado pela prescrição legal prevista na Lei nº 9.873, mas sim, a própria CVM, enquanto no exercício de seus deveres de fiscalização para assecuração da normalidade e regularidade de funcionamento do mercado de capitais.
55. Relembrada essa questão, fica nítido o despropósito de se aplicar, à prescrição punitiva da CVM, um princípio como o da *actio nata*. Afinal, se assim fosse, a contagem desse prazo prescricional se iniciaria sempre a partir da data em que a CVM tomasse ciência de uma dada irregularidade, tornando inócua e sem aplicação a previsão legal de que ela deveria ser contada "da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado" (art. 1º da Lei nº 9.873).
56. a PFE, em sua manifestação descrita nos itens 41 e 42 acima, também entende que no exercício do poder de polícia da CVM, a prescrição da prescrição punitiva, nos processos administrativos sancionadores, deve ser contada da data do fato/ato ou quando tiver cessada a infração continuada ou permanente, e não da data do conhecimento do fato/ato.
57. Por último mas não menos importante, não custa observar que, aqui também, os recorrentes inovam no pedido de reconsideração, trazendo outros argumentos sobre uma mesma situação de fato já tratada pela decisão de Colegiado, de forma que solicitam ao Colegiado, por via indevida, que reconsidere algo que sequer foi considerado na decisão original.
58. Desse modo, não identificamos no pedido de reconsideração qualquer argumentação que comprove a existência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material ou de fato na decisão do Colegiado de 14.12.2021.

XII. Conclusão

59. Por todo o exposto, proponho o indeferimento do pedido de reconsideração e a submissão do referido pleito ao Colegiado da CVM, com proposta de relatoria por parte desta SIN/GIFI.

Atenciosamente,

Alexandre Pinheiro Machado

Analista da Gerencia de Acompanhamento de Fundos - GIFI

De acordo. À GIFI.

Marco Antonio Velloso de Souza

Gerente de Acompanhamento de Fundos - GIFI

De acordo,

Ao SGE,

Daniel Walter Maeda Bernardo

Superintendente de Supervisão de Investidores Institucionais - SIN



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Machado, Analista**, em 20/12/2022, às 22:22, com fundamento no art. 6º do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Marco Antonio Velloso de Souza, Gerente**, em 21/12/2022, às 10:53, com fundamento no art. 6º do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Daniel Walter Maeda Bernardo, Superintendente**, em 22/12/2022, às 17:23, com fundamento no art. 6º do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.
