

INTERESSADO: Banco Opportunity S/A

ASSUNTO: Recurso contra decisão da SFI

RELATORA: Diretora Norma Jonssen Parente

V O T O

I – OS FATOS

1. Trata-se de recurso contra decisão da SFI que negou provimento ao pedido de cópia integral dos autos de inquérito administrativo em fase investigativa que precede o processo administrativo propriamente dito.
2. O recorrente fundamentou seu recurso:
 - a) na Lei nº 9.784/99, artigo 3º, inciso II, que garante aos administrados o direito de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenham interesse, ter vista dos autos e obter cópia de documentos, esclarecendo que o próprio Colegiado utiliza tal lei;
 - b) na Constituição Federal, incisos XXXIII e LX do artigo 5º, que garante acesso a todos de receber informações de seu interesse dos órgãos públicos;
 - c) no Estatuto da OAB, artigo 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, que assegura aos advogados o direito de examinar os autos em qualquer repartição policial;
 e alega, ainda, que não haveria qualquer disposição expressa contrária na Lei nº 6.385/76 e que o sigilo se restringiria apenas àqueles que não têm interesse no procedimento, ou seja, o público em geral, contrariando, inclusive, a Constituição Federal.
3. Informa, ainda, a SFI que o requerente, independente da negativa ao seu requerimento de cópia, enviou as informações e documentos solicitados, tendo posteriormente apresentado o recurso.
4. Apesar de o recurso ter perdido o objeto, é oportuno informar que o pedido foi negado pela área técnica, após ouvida a PJU, uma vez que os processos administrativos sancionadores da CVM se regem pelo artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei nº 6.385/76, que assegura o sigilo na fase investigativa inicial, sendo a Lei nº 9.784/99 aplicada apenas subsidiariamente e no que não for a ela contrária (art. 69). Dessa forma, a discussão tem apenas efeito para o caso em tese.

II – O DIREITO

Da Publicidade dos Atos Administrativos

5. A publicidade dos atos administrativos é própria do regime democrático já que o poder deve ser exercido em nome do povo, o seu verdadeiro detentor. É necessário garantir que o Estado, que se manifesta através do poder legislativo, executivo e judiciário, exerça sua atividade com plena transparência para que os administrados possam fiscalizá-la.
6. A regra, portanto, é a publicidade e vem insculpida nos incisos XXXIII e LX do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõem:

"Art. 5º.

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

.....

XL – a lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem;"
7. A publicidade, em regra destinada especificamente à Administração Pública, também está prevista no artigo 37 da Constituição Federal, que diz:

"Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência ...":
8. Como se observa, é da essência da Constituição garantir às pessoas não só o acesso às informações dos órgãos públicos como também aos atos processuais, admitindo, contudo, a restrição à publicidade que deverá ser estabelecida por lei quando o interesse público, do Estado ou dos indivíduos for afetado.
9. A respeito do princípio da publicidade que rege os atos administrativos é oportuno verificar o que diz Celso Antônio Bandeira de Mello ⁽¹⁾:

"37. (e) Princípio da publicidade, aliás expressamente previsto e reportado à Administração direta, indireta ou fundacional no art. 37, caput, da Constituição. Deveras, se os interesses públicos são indisponíveis, se são interesses de toda a coletividade, os atos emitidos a título de implementá-los não de ser exibidos em público. O povo precisa conhecê-los, pois este é o direito mínimo que assiste a quem é a verdadeira fonte de todos os poderes, consoante dispõe o art. 1º, parágrafo único, da Constituição do País. O princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida." (grifou-se)
10. E mais adiante o mesmo autor complementa ⁽²⁾:

"23. Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida." (grifou-se)
11. Maria Sylvia Zanella di Pietro ⁽³⁾ ao tratar do princípio da publicidade previsto na Constituição e aplicável ao processo administrativo assim se refere:

"Esse princípio, agora previsto expressamente no artigo 37, caput, da Constituição, aplica-se ao processo administrativo. Por ser pública a

atividade da Administração, os processos que ela desenvolve devem estar abertos ao acesso dos interessados.

Esse direito de acesso ao processo administrativo é mais amplo do que o de acesso ao processo judicial; neste, em regra, apenas as partes e seus defensores podem exercer o direito; naquele, qualquer pessoa é titular desse direito, desde que tenha algum interesse atingido por ato constante do processo ou que atue na defesa do interesse coletivo ou geral, no exercício do direito à informação assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição.

