



BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA
Advogados

Previdência Complementar

Instrução SPC nº 26/2008

A Aplicação da Diretiva do Know Your Costumer – Cuidados Operacionais Necessários para as EFPC

A Instrução SPC nº 26, de 1º de setembro de 2008 (“Instrução 26”), estabelece as orientações e procedimentos a serem adotados pelas entidades de fechadas de previdência complementar (“EFPC”), visando prevenir e combater os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores previstos na Lei nº 9.613/1998. Essa Instrução também se volta para acompanhar as operações realizadas com os clientes (assim definidos – art. 2º, II – como os “participantes, beneficiários e assistidos”), sobretudo aqueles identificados como pessoas politicamente expostas (“PPE”).

A Instrução 26 vem operacionalizar a legislação própria – Lei nº 9.613/1998, a qual é decorrente de tratados internacionais. A referida norma está centrada no princípio aplicável originalmente às instituições financeiras e conhecido como **know your costumer**. Ou seja, o Estado admite a sua limitada capacidade de controle sobre as milhões de operações financeiras feitas a cada dia, determinando que os particulares envolvidos o façam. E, caso alguma operação seja considerada pelo particular como “fora da normalidade”, o mesmo deverá reportar-se às autoridades competentes.

A nova norma traz definições de caráter genérico, forma normalmente utilizada no sistema da **common law**. Assim, a leitura inicial de algumas definições – como “pessoa de seu relacionamento próximo” (art. 2º, III, in fine) – pode parecer de difícil identificação. Contudo, mesmo nos sistemas romano-germânicos, como o nosso, cada vez mais, vem-se convivendo com regras dessa natureza. O relevante é considerar que as definições que trazem conceitos abrangentes devem ser tomadas dentro de um padrão de razoabilidade próprio de qualquer norma jurídica, ponderando entre meios e fins.

A Instrução 26 estabelece novas obrigações para as EFPC, tais como: (i) registrar todas as operações ativas e passivas que realizar; identificando as pessoas físicas ou jurídicas com as quais estabeleça qualquer relação jurídica cujo valor seja igual ou superior a R\$10.000,00 no mesmo mês-calendário; (ii) comunicar à SPC as operações realizadas com um mesmo cliente, em valor igual ou superior a R\$50.000,00, no mesmo mês-calendário; e (iii) comunicar operações ou propostas de operações suspeitas ou com características de crime tipificado na lei de lavagem de dinheiro.

No que toca às PPE – agentes que tenham desempenhado função pública relevante no Brasil ou no exterior nos últimos 5 anos – é importante destacar que a sua conceituação tem uma definição ampla, abrangendo também os



BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA
Advogados

“seus representantes, familiares e outras pessoas de seu relacionamento próximo”. Dessa forma, as EFPC deverão implementar novas rotinas para a melhor identificação de seus clientes, sobretudo com vistas a identificar aqueles classificados como PPE e as pessoas de suas relações. Como não há um critério específico para a identificação dessas PPE, as EFPC deverão remeter questionários periódicos com indagações objetivas a seus participantes e assistidos, de forma a aferir-lhes a sua condição (ou não) de PPE ou de pessoas de sua relação.

A Instrução 26 determina ainda que as EFPC adaptem as suas estruturas internas no prazo de 90 dias contados de sua publicação (art. 16, § 1º). Todavia, não indica medidas operacionais obrigatórias que devam ser adotadas, ficando a critério de cada EFPC definir os procedimentos que julgar necessários e aderentes à sua estrutura e ao grupo de clientes abrangidos para a consecução do objetivo da Instrução.

As EFPC deverão estar atentas à necessidade de manutenção e atualização dos seus cadastros, base para “conhecer o seu cliente”. Para aquelas entidades que compartilham a base de dados de seus patrocinadores, deverão ser adotadas medidas para que sejam complementadas as informações agora exigidas pela Instrução 26. Importante ressaltar que o acesso a esse cadastro deverá se dar de forma rápida e eficiente, sobretudo à vista do prazo de 24 horas estabelecido no art. 11 da Instrução 26.

