

Declaração de Voto

Diretor Pedro Oliva Marcílio de Sousa

01. Esse é um processo sancionador de rito sumário, em que diversas falhas estão presentes. A adoção de um entendimento que sane esses vícios pode até ser útil e, sob alguma medida, a maneira mais benéfica de tratar a situação dos indiciados, já que eles acabaram defendendo-se da imputação que, em termos substanciais, a CVM pretendia fazer e, ao final, foram condenados à pena mais branda à disposição da CVM. Por outro lado, um novo julgamento poderia ter um resultado mais benéfico, com a absolvição dos indiciados.

02. Não é a situação dos indiciados, entretanto, o principal motivador dessa decisão. Preocupa-me a organização interna da CVM e a distribuição interna de competências. Isso não é só importante para o administrado, mas para a própria CVM, em razão de as responsabilidades atribuídas a cada órgão interno ter sido definida da maneira que, acredita-se, permitirá o melhor alcance das finalidades definidas em lei para a CVM.

03. Além disso, é muito importante que a própria CVM cobre a regularidade formal de suas acusações para que decisões não possam ser revertidas judicialmente, por defeitos que poderiam ter sido evitados desde o início. É melhor gastar mais tempo e recursos antes de iniciar um processo, do que ver todo o trabalho revertido posteriormente, sem que se tenha mais tempo e oportunidade para o reinício do processo.

04. O cuidado formal com a acusação, quando tomado responsabilmente, acaba por resultar na maior qualidade da peça acusatória, inclusive quanto ao seu conteúdo. Isso porque os requisitos formais não são mero capricho, mas requisitos que se referem, na maioria das vezes, ao mérito da acusação. Exigir que a autoridade acusadora analise esses aspectos formais, deveria resultar em uma reflexão sobre o próprio mérito da acusação, o que poderia resultar em um maior percentual de condenações (isso porque reduz-se o número de acusações feitas sem base e a qualidade técnica das que tem base é incrementada). Com essa reflexão, a atuação sancionatória da CVM será mais efetiva, impondo menos custos à administração pública e deixando de criar custos e incertezas desnecessárias à atividade privada⁽¹⁾.

05. Ao exigir rigor formal na acusação, motiva-me não só a efetividade da atuação sancionatória da CVM, mas o fato ter sido outorgado, na Lei 6.385/76, competência à CVM para (i) estabelecer certas normas, (ii) iniciar a atividade sancionatória administrativa dessas normas (e de outras que lhe cabe zelar), (iii) julgar administrativamente as infrações às normas do mercado de valores mobiliários, (iv) orientar a atuação dos administrados. Ou seja, na esfera administrativa, a CVM "controla" todo o ciclo normativo, da criação da norma à sua aplicação concreta. Deve-se exigir, portanto, extremo rigor em todas as etapas, sob pena de confundirmos atuação legítima com consertos de deficiências internas em alguma dessas etapas.

06. Os requisitos formais a que me refiro estão elencados no art. 3º da Deliberação 457/02 ⁽²⁾, conforme alterada, e referem-se, principalmente, à descrição de fatos, a existência de provas e a adequação desses fatos à hipótese normativa.

07. Voltando aos aspectos formais da acusação deste processo, é preciso notar que não há uma acusação, formalmente falando. Existem, no entanto, 4 documentos produzidos pela CVM neste processo que poderiam fazer as vezes de acusação, embora nenhum, isoladamente, preencha integralmente os requisitos formais de uma acusação, conforme descrito abaixo:

(a) o primeiro é o Relatório de Análise GMA-1 04/06 (fls. 01) ("Relatório de Análise"). No qual consta: "*Contudo, a fiscalização constatou ainda haver saldos devedores sem a existência prévia de contrato de financiamento, nos termos da Instrução CVM nº 51/86, como se depreende dos itens 87,88, 89, 90, 91 e 101 do relatório, que relatam de forma minuciosa as ocorrências, envolvendo diversos clientes*", imputando-se aos indiciados a infração dos arts. 1º, 5º e 39 da Instrução 51/86 pelos indiciados. O Relatório de análise foi assinado por um analista da GMA-1.

(b) o segundo é o Relatório de Inspeção CVM/SFI/GFE-2/16/2005 (fls. 04 a 38) ("Relatório de Inspeção"), com 101 itens, do qual constam os itens mencionados no Relatório de Análise. O Relatório foi assinado por três inspetores da GFE-2.

(c) o terceiro é a intimação à Elite CCVM Ltda. para apresentação de defesa (fls. 51) ("Intimação-Corretora"), da qual consta: "*por realizar operações de financiamento sem a realização de contrato com o cliente e em condições diversas das estabelecidas pela Instrução CVM nº 51/86 e pela Resolução nº 1133 do Conselho Monetário Nacional*". A intimação foi assinada pelo Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários.

(d) o quarto é a intimação à Nelson Medaber para apresentação de defesa (fls. 51) ("Intimação-Diretor Responsável") e, em conjunto com a Intimação-Corretora, "Intimações", da qual consta: "*por realizar operações de financiamento sem a realização de contrato com o cliente e em condições diversas das estabelecidas pela Instrução CVM nº 51/86 e pela Resolução nº 1133 do Conselho Monetário Nacional*". A intimação foi assinada pelo Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários.