É evidente que o direito de acesso não pode ser exercido abusivamente, sob pena de tumultuar o andamento dos serviços públicos administrativos; para exercer esse direito, deve a pessoa demonstrar qual o seu interesse individual, se for o caso, ou qual o interesse coletivo que pretende defender.

O direito de acesso ao processo não se confunde com o direito de "vista", que somente é assegurado às pessoas diretamente atingidas por ato da Administração, para possibilitar o exercício de seu direito de defesa.

O direito de acesso só pode ser restringido por razões de segurança da sociedade e do Estado, hipótese em que o sigilo deve ser resguardado (art. 5º, XXXIII, da Constituição); ainda é possível restringir-se a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o **interesse social** o exigirem (art. 5º, LX)." (grifou-se)

12. Deve ser esclarecido que, no caso específico da CVM, como os interessados não têm vista do processo, não há distinção entre o direito de acesso e o direito de vista abordado acima pela autora.

13. Sobre o princípio da publicidade é bastante oportuna também a manifestação de Marcelo Harger ⁽⁴⁾:

"Verifica-se, desse modo, que a publicidade norteia toda a atividade estatal. É natural que assim o seja, pois a atividade estatal é totalmente voltada para o exterior. Não há lugar para motivações de foro íntimo comandando a atuação administrativa. Carlos Ari Sundfeld é bastante claro a esse respeito:

"A razão de ser do Estado é toda externa. Tudo que nele se passa, tudo que faz, tudo que possui, tem uma direção exterior. A finalidade de sua ação não reside jamais em algum benefício íntimo: está sempre voltado ao interesse público. E o que é interesse público? O que o ordenamento entende valioso para a coletividade (não para a pessoa estatal) e que, por isso, protege e prestigia. Assim, os beneficiários de sua atividade são sempre os particulares. Os recursos que manipula não são seus: vêm dos particulares individualmente considerados e passam a pertencer à coletividade deles. Os atos que produz estão sempre voltados aos particulares: mesmo os atos internos são mero estágio intermediário para que, a final, algo se produza em relação a eles. Em uma figura: falta ao Estado vida interior, faltam-lhe interesses pessoais íntimos. Com os indivíduos é o inverso que ocorre. Sua atividade diz com a liberdade, com a realização de valores íntimos. Por isso, protege-se sua privacidade, sua correspondência é sigilosa, sua casa é inviolável (CF, art. 5º, incs. X, XI e XII). Como o Estado jamais maneja interesses, poderes ou direito íntimos, tem o dever da mais absoluta transparência". (Fundamentos de Direito Público, p. 163)" (grifou-se)

14. Em consonância, com a Constituição Federal, a Lei nº 6.385/76 disciplinou no âmbito do mercado de capitais a questão, conforme se verifica dos dispositivos a seguir transcritos:

"Art. 8º -

§ 2º - **Serão de acesso público todos os documentos e autos de processos administrativos,** ressalvados aqueles cujo sigilo seja imprescindível para a defesa da intimidade ou do interesse social, ou cujo sigilo esteja assegurado por expressa disposição legal."

"Art. 9º

§ 3º - Quando o interesse público exigir, a Comissão poderá divulgar a instauração do procedimento investigativo a que se refere o § 2º."

.....

§ 5º As sessões de julgamento do Colegiado, no processo administrativo de que trata o inciso V deste artigo, serão públicas, podendo ser restringido o acesso de terceiros em função do interesse público envolvido."

15. Portanto, a regra geral, sem dúvida, é a publicidade dos atos praticados pela Administração Pública.

Exceção ao princípio da publicidade

16. Todavia, a Constituição Federal admite em caráter excepcional que não se dê publicidade aos atos administrativos quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, e desde que haja previsão legal.

17. Nesse sentido, o parágrafo 2º in fine do art. 8º (que ora se repete para maior clareza) e o parágrafo 2º do art. 9º da Lei nº 6.385/76 estabeleceram:

"Art. 8º -

§ 2º - **Serão de acesso público todos os documentos e autos de processos administrativos,** ressalvados aqueles cujo sigilo seja imprescindível para a defesa da intimidade ou do interesse social, ou cujo sigilo esteja assegurado por expressa disposição legal."

"Art. 9º -

§ 2º - O processo, nos casos do inciso V deste artigo, poderá ser precedido de etapa investigativa, em que será assegurado o sigilo necessário à elucidação dos fatos ou exigido pelo interesse público, e observará o procedimento fixado pela Comissão."

18. O mesmo se verifica também do artigo 46 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e tem aplicação subsidiária à CVM, ao dispor:

"Art. 46 – Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem."

