

Para: EXE

MEMO/CVM/SPS/Nº 34/10

De: SPS

Data: 05.04.10

Assunto: RECURSO CONTRA DECISÃO DA SPS – PEDIDO DE VISTA E CÓPIA INTEGRAL – BANCO MERCANTIL DO BRASIL S.A. – PAS 04/2009

Senhora Secretária Executiva,

Conforme entendimentos com a PFE, vimos encaminhar o anexo **Recurso ao Colegiado** contra a decisão da SPS que deferiu parcialmente, por meio do OFÍCIO/CVM/SPS/Nº 071/10, de 11.03.10, solicitação formulada pelo BANCO MERCANTIL DO BRASIL S.A. para vista e fornecimento de cópia integral dos autos em epígrafe.

O referido Recurso foi encaminhado para análise pela PFE, que opinou, com base nos fundamentos constantes do ora anexado MEMO/PFE-CVM/GJU-4/Nº 40/10, no sentido do não acolhimento do Recurso.

Tendo analisado o Recurso na forma do disposto no item III da Deliberação CVM nº 463/2003, mantenho, pelos seus jurídicos e suficientes fundamentos, a decisão anterior de indeferimento do pedido de vista e cópia integral, conforme o ofício já citado e em linha com as razões jurídicas manifestadas pela PFE.

Atenciosamente,

Fábio Eduardo Galvão Ferreira costa

Superintendente de Processos Sancionadores

PARA: SPS Memo/PFE-cvm/GJU-4/nº 040/2010

De: GJU-4 Data: 05/04/2010

Assunto: recurso administrativo. pedido de vistas.

Referência: inquérito administrativo nº 04/2009.

Senhor Superintendente de Processos Sancionadores

Trata-se de Recurso Administrativo, por meio do qual o Banco Mercantil do Brasil S/A (BMB S/A ou Recorrente) requer seja reformada a r. decisão da Superintendência de Processos Sancionadores (SPS) que, após específica manifestação desta Procuradoria Federal Especializada (PFE), deferiu parcialmente o pedido de vista então formulado, pelo fato de haver nos autos documentos e informações resguardados pelo sigilo de que trata o § 2º do art. 9º da Lei nº 6.385/76.

O Recorrente fundamenta seu pleito, principalmente, nos arts. 3º e 46 da Lei nº 9.784/99, no inciso XV do 7º da Lei nº 8.906/94, nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República e no enunciado da Súmula Vinculante de nº 14 do Pretório Excelso. Com base nestes dispositivos, o Recorrente sustenta a [suposta] inconstitucionalidade do § 2º do art. 9º da Lei nº 6.385/76.

Inicialmente, parece necessário ressaltar que, embora seja inegável a condição de "interessado" do Recorrente, na forma da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, este fato, por si só, não lhe confere direito absoluto de acesso integral aos autos, eis que a própria Lei de Processo Administrativo Federal ressalva os dados e documentos "protegidos pelo sigilo" (art. 46 da Lei nº 9.784/99).

Dito isto, cumpre afastar, desde logo, a arguição de inconstitucionalidade suscitada pelo BMB e ratificar integralmente a manifestação desta PFE, conforme MEMO/PFE-CVM/GJU-4/Nº 07, de 25 de janeiro de 2010.

Com efeito, e embora os atos e processos administrativos em geral sejam públicos (art. 37, *caput* da CRFB/88), é o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) que ressalta, como não poderia deixar de ser, que, no sistema constitucional brasileiro, não há direitos ou garantias, mesmo as fundamentais, que se revistam de caráter absoluto[1]. Razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição[2].

Nesse sentido, o § 2º do art. 9º da Lei nº 6.385/76, estabelece que o processo administrativo no âmbito da CVM poderá "ser precedido de etapa investigativa, em que **será assegurado o sigilo necessário à elucidação dos fatos ou exigido pelo interesse público**".

