

Interessados: Antônio Cláudio Lage Buffara

Prática S.A. Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários

1. Trata-se de pedido de reconsideração apresentado por Prática S.A. Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários ("Corretora") e Antônio Cláudio Lage Buffara ("Diretor-Responsável") contra a decisão do Colegiado de 01.08.06, no Processo Administrativo Sancionador RJ12/2004, que rejeitou a proposta de Termo de Compromisso apresentada.

2. Em 04.10.06, o Diretor-Responsável e a Corretora apresentaram, conjuntamente, pedido de reconsideração, alegando o seguinte:

(i) seria cabível o pedido de revisão do Termo de Compromisso, tendo em vista o disposto nos arts. 53 (1) e 65(2) da Lei 9784/99, bem como o disposto pelas Súmulas 346(3) e 473 (4) do Supremo Tribunal Federal;

(ii) a ilegalidade da decisão da CVM decorreria da não observância do princípio da isonomia, pois embora na mesma reunião do colegiado tenham sido indeferidas propostas de celebração de termo de compromisso em dois processos (neste e no PAS RJ2005/9000), apenas a este último teria sido concedido o benefício da renegociação da proposta de Termo de Compromisso;

(iii) teria havido pré-julgamento pelo Colegiado, o que seria uma violação ao art. 5º, LVII da Constituição Federal e art. 11, §6º da Lei 6385/76 (e art. 4º da Deliberação 380/01), uma vez que a rejeição se deu em razão de o valor "não [ter sido] suficiente para desestimular a prática de infrações semelhantes pelos indiciados e por terceiros que estejam em posição similar à dos indiciados"; e

(iv) um fato novo não trazido aos autos até o pedido de reconsideração – alienação do controle da Corretora e novos padrões de condutas implementados na Corretora pelos novos controladores - também justificaria a celebração do termo de compromisso, pois a Corretora teria se tornado "de fato, ainda que não de direito, [em] uma nova entidade no Sistema Financeiro Nacional".

03. Após justificar o pedido de reconsideração da decisão do Colegiado, com base na ilegalidade da decisão proferida, o Diretor-Responsável e a Corretora resolveram formular uma nova proposta de celebração de termo de compromisso, oferecendo a quantia de R\$ 50.000,00, acrescida da proposta da suspensão da atuação do Diretor-Responsável no mercado de futuros pelo prazo de 3 anos.

04. A nova proposta teria sido feita considerando-se três fatos: (a) celebração de Termo de Compromisso envolvendo a Prática S.A. Corretora de Mercadorias e Alcyr Duarte Collaço Filho, no PAS SP2002/0440, no valor de R\$ 20.000,00; (b) ausência de relação dos novos sócios com as operações objeto deste processo; e (c) valor médio por compromitente nos últimos Termos de Compromisso celebrados com a CVM.

05. O Diretor-Responsável e a Corretora concluem seu "pedido de reconsideração" nos seguintes termos:

"Assim, resta cumprido nesta Nova Proposta o critério de conveniência e oportunidade não observado na Proposta Anterior, autorizando-se, desse modo, sua aceitação por essa CVM, em consonância com valores anteriormente aceitos e em nome do Princípio da Isonomia previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal" (grifos inexistentes no original).

06. Como se vê da conclusão do pedido de reconsideração, feita pelos próprios interessados, embora o pedido tenha se iniciado com fortes afirmações de cometimento de arbitrariedades e ilegalidades da CVM que, inclusive, justificariam a revisão da decisão tomada, independentemente de provocação, a proposta originalmente formulada não era, realmente, conveniente e oportuna.

07. O reconhecimento pelos interessados da inexistência de ilegalidade ou arbitrariedade quanto ao mérito da decisão originalmente tomada não aparece apenas na conclusão, mas, também, quando os interessados pleiteiam o direito – nunca negado pela CVM, por sinal – de apresentação de nova proposta de termo de compromisso. O próprio oferecimento de uma nova proposta, em termos mais satisfatórios, por si só, demonstra a aceitação, pelos interessados, de que a CVM não atuou, originalmente, ilegalmente ou arbitrariamente.