Outro ponto que merece especial atenção das EFPC, a fim de que não fiquem expostas a eventuais dificuldades com a fiscalização da SPC, refere-se à obrigação de comunicar à Secretaria as operações de resgate, que ultrapasse os limites do inciso I do art. 11 da Instrução 26 (R\$50.000,00), pois o referido instituto não foi objeto de exceção trazido pelo seu parágrafo único, como ocorreu com o instituto da portabilidade.

A EFPC deverá também atender ao prazo trazido no art. 9º da Instrução 26, qual seja, conservar, pelo período de cinco anos, todos os registros relativos às relações jurídicas cujo valor seja igual ou superior a R\$10.000,00 no mês calendário. Além disso, deve identificar as pessoas físicas ou jurídicas com as quais tenha operado nesse patamar. Veja-se que o período de cinco anos deverá ser contado retroativamente da conclusão da operação ou da extinção da relação jurídica. Ao que parece, no que tange a este último caso, a guarda desse registro poderá superar o prazo referido na norma, visto que a guarda deverá permanecer durante toda a relação jurídica e mais cinco anos. Entretanto, esse ponto não ficou claramente definido na Instrução 26 e portanto, deverá ser aprofundado pela SPC. Ressalta-se que, o pagamento de benefícios e outras prestações do plano de benefícios não estão excluídos dessa obrigação.



BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA
Advogados

Para as EFPC que contratam prestadores de serviços, inclusive gestor de passivo, é recomendável a introdução de cláusula contratual, responsabilizando o gestor por prestar as informações que permitam à EFPC fazer as comunicações respectivas dentro do prazo determinado pela Instrução 26.

Na hipótese de descumprimento de alguns dos dispositivos da Instrução 26, há sanção para os administradores e para as EFPC. O art. 15 prevê penalidades administrativas de duas ordens: (i) as sanções contidas no art. 12 da Lei nº 9.613/1998 (para os administradores: advertência e/ou inabilitação temporária; e para as EFPC: advertência, multa e/ou cassação da autorização para operação ou funcionamento); e (ii) as aplicáveis pelo descumprimento da legislação no âmbito da previdência complementar.

Neste último caso, os tipos administrativos voltam-se para o gestor pessoa física e vêm previstos no Decreto 4.942/2003, mais especificamente no: (i) art. 82 “deixar de prestar à SPC informações contábeis, atuariais, financeiras, de investimentos ou outras previstas na regulamentação”, cuja pena é de multa no valor de R\$ 23.095,50, podendo ser cumulada com suspensão de até 60 dias; e (ii) no art. 110 “violiar quaisquer outros dispositivos das LCs nºs 108 e 109, de 2001, e dos atos normativos regulamentadores”, cuja pena é de multa de R\$ 15.397,00, podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até 180 dias ou com inabilitação pelo prazo de 2 anos até 10 anos.

Destaque-se, ainda, que a norma previu que os administradores e as EFPC não serão responsabilizados por terem deixado de atender às obrigações previstas nas Instruções SPC nºs 18/2007 e 20/2008, que tratavam do mesmo tema e mostraram-se inadequadas. Contudo, a Instrução 26 ficou silente em relação à Instrução Normativa SPC nº 22/1999, que determinava a adoção de procedimentos similares desde aquela época. Nesse caso, entendemos que, no período de vigência da Instrução Normativa SPC nº 22/1999 até a publicação da Instrução SPC nº 18/2007, qual seja, de 20.07.1999 a 11.11.2007, os administradores e as EFPC poderão ser de alguma forma instados a apresentar esclarecimentos das providências então adotadas.



BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA
Advogados

Direito Societário

A polêmica sobre a participação de sociedades estrangeiras em limitadas

O art. 1.134 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, (o “Código Civil”) tem suscitado discussões a respeito da possibilidade de sociedade estrangeira ser sócia de sociedade limitada constituída no Brasil. A polêmica gira em torno da redação desse dispositivo, o qual dispõe que: “a sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.”