Recentemente, como se sabe, o STF editou a Súmula Vinculante nº 14, cujo teor enuncia:

"É direito do defensor, no interesse do representado, **ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.**"

Da simples leitura do verbete acima enunciado, é fácil depreender, inclusive por força da já mencionada jurisprudência da Corte no sentido da inexistência de direitos de caráter absoluto, que a súmula ora em comento não reconheceu, como pretende fazer crer o ora Recorrente, um direito absoluto dos advogados de acesso irrestrito aos autos e documentos de inquéritos sigilosos.

Pelo contrário. Várias restrições, ditadas pelo interesse público, podem ser observadas, a saber: (i) o advogado somente acessará os autos no interesse de seu cliente; (ii) **os elementos de prova devem dizer respeito ao direito de defesa**; (iii) **o exame restringe-se às provas já documentadas nos autos, as quais não indiquem a linha de investigação que será adotada.**

A propósito, restou muito bem delineado no acórdão[3] que aprovou a súmula vinculante em tela, que o acesso, por advogado, aos autos de inquérito policial sigiloso se dá exclusivamente no tocante a elementos nele contidos e já documentados, os quais digam respeito ao direito de defesa de seu cliente, tendo sido esclarecido, ainda, que **será possível negar acesso no caso de quaisquer despachos ou outros elementos que, se divulgados, possam prejudicar a investigação, o que inclui elementos decorrentes de diligências já realizadas e documentadas, mas cujo conhecimento possa indicar medidas que ainda serão adotadas.**

Nesse diapasão, importa transcrever os seguintes e relevantes trechos dos votos proferidos pelos Exmos. Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso:

**O Senhor Ministro Carlos Britto :**

"... a **redação da súmula deve encerrar, encarnar um mandado de otimização** . Ela deve ter a virtude de consubstanciar um verdadeiro mandado de otimização ou de conciliação entre esses princípios igualmente constitucionais. **De uma parte, falemos de princípio da ampla defesa; de outra parte, o princípio da justiça penal eficaz**".

**O Senhor Ministro Cezar Peluso:**

"... penso que, de certo modo – não pelo fato de ter sido eu o Redator -, **essa ementa responde às preocupações do Ministro Carlos Britto e da douta Procuradoria.**

O que ficou muito claro, não apenas no meu voto condutor naquele *habeas corpus*, mas também em outros, é que **duas coisas devem ser distinguidas nos inquéritos policiais: uma coisa são os elementos de prova já documentados.** Quanto a estes elementos de prova já documentados, não encontro modo de restringir o direito dos advogados em defesa dos interesses do cliente envolvido nas investigações. **Outra coisa são todos os demais movimentos, atos, ações e diligências da autoridade policial que também compõem o inquérito. A autoridade policial pode, por exemplo, proferir despacho que determine certas diligências cujo conhecimento pode frustrá-las; a esses despachos, a essas diligências, o advogados não tem direito de acesso prévio, porque seria concorrer com a autoridade policial na investigação e, evidentemente, inviabiliza-la.** Por isso, da ementa consta textualmente: "ter acesso amplo aos elementos que, já documentados". Isto é, elementos de prova. Por isso, tal ementa, a meu ver, resguarda os interesses da investigação criminal, não apenas das diligências em andamentos, mas ainda das diligências que estão em fase de deliberação. **A autoridade policial fica autorizada a não dar ciência prévia desses dados ao advogado, a qual poderia comprometer o resultado final da investigação**".

...

"... acho que, se o Tribunal deixar absolutamente claro, na aprovação da súmula, qual é o seu alcance em relação a esses termos, não haverá dúvida nenhuma. Isto é, **as autoridades policiais continuarão autorizadas a estabelecer seu programa de investigação sem que os advogados lhe tenham acesso.** O que não poderão evitar é apenas isso, e que me parece fundamental na súmula: **os elementos de prova já coligidos, mas que não apontem para outras diligências, que não impliquem conhecimento do programa de investigação da autoridade policial, enfim que não cerceiem de nenhum modo o Estado no procedimento de investigação, esses não podem ser subtraídos do advogado** . Então, **ele terá acesso, mas evidentemente a autoridade policial está autorizada a separar os elementos de inquérito.** Por isso não me pareceu adequada a redação que faz remissão a autos de inquérito..."