08. Já que também não se apontou erro, omissão ou contradição na decisão recorrida, não se vê motivo para reconsiderar a decisão original do Colegiado. Embora esses esclarecimentos sejam suficientes para desconsiderar os argumentos apresentados pelos interessados com relação à "reconsideração", creio ser necessário prestar outros.

09. Em primeiro lugar, quando o Colegiado determina que se verifique "junto aos proponentes o interesse em reavaliar o valor proposto, de forma a adequá-lo em consonância com outros precedentes apreciados com características essenciais semelhantes", o Colegiado não concede um favor ou um direito novo ao administrado, mas, tão somente, informa que, em termos gerais, a proposta pode ser aceita, necessitando de ajustes para que se adequem aos termos que têm sido aceitos pelo Colegiado. Em outras palavras, a proposta recusada estaria muito próxima a ser considerada conveniente e oportuna e não se justifica seu indeferimento de pronto. É, em suma, a continuação do processo de negociação que está na essência dos termos de compromisso.

10. Quando o Colegiado não procede dessa forma é porque a proposta feita está tão distante do que poderia ser aceito pelo Colegiado, que eventual negociação implicaria, apenas, dispêndio de tempo e recursos públicos escassos, sem se antever qualquer resultado útil. Nada impede, no entanto, que os proponentes façam uma nova proposta, que, então, poderá ser analisada pela CVM. É exatamente isso que foi feito pelos interessados no caso concreto (a despeito da argumentação inicial sobre ilegalidades e arbitrariedade).

11. Um segundo ponto que deve ser esclarecido, ainda com relação à ilegalidade e arbitrariedade da decisão do Colegiado, conforme argüido pelos interessados, é a argumentação de que teria havido pré-julgamento do mérito do processo administrativo sancionador quando da apreciação da proposta de celebração de termo de compromisso, uma vez que a rejeição dela foi feita utilizando-se, em sua fundamentação, o argumento de que o valor proposto seria insuficiente para desestimular a prática de infrações semelhantes.

12. Ora – raciocinam os interessados – se o Colegiado fala em desestímulo de infrações semelhantes é porque ele já analisou o mérito das acusações e já está proferindo seu julgamento, mesmo que de forma implícita, concluindo pela existência, no caso concreto, de infrações.

13. Nada mais equivocado. A apreciação de proposta de termo de compromisso é feita, via de regra, em nível abstrato. O Colegiado sempre procura auferir qual o valor ou a prestação que deve ser exigida para que um termo de compromisso com relação a uma dada imputação não venha a incentivar a prática de infrações semelhantes às imputadas. Faz-se isso, sem que se analise se o indiciado cometeu efetivamente a infração, se ele pode ser responsabilizado ou se ele poderia argüir prescrição ou algum excludente de ilicitude. Todos esses elementos de autoria e materialidade, além de outros

aspectos normativos e fáticos são analisados apenas quando do julgamento do mérito das imputações, que é quando se aprecia, também, o conjunto probatório apresentado.

14. Isso não significa que a análise da conveniência e oportunidade da celebração do termo de compromisso deve ser feita analisando apenas a imputação "em tese". É sempre necessário complementá-la com elementos concretos (por exemplo valor da operação e público atingido - quantidade de pessoas e características) de modo a ser possível adequar as exigências de conveniência e oportunidade ao processo. Nessa análise, um pouco mais concreta, ainda não se analisa o conjunto probatório, mas, tão somente, a descrição dos atingidos e dos valores envolvidos.

15. Essa etapa é essencial, em razão das condições impostas pela Lei 6.385/76 para a celebração de termos de compromissos. Por ela, é condição para a celebração do termo, a indenização dos prejudicados e a correção das irregularidades (art. 11, §5º, II). Ou seja, embora, de acordo com a Lei 6.385/76 não seja necessário fazer um juízo sobre o mérito das acusações, o Colegiado tem que analisar alguns aspectos concretos do processo para decidir sobre a legalidade, a conveniência e a oportunidade da celebração de um termo de compromisso.