Em virtude da parte final do artigo fazer referência somente à participação de sociedades estrangeiras em sociedades anônimas, há quem defenda, em uma interpretação literal, que as sociedades estrangeiras só poderiam ser sócias de sociedades limitadas mediante autorização do Poder Executivo.

A confusão decorre da inclusão no Código Civil de um capítulo para regular a sociedade estrangeira que depende de autorização para funcionar no País, com dispositivos similares aos arts. 59 a 73 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, que regulam o mesmo assunto, especificamente em relação às sociedades anônimas. Ao fazer essa inclusão, o legislador deveria ter refletido no art. 1.134 que uma sociedade estrangeira pode ser sócia de qualquer tipo de sociedade e não apenas de sociedades anônimas, como acabou constando do texto. Esse dispositivo, em nosso juízo, deve ser interpretado de forma extensiva no sentido de permitir que um sócio estrangeiro invista no capital de qualquer tipo de sociedade brasileira, independentemente da autorização do Poder Executivo, em razão dos argumentos que serão expostos abaixo.

A restrição do art. 1.134 refere-se ao funcionamento da sociedade estrangeira no País. O significado da expressão “funcionar no País” está relacionado à consecução do objeto social ou exercício da atividade econômica para a qual a sociedade foi criada. Note-se que, ao investir em sociedade brasileira, a sociedade estrangeira não está operando ou funcionando no País, mas apenas detendo participação em sociedade brasileira. Assim, a exigência de obtenção de autorização do Poder Executivo deve se restringir a sociedade estrangeira que desenvolva a sua atividade no país, inclusive por meio de filial, escritório, sucursal, agência ou loja.

Não há no Código Civil qualquer outro dispositivo que exija a autorização do Poder Executivo para um sócio estrangeiro deter participação em sociedade brasileira. Além disso, o inciso I do art. 997 do Código Civil, aplicável a todos os tipos societários brasileiros estabelece, sem fazer qualquer referência à



BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA
Advogados

autorização do Poder Executivo, que deve ser indicada a nacionalidade e sede dos sócios, de onde se depreende ser permitido que o sócio de qualquer sociedade brasileira tenha nacionalidade distinta da brasileira.

Registre-se que o próprio Departamento Nacional do Registro de Comércio (“DNRC”) em seus manuais de orientação para o registro de atos societários de sociedades anônimas e limitadas estabelece os documentos e informações que deverão ser apresentadas para as Juntas Comerciais nas hipóteses em que as sociedades limitadas possuem sócios estrangeiros. Finalmente, cumpre destacar que o Banco Central do Brasil (“BACEN”) regula as normas e regulamentos aplicáveis aos investimentos externos diretos detidos pelo investidor estrangeiro (pessoa física ou jurídica) em sociedades brasileiras, não fazendo qualquer distinção entre as sociedades anônimas e os demais tipos societários.

CVM exige mais informações sobre instrumentos derivativos

Diante do cenário de volatilidade nos mercados nacional e internacional e das recentes perdas reconhecidas por companhias como a Sadia, Aracruz, Embraer e Votorantim em instrumentos derivativos (decorrentes da repentina desvalorização cambial), a CVM editou em 17.10.08 a Deliberação nº 550/08.

O normativo exige informações mais abrangentes e detalhadas sobre os instrumentos financeiros derivativos detidos pelas companhias abertas, já a partir do 3º ITR deste ano. A Deliberação complementa a Instrução nº 235/95, que disciplina a prestação de informações sobre instrumentos financeiros em nota explicativa às demonstrações financeiras.

As companhias que já entregaram o 3º ITR deverão reapresentá-lo com as adaptações exigidas pela Deliberação nº 550/08 até o dia 14.11.2008. Com a medida, a CVM pretende garantir a disponibilização de informações mais objetivas e completas acerca da existência de eventual exposição a riscos financeiros por parte das companhias, bem como dos reflexos que poderão advir dessa exposição.

A Deliberação traz ainda uma recomendação no sentido de que as companhias divulguem análises de sensibilidade de suas posições em instrumentos derivativos, inclusive identificando três cenários que possam gerar resultados adversos. Desse modo, seriam fornecidos aos acionistas e ao mercado referenciais concretos para a avaliação do risco trazido pelas posições assumidas.



BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA
Advogados

A Instrução CVM no. 471/08 e o Convênio firmado entre CVM e ANBID

A CVM - Comissão de Valores Mobiliários - editou no dia 08/08/2008, a Instrução CVM no. 471, que regula o procedimento simplificado para registro de ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários. O objetivo da nova instrução é criar um meio mais célere para a análise desses pedidos, por meio de convênios firmados com as entidades auto-reguladoras.

Poderão ser registradas, mediante procedimento simplificado, as ofertas públicas de valores mobiliários de emissão: (i) de companhias abertas; (ii) fundos de investimento; e (iii) companhias estrangeiras ou assemelhadas que sejam patrocinadoras de programas de BDR's.

Ressalte-se que o registro da primeira oferta pública de distribuição de ações, certificados de depósito de ações, BDR's ou quaisquer outros valores mobiliários que confirmam ao titular o direito de adquirir ações ou BDR's, em consequência de sua conversão ou do exercício dos direitos que lhes são inerentes, não poderão ser objeto de procedimento simplificado.

Visando dar efetividade ao procedimento recém inaugurado, em 20/08/2008 foi celebrado um convênio entre a CVM e a Associação Nacional dos Bancos de Investimentos ("ANBID"), pelo qual esta entidade assume a incumbência de realizar o exame prévio dos pedidos de registro de ofertas públicas de distribuição. Segundo a CVM, o convênio compreende tanto a análise dos pedidos de registro, quanto os de dispensa de requisitos.

Cumprir destacar que a adoção do referido procedimento simplificado é uma faculdade concedida às instituições ofertantes, que podem optar por seguir o procedimento normal de registro de oferta pública de valores mobiliários, estabelecido principalmente pela Instrução CVM nº 400/03.

É importante ressaltar que caso algum ofertante venha a utilizar o procedimento de registro simplificado junto à ANBID, ele deverá cumprir, além das regras emanadas pela CVM, as normas estabelecidas pela própria ANBID, através de seu Código de Auto-Regulação, e demais regras correlatas.

No caso de pedido de registro simplificado realizado junto à ANBID, essa ficará encarregada de fazer uma análise prévia dos documentos apresentados e elaborar um relatório técnico que será encaminhado à CVM, com a sua recomendação de deferimento ou não do pedido de registro. Nesse caso, a CVM terá o prazo de 7 (sete) dias úteis para análise do pedido de registro.



BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA
Advogados

Note-se que, a princípio, esse procedimento simplificado será mais ágil do que o procedimento ordinário de registro de oferta pública estabelecido pela Instrução CVM nº 400/03, uma vez que a CVM terá prazo de 7 (sete) dias úteis para a análise dos documentos apresentados, enquanto que pela regra ordinária, o prazo de manifestação da Autarquia é de 20 (vinte) dias úteis.

No entanto, é preciso observar que a entidade auto-reguladora deverá realizar a análise da documentação de forma célere, a fim de que não fique inviabilizada a utilização desse procedimento simplificado.

Escritórios

Rua Joaquim Floriano, 100
16º Andar – Itaim Bibi
São Paulo - SP
CEP: 04534-000
Tel.: (11) 2198-2800
Fax: (11) 2198-2849

Av. Rio Branco, 110
39º e 40º Andar – Centro
Rio de Janeiro - RJ
CEP: 20040-001
Tel.: (21) 3861-5800
Fax: (21) 2224-2139

SAS Quadra 5 – Bl K - Sala 302
Ed. Office Tower
Setor Autarquias Sul
Brasília – DF
CEP: 70070-050
Tel.: (61) 3226-3035 /
3224-0168 / 3223-4108 /
3223-7701

www.bocater.com.br

O conteúdo da Newsletter de BCCS é simplesmente informativo, não devendo ser entendido como opinião legal. Quaisquer esclarecimentos sobre as matérias aqui expostas devem ser solicitados formalmente aos advogados de BCCS