"Em segundo lugar, **a afirmação do poder de acesso "aos autos de inquérito" significaria tudo aquilo que a autoridade policial está elaborando e que, de algum modo, está por escrito compondo o inquérito. Ai, sim, ficaria inviabilizada toda a possibilidade de investigação, que, evidentemente, não se faz em termos de contraditório, em que a polícia atue conjuntamente com os advogados!** Não é nada disso".

Seguindo a mesma linha de raciocínio que respaldou a edição da Súmula Vinculante 14, o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello já teve a oportunidade de julgar Reclamação na qual foi suscitada violação àquele verbete. Referida Reclamação teve seu pedido de medida liminar deferido para garantir o direito de acesso aos autos de inquérito policial no qual o Reclamante figurava como investigado.

No entanto, restou esclarecido na aludida decisão que o advogado somente poderia ter acesso "às peças que [dissessem] respeito à pessoa do seu cliente" e não "as relativas à decretação e às vicissitudes da execução das diligências em curso (...)"<sup>[4]</sup>.

Por conseguinte, constata-se que o STF não reconheceu um direito absoluto de acesso irrestrito aos autos de inquérito sigiloso. A Suprema Corte demonstrou bastante cautela no exercício da ponderação entre a ampla defesa e a eficácia do poder-dever estatal de apuração dos ilícitos.

Sendo assim, e aplicando-se os conceitos e fundamentos da Súmula Vinculante 14 ao presente caso, tem-se por acertada a decisão da SPS que deferiu parcialmente a vista dos autos do IA 04/09, uma vez que o teor dos documentos cujo acesso foi restringido revela, de fato, a linha de investigação adotada pela SPS, em conjunto com esta PFE-CVM, na condução do inquérito em questão.

Em suma, e parafraseando o Ministro Cezar Peluso, **que não cerceiem de modo algum o Estado no exercício do seu poder de investigação** .

Por oportuno, não é demais ressaltar que o próprio STF, em recente julgado, manifestou-se pelo não cabimento de contraditório nos inquéritos administrativos conduzidos no âmbito desta Autarquia, conforme ementa abaixo transcrita:

"INQUÉRITO ADMINISTRATIVO – COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CONTRADITÓRIO. **Descabe ter-se como necessário o contraditório em inquérito administrativo. O instrumento consubstancia simples sindicância visando a, se for o caso, instaurar processo administrativo no qual observado o direito de defesa**". (RE 304.857/RJ, Relator Min. Marco Aurélio, DJE 05/02/2010)

Aliás, não se pode olvidar também que, *in casu*, não há que se falar em exercício de direito de defesa por parte do Recorrente. Isso porque o IA 04/09 foi instaurado com o objetivo de apurar a ocorrência "de eventuais irregularidades por parte de controladores e administradores do Banco Mercantil do Brasil S/A, em especial no tocante à instalação e atuação do conselho consultivo" (conforme PORTARIA/CVM/SGE/Nº 178/2009).

Não se está a apurar, portanto, a ocorrência de qualquer irregularidade [supostamente] praticada pela pessoa jurídica Banco Mercantil do Brasil S/A, ora Recorrente. O IA 04/09 destina-se tão somente a investigar supostos atos ilícitos, que teriam sido perpetrados por controladores ou administradores do BMB.

Sendo assim, é possível afirmar – também por esse prisma – a inaplicabilidade ao presente caso concreto da Súmula Vinculante nº 14, que somente assegura o acesso aos **elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa**.

Foram estas as observações consideradas pertinentes para que o D. Colegiado desta Autarquia possa proferir a decisão que lhe compete, nos termos do § 2º do art. 3º da Deliberação CVM nº 481/05.

À PFE.

Atenciosamente, em 05 de abril de 2010.

JULYA SOTTO MAYOR WELLISCH  
SUBPROCURADORA-CHEFE DA GJU-4  
MAT. CVM.: 7.001.129

[1] STF, RE 219.780-5 PE.

[2] STF, MS 23452 – RJ.

[3] Proposta de Súmula Vinculante 1-6 Distrito Federal, Relator Ministro Menezes Direito, julgada em 02/02/2009.

[4] MED. CAUT. EM RECLAMAÇÃO 7.873-6/RJ.