16. É bem verdade que o Colegiado pode ir mais além, como já o fez, e analisar o mérito do processo administrativo com o objetivo de indeferir a proposta de termo de compromisso, quando, flagrantemente, incorre a infração imputada (ver PAS SP2003/0324). Essa análise, quando feita, será sempre em benefício do administrado.

17. Além disso, a argumentação de pré-julgamento feita pelos interessados é, de certa forma, contraditória com outro argumento apresentado pelos próprios interessados. Eles pediram, em sua nova proposta, que fosse apreciada a transferência de controle da Corretora. Esse argumento é típico de excludente de ilicitude, conforme pode se ver das decisões do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional que o aceita, que é apreciado após a análise da autoria e materialidade das infrações. Ou seja, os interessados reconhecem que, na análise da proposta de termo de compromisso, alguma análise dos fatos deve ser feita pelo Colegiado.

18. Com relação a esse argumento, que seria justificado da celebração de termo de compromisso, é de se notar que ele é de pouco proveito para a Corretora e de nenhum para o Diretor-Responsável. Para este último, a alteração de controle não produz qualquer efeito, para a Corretora, os limites desse argumento serão apreciados quando se tratar dos fundamentos apresentados pelos interessados para justificar sua nova proposta (item 24 abaixo).

19. No que se refere à nova proposta de termo de compromisso, embora ela seja uma versão melhorada da primeira proposta, ela ainda me parece inadequada e de todo inconveniente e inoportuna, pois, enquanto as operações realizadas pela Corretora totalizaram R\$ 885.840,00 e teriam resultado em um ganho fiscal de cerca de 34% disso, a proposta prevê o pagamento de, apenas, R\$50.000,00. Ou seja, para um prejuízo ao erário de aproximadamente R\$301.185, que, segundo as regras fiscais estaria sujeito a multa moratória de 20% e atualização pela Selic, desde o início de 2002, os interessados pretendem realizar um termo de compromisso pagando bem menos de 10% disso (levando em consideração a multa moratória e a atualização).

20. Parece-me que aceitar uma tal proposta é incentivar que mais infrações similares sejam cometidas, uma vez que ela permite que o infrator obtenha um ganho substancial, mesmo considerando o valor pago em contrapartida à celebração do termo de compromisso.

21. Nada impede, no entanto, que, caso não tenha havido as operações mencionadas ou se aplique algum excludente de ilicitude ou os indiciados não tenham sido os responsáveis pela operação, os indiciados sejam absolvidos, quando do julgamento do processo sancionador. Não se pode, no entanto, aceitar a proposta feita, sob pena de o termo de compromisso ser um incentivo a novas infrações.

22. Embora meu voto seja pela rejeição da proposta e os fundamentos acima sejam suficientes para sustentá-la, creio ser importante analisar as justificativas de conveniência e oportunidade da oferta apresentadas pelos interessados. A primeira delas é a existência de um termo de compromisso aceito pelo Colegiado que foi celebrado com a Prática S.A. Corretora de Mercadorias e seu diretor responsável, no PAS SP2002/0440, no valor de R\$ 20.000,00.

23. Embora essa justificativa nada agregue à conveniência e oportunidade da proposta ora analisada, é importante deixar claro que, naquele processo, os proponentes eram, tão somente, intermediários e não parte das operações, como neste caso (ou seja, naquele, não foram eles que teriam obtido o ganho fiscal, como neste caso). Adicionalmente, os indiciados que figuravam como beneficiários da redução tributária apresentaram proposta substancialmente superior (R\$ 200.000,00), que foi precedida de pagamento do valor devido, com base em denúncia espontânea, nos termos do art. 138 do Código Tributário Nacional (Ver item 5 do relatório do Comitê de Termo de Compromisso). Também por esse motivo as situações não são comparáveis.