08. Percebe-se que não há identidade, com relação ao conteúdo das Intimações e dos demais atos investigados (apenas as Intimações foram assinadas pela autoridade competente para a instauração de processos administrativos de rito sumário). Diferem esses documentos quanto às disposições normativas infringidas. As Intimações falam genericamente em infração à Instrução 51/86, pela concessão de empréstimos (e a concessão de empréstimos é o objeto dessa norma, ou seja, quase nada esclarece). O Relatório de Análise indica quais são os dispositivos normativos, mas não foi assinado pelo superintendente competente e, por isso, foi "substituído" pelo conteúdo das intimações. Já o Relatório de Inspeção fala em diversos ilícitos, que não são objeto deste processo. Há, portanto, quanto ao normativo que teria sido descumprido, uma incerteza patente.

09. O Tratamento dos Fatos. Quanto aos fatos, o problema é que as Intimações não indicam os fatos que considera infringir as normas, nem faz referência à indicação no Relatório de Análise ou no Relatório de Inspeção, o que poderia suprir a falta. O Relatório de Análise também não faz uma verificação própria dos fatos e de sua qualificação jurídica, fazendo apenas uma referência a itens constantes do Relatório de Inspeção e um elogio à descrição lá constante. Já o Relatório de Inspeção trata de diversos fatos e não apenas dos que o Relatório de Análise menciona. Além disso, apresenta os saldos das contas dos investidores específicos, o dia em que foram zerados e menções gerais sobre as operações realizadas. Não há análise individualizada das operações e do saldo da conta quando de sua realização (não há, também, informação sobre a relação entre a data da liquidação financeira da operação anterior, o saldo da conta corrente e a data da operação).

10. Não que todas essas análises precisassem constar do Relatório de Inspeção, mas deveria haver maior detalhamento dos fatos, de modo a que se pudesse distinguir, com facilidade, uma situação de inadimplência (mesmo que de prazo razoavelmente longo) de uma situação de empréstimo (mesmo que tácito). Da descrição constante do Relatório de Inspeção, não se pode nem mesmo inferir qual a situação real, uma vez que a maioria das operações são contratos a termo, em que os débitos na conta do investidor podem referir-se a apenas uma decisão de investimento (apenas um contrato, com prazo longo de vencimento), o que não caracterizaria um financiamento, mas mero inadimplemento.

11. O Tratamento das Provas. Com relação às provas, as Intimações e o Relatório de Análise nada falam. Já o Relatório de Inspeção, menciona várias provas e cita as páginas que se encontram no processo original. Neste processo, as páginas em que essas provas ficam foram reenumeradas.

12. O Tratamento das Imputações. Aqui, reina a confusão e a falta de precisão técnica. As Intimações falam em descumprimento da Instrução 51/86 sem mencionar o dispositivo. O Relatório de Análise diz os artigos específicos da Instrução 51/86 (1º, 5º e 39), conforme requerem as normas em vigor. Já o Relatório de Inspeção, fala em infração do art. 39 apenas (que diz ser proibido conceder financiamento em desacordo com o os termos da Instrução 51/86).

13. Além da confusão, as imputações feitas nas Intimações e no Relatório de Inspeção não são suficientes, elas precisam ser complementadas pelo dispositivo normativo da Instrução 51/86 que não foi seguido. O Relatório de Análise, nesse particular, foi o mais preciso.

14. A questão da imputação é um ponto muito importante para a CVM, tanto que os requisitos constantes da Deliberação 457/02, conforme alterada, exigidos para a condenação com base em outro dispositivo normativo que não o constante da imputação original – os chamados *emendatio libelli* e *mutatio libelli* – são mais estritos do que os do Código Processual Penal. Não se adotou, portanto, na mesma extensão do Código Processual Penal, a regra de que a defesa é dos fatos, não da sua qualificação normativa⁽³⁾.

15. Há, ainda, um defeito na Intimação-Diretor Responsável, pois a ele é imputada a realização de operações de financiamento diretamente (não há menção ao fato de ele estar sendo intimado a se manifestar como o administrador da Corretora, responsável perante a CVM pelo cumprimento das obrigações regulamentares contidas na Instrução 51/86).

16. Pelos motivos acima, entendo que deveria ser declarada a nulidade da acusação e o processo ser devolvido à SMI para suprir formalmente as deficiências das acusação e, se concluir que, suprida as falhas, está comprovada a infração, reiniciar o processo.

É o voto.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2006

Pedro Oliva Marcilio de Sousa

⁽¹⁾ Ver, sobre esse assunto, o voto proferido no Inquérito Administrativo 16/03, julgado de 08.11.06.

⁽²⁾ Essa deliberação não é aplicável ao processo sancionador de rito sumário, mas os requisitos da peça acusatória representam, de forma um pouco mais rigorosa, o que se exige pela jurisprudência e pela doutrina, para a aplicação de sanções penais e administrativas. Dessa forma, a aplicação desses requisitos ao processo sancionador de rito sumário pode ser um guia útil aos superintendentes.

⁽³⁾ Diz-se que "não se adotou na mesma extensão", ao invés de, simplesmente, dizer que "não se adotou", pois a Deliberação 457/02, no meu entender, não impede a desclassificação da imputação, para uma menos grave ou menos exigente, em termos de requisitos, sem a concessão de novo prazo de defesa.