19. É inquestionável que as regras aplicáveis aos processos administrativos conduzidos pela CVM estão em plena sintonia com a Constituição, admitindo, por um lado, a publicidade e, por outro, garantindo o sigilo necessário à investigação.

20. A Resolução nº 454/77 do Conselho Monetário Nacional que primeiramente disciplinou os procedimentos a serem observados nos inquéritos administrativos pela CVM seguiu esse modelo e dividiu o processo em duas fases: a primeira, investigativa, destinada a apurar os fatos e apontar os eventuais responsáveis, que está sujeita ao sigilo e a segunda, acusatória, em que é formalizada a acusação e é dada aos interessados o livre acesso aos autos e a oportunidade de apresentar a sua defesa.

21. A questão foi muito bem abordada no Parecer de Orientação CVM Nº 6 de 28.04.80 que assim concluiu:

"9. Em síntese, existe, no inquérito, simples investigação de fatos e da responsabilidade pela sua prática, se ilegais. Nada além disso, não cuidando ainda de acusação, que só surgirá no eventual processo administrativo posterior, sendo esta uma das razões porque a lei, sabiamente, determinou o sigilo das apurações realizadas pela CVM, que podem, ao final, não resultar em processo administrativo."

22. A Resolução nº 2785/2000 do Conselho Monetário Nacional, por sua vez, simplificou o procedimento dos inquéritos ao admitir que quando houver elementos de autoria e materialidade da infração suficientes será desde logo formulada a acusação, eliminando-se de vez a fase investigatória.

23. De fato, na fase investigatória, portanto, em que não há acusação e tão-somente a apuração de fatos, prevalece o silêncio como exceção ao princípio da publicidade com o objetivo de proteger a identidade do administrado e não para negar o que está sendo investigado. A CVM deve, nesse caso, assegurar o sigilo necessário à elucidação dos fatos exigido pelo interesse da sociedade.

24. Esse tem sido o entendimento tanto da doutrina como da jurisprudência como se verifica do artigo de Pedro Dutra [\(5\)](#) a seguir transcrito:

*"A doutrina e a jurisprudência sedimentaram o recorte preciso do processo preliminar, que precede o processo administrativo: **Tito Prates da Fonseca** a esse propósito observa:*

"(...) o direito administrativo, sob a denominação de inquérito ou de sindicância, distinguindo um de outro, ou tendo-os como sinônimos, estabelece um procedimento preliminar, para chegar à certeza suficiente da existência de faltas disciplinares, quando essa certeza ou forte probabilidade não exista." (in "Lições de Direito Administrativo", 1943, p. 205-206)

E Cretella Júnior:

"nessa forma preliminar, não há necessariamente defesa, porque não conclui por uma decisão contra ou em favor de pessoas, mas pela instauração do processo administrativo ou pelo arquivamento da sindicância." (in Direito Administrativo Brasileiro – Volume V – Processo Administrativo", 1962. p. 108).

A jurisprudência administrativa definiu o propósito do processo preliminar:

"O que se busca, no curso do Processo de Averiguações Preliminares, são indícios veementes que nos levem a concluir pela existência de um motivo justo para o desencadeamento do processo administrativo (Voto no Processo de Averiguações Preliminares nº 76, de 3 de março de 1978. In "Poder Econômico: exercício e abuso", José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luis Vicente de Azevedo Fransceschini, São Paulo. 1985. p. 201)

"De outro lado, o processo de averiguações preliminares é sede de uma formação de 'juízo de simples credibilidade', que eventualmente antecede um 'juízo de formação de culpa', que se desenvolve no processo administrativo." (Voto no Processo de Averiguações Preliminares nº 34, de 7 de novembro de 1972, representantes: Aníbal dos Santos Moura e Alcy dos Santos Moura, representada: Cia. Vale do Rio Doce. In DOU de 18 de dezembro de 1972, Seção I, parte I, pp. 11.354 e ss.; ob. cit. P. 203).

O mesmo entendimento tem, hoje, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"A sindicância administrativa, como o inquérito policial, são meramente informativos. Realçam fatos, circunstâncias que interessam, ou possam interessar ao processo administrativo, ou ao processo penal. Dois instantes, institutos inconfundíveis, pelo conteúdo, pela teleologia." (STJ, CG 12.12.98, Recurso em Mandado de Segurança Nº 4.144/SP – Voto-Vista. Ministro Vicente Cernicchiaro)."

25. O Código de Processo Penal, da mesma forma, também admite o sigilo necessário à elucidação dos fatos no artigo 20 ao estabelecer:

"Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade."