24. O curioso da utilização dessa comparação como fundamento da nova proposta é que ele invalida a segunda justificativa - menção aos controles e sistema de governança que teriam sido implementados pelos novos controladores, o que justificaria a aceitação da proposta -, uma vez que problema similar já teria sido instaurado envolvendo sociedade do novo grupo controlador e não haveria provas de que os novos controles e sistema de governança mencionados no pedido dos interessados foram realmente implementados e seriam suficientes para justificar a celebração do termo de compromisso. Sem prejuízo, como já afirmei acima, essa questão deve ser analisada quando do julgamento do mérito e não para a celebração do termo de compromisso.

25. O terceiro argumento sobre a conveniência e oportunidade do termo de compromisso é muito peculiar. Por esse argumento, a proposta deveria ser aceita, pois estaria dentro do valor médio dos últimos termos de compromisso celebrados. Esse argumento é relevante não para se determinar conveniência e oportunidade, mas, tão somente, para averiguar se o Colegiado segue o princípio da isonomia em suas decisões.

26. Como se sabe, o princípio da isonomia depende de similitude nas situações fáticas e normativas. Embora não se saiba quais são os termos de compromisso levados em consideração no cálculo dessa média, foi apreciado pedido de reconsideração de proposta de termo de compromisso no Processo RJ2005/9000, feito pelo mesmo patrono dos interessados, em que foi utilizado argumento semelhante e os processos utilizados para o cálculo da média foram elencados. Naquele caso, não havia similitude entre os casos utilizados para a fixação da média e a situação daqueles indiciados, também não havia similitude da situação fática constante dos termos de compromisso entre si. O mesmo argumento lá utilizado para desconsiderar aquelas propostas é aplicável a este processo (ver decisão tomada na reunião de Colegiado do dia 31.10.06).

27. Neste caso, a questão é ainda mais simples, pois duas propostas de termo de compromisso já foram aceitas. A primeira feita no valor da operação, R\$ 300.500,00 (reunião de Colegiado do dia 01.08.06). A segunda no valor de R\$ 70.000,00 (reunião do Colegiado de dia 03.10.06). Apenas a primeira é comparável à situação dos indiciados, já que a segunda envolvia pessoa jurídica que, por apurar o imposto de renda com base no lucro presumido, não estava na mesma situação dos primeiros proponentes nem da Corretora. Utilizando-se o critério adotado para a aceitação da primeira proposta, os interessados deveriam oferecer a quantia de R\$885.840,00 e não de R\$50.000,00.

28. Deve-se notar que o Colegiado já discutiu outras vezes (em casos concretos e discussões em abstrato) propostas de termo de compromisso em caso similares (utilização do mercado de valores mobiliários apenas para produzir um dado resultado fiscal) e decidiu uniformizar o entendimento de que apenas propostas que prevíssem o pagamento dos tributos à Receita Federal acrescido de pagamento à CVM de 5% desse valor, caso o pagamento dos tributos sofresse a incidência de multa punitiva, ou 20%, caso o pagamento fosse feito com base em denúncia espontânea, seriam aceitos. Esses termos são, em alguns aspectos e situações concretas, menos onerosos do que a primeira proposta aceita neste processo. Embora essa seja a regra geral, será levado em consideração pelo Colegiado, na análise das propostas, a situação individual dos indiciados e os fatos do processo que possam distinguir a

situação específica (por exemplo, prescrição dos tributos, reincidência, etc.).

Voto, portanto, pelo indeferimento da nova proposta de celebração de termo de compromisso.

Rio de Janeiro, 07 de novembro de 2006.

Pedro Oliva Marcilio de Sousa

Diretor-Relator

[\(1\)](#) *Verbis: "Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos".*

[\(2\)](#) *Verbis: "Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada".*

[\(3\)](#) *Verbis: "Súmula 346: A administração pública pode declarar nulidade dos próprios atos".*

[\(4\)](#) *Verbis: "Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles se originam direitos adquiridos e ressalta, em todos os casos, a apreciação judicial."*