26. Ao comentar esse artigo, Julio Fabrini Mirabete [\(6\)](#) assim se refere sobre o sigilo:

"Deve a autoridade policial assegurar no transcorrer do inquérito o sigilo necessário à elucidação dos fatos, bem como nas hipóteses em que deva ser ele mantido no interesse da sociedade. Refere-se a lei apenas aos fatos ou circunstâncias que podem pôr em risco o sucesso das investigações, na primeira hipótese, ou quer possa causar transtornos à ordem pública, no segundo. A possibilidade de recebimento de informações dos órgãos públicos, assegurada pelo art. 5º, XXXIII, da CF, é limitada pelas exceções previstas em lei, quando "imprescindível à segurança da sociedade e do Estado."

27. Veja-se também o que diz a respeito Fernando da Costa Tourinho Filho [\(7\)](#):

"Sendo o inquérito um conjunto de diligências visando a apurar o fato infringente da norma penal e da respectiva autoria, parece óbvio deva ser cercado do sigilo necessário, sob pena de se tornar uma burla. Não se concebe investigação sem sigilação. Sem o sigilo, muitas e muitas vezes o indiciado procuraria criar obstáculos às investigações, escondendo produtos ou instrumentos do crime, afugentando testemunhas e, até, fugindo à ação policial. Embora não se trate de regra absoluta, como se entevê da leitura do art. 20, deve a Autoridade Policial empreender as investigações sem alarde, em absoluto sigilo, para evitar que a divulgação do fato criminoso possa levar desassossego à comunidade. E assim deve proceder para que a investigação não seja prejudicada. Outras vezes o sigilo é mantido visando a amparar e resguardar a sociedade, vale dizer, a paz social."

28. É inquestionável que a Administração primeiramente necessita apurar os fatos, e para isso precisa agir no silêncio, para depois formular eventuais acusações aos infratores, oportunidade em que será dado ao interessado o amplo direito de defesa.

29. Embora o sigilo seja assegurado ao indiciado e às informações detidas pela CVM, o objeto do inquérito deve se sujeitar, mesmo nesse caso, à publicidade, como afirma Pedro Dutra [\(8\)](#):

"No inquérito administrativo, o sigilo alcança a pessoa do administrado, que se acha no pólo passivo, e as informações em poder da CVM, por esta havidas à conta de sua ação fiscalizatória. Não alcança contudo o objeto do inquérito, o ato, supostamente infrativo que se apura. Ao contrário, está ele sujeito à publicidade; portanto, deve a CVM divulgar o objeto do inquérito, salvo se a divulgação prejudicar efetivamente o

curso do inquérito, ou permitir por qualquer meio a identificação do investigado."

30. Assim, pode-se concluir que enquanto no inquérito administrativo ou no processo administrativo sancionador a regra é o sigilo imprescindível à defesa da intimidade ou do interesse social assegurado por disposição legal, como no caso da CVM, e a exceção a publicidade quando o interesse público o exigir, no processo administrativo a regra é a publicidade e a exceção o sigilo, sempre em nome da segurança da sociedade e do Estado. Veja-se, portanto, que tanto o sigilo como a publicidade dos inquéritos administrativos dependem sempre do interesse público.

III - CONCLUSÃO

31. Ante o posto e com as observações acima, **VOTO** pelo arquivamento do recurso, tendo em vista que o mesmo perdeu o seu objeto, já que as partes apresentaram defesa. Conseqüentemente, como se encerraram as investigações, o processo se tornou público.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2004.

NORMA JONSSSEN PARENTE

DIRETORA-RELATORA

[\(1\)](#) In "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Editores, 1ª ed. - p. 44

[\(2\)](#) ob. cit. p. 71

[\(3\)](#) In "Direito Administrativo", Atlas, 9ª ed., São Paulo – 1998 - p. 399

[\(4\)](#) In "Princípios Constitucionais do Processo Administrativo", Ed. Forense, Rio de Janeiro – 2001 - p. 133

[\(5\)](#) In "A CVM e o Dever de Guardar Sigilo", Revista da CVM Nº 34/Janeiro de 2002 – pp. 42/43

[\(6\)](#) In "Código de Processo Penal Interpretado", Ed. Atlas, 9ª ed. – São Paulo – 2002 - p.129

[\(7\)](#) In "Código de Processo Penal Comentado", Saraiva, vol. 1, 5ª ed. – São Paulo – 1999 - p. 64

[\(8\)](#) In Revista citada p. 45