

## DESPACHO DO RELATOR

A Máxima S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários suscitou, em sua defesa, a inobservância, pela Superintendência de Relações com Investidores Institucionais ("SIN"), do art. 6º-B da Deliberação 457/02, conforme alterada, quando da formulação da acusação. Segundo ela, o único contato com os Indiciados foi feito para pedir esclarecimento sobre a metodologia de cálculo da taxa de performance no Fundo Máxima Telpart Fundo de Investimento em Ações, embora os fatos descritos no termo de acusação refiram-se à cobrança irregular, durante um certo período de tempo, dessa taxa.

Sobre a questão levantada, entendo que, se, por um lado, o art. 6º-B não confere um direito subjetivo aos indiciados nem se consubstancia em uma defesa prévia, sendo medida única e exclusiva de eficiência administrativa, com o objetivo de evitar acusações descabidas e melhorar o nível probatório dos processos administrativos, buscando, ao final, a instauração apenas de processos sancionadores justificados e que sejam instruídos com qualidade; por outro lado, nada impede que os Indiciados pleiteiem a aplicação do art. 6º-B.

Ainda com relação à aplicação do art. 6º-B, é importante perceber que, nos termos do art. 11-A da Deliberação 457/02, a decisão sobre o seu cumprimento é monocrática e deve ser tomada pelo relator do processo.

No caso concreto, para analisar a aplicação do art. 6º-B é preciso tratar separadamente cada um dos indiciados. Começo, então, pela Máxima S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários.

Quanto a ela, consta dos autos apenas Ofício/CVM/SIN/GII-2/1449/05, fls 129 ("Ofício SIN") na qual se solicita (i) valores recolhidos a título de taxa de performance durante os anos de 2000 e 2001, com respectivas datas, (ii) memória de cálculo que os justifique, com detalhamento quanto aos critérios adotados e (iii) o regulamento do Fundo Máxima Telpart Fundo de Investimento em Ações. O ofício foi respondido pela indiciada. Essa resposta encontra-se nas fls. 21 e segs.

Tendo em vista o conteúdo do Ofício SIN, descrito acima, entendo que ele cumpre os requisitos do art. 6º-B, uma vez que foi requerido da indiciada sua manifestação acerca dos fatos que justificariam a acusação, conforme determina o art. 6º-B da Deliberação 457/02.

Quanto ao segundo indiciado – Antonio Geraldo da Rocha – a situação é mais simples, pois não foi feita qualquer tentativa de comunicação a ele, anteriormente à formulação ao Termo de Acusação. Assim, não foi ele chamado a se pronunciar sobre os fatos anteriormente à acusação e, portanto, o descumprimento do art. 6º-B é flagrante.

Sobre essa questão, acho importante deixar claro que o art. 6º-B deve ser aplicado mesmo quando a situação parece óbvia para a área técnica ou quando está comprovada por farta prova documental. O objetivo desse dispositivo é, simplesmente, evitar equívocos decorrentes da atuação unilateral da CVM. É preciso, portanto, corrigir essa falha sempre que se fizer presente, mesmo que, ao final, a pressuposição sobre a situação dos fatos pela área técnica seja correta (mesmo que com base em provas constantes do processo). Não se deve acusar sem um bom conhecimento (e comprovação) dos fatos ocorridos, não só porque a mera acusação já impõe ônus aos indiciados, mas porque os investigados podem apresentar fatos que justificam sua conduta ou tiram a validade (ou ilicitude) da acusação.

A análise da situação do segundo indiciado neste processo é especialmente ilustrativa para demonstrar essa função do art. 6º-B para a eficiência e efetividade da atividade sancionatória da CVM, bem como das demais alterações na Deliberação 457/02 promovidas pela Deliberação 504/06. Digo isso, pois, inicialmente, a acusação era dirigida a Saul Dutra Sabba, na qualidade de diretor responsável. Ocorre que, como se verificou posteriormente, ele ainda não tinha tal responsabilidade à época dos fatos e a SIN não se apercebeu desse detalhe.

Isso só foi percebido graças ao questionamento da Procuradoria Federal Especializada – CVM ("PFE"), quando do controle de legalidade da acusação, determinada pela Deliberação 504/06. Nessa oportunidade, a PFE notou que a conduta de Saul Dutra Sabba não estava individualizada (que é um dos objetos do controle de legalidade). Ao devolver os autos para a SIN, constatou-se o erro - Saul Dutra Sabba não era o diretor responsável ) e fez-se nova acusação, agora dirigida ao atual segundo indiciado. Isso poderia ter sido evitado, sem o envolvimento da PFE, caso a Saul Dutra Sabba tivesse sido ouvido sobre a acusação que seria formulada contra ele, como determina o art. 6º-B.

Quando do cumprimento do disposto no art. 6º-B, a SIN deve atentar para o fato de que como a acusação por ela feita decorre de o indiciado *"não ter empregado no exercício de sua atividade, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma dispensar à administração de seus próprios negócios"* (fls. 80), o questionamento ao indiciado deve ser com relação à omissão. Isto é, a SIN deve procurar obter manifestação do indiciado sobre os procedimentos estabelecidos, as ações tomadas para evitar que a infração apontada fosse cometida e os motivos para que não fossem bem sucedidas.

Aqui, parece-me necessário chamar a atenção para a individualização da conduta do indiciado Antonio Geraldo da Rocha. Com relação a ela, o Termo de Acusação apenas apresenta a descrição legal e não a descrição fática (continua, portanto, a não haver a individualização da conduta de Antonio Geraldo da Rocha mencionada pela PFE). No caso concreto, por se tratar de omissão em cumprimento de dever regulamentar, a acusação deve procurar obter informações sobre os procedimentos adotados para o cumprimento desse dever, seja em decorrência de resposta a ofício em cumprimento do art. 6º-B (ver parágrafo anterior) ou a outro ofício, ou mesmo por meio de depoimento pessoal ou inspeção. Só o silêncio intencional do investigado ou a sua não localização durante a investigação, justificariam a pressuposição de que ocorreu a omissão.

Por tudo quanto exposto, com base no art. 11-A da Deliberação 457/02 determino a devolução dos autos à SIN, para ouvir o indiciado Antonio Geraldo da Rocha, e, após ouvi-lo, complementar o Termo de Acusação com a individualização de sua conduta (ou, mais precisamente, especificação da omissão) ou, então, para solicitar ao Colegiado o arquivamento da acusação quanto a esse indiciado.

Ainda, caso a SIN entenda, após ouvir Antonio Geraldo da Rocha, que a acusação deve ser formulada, um termo de acusação consolidado com relação a ele e fazendo menção à necessidade de se observar determinados itens do termo de acusação original deve ser apresentado, para facilitar a sua compreensão das infrações, dos fatos e das provas que a justificam.

São Paulo, 9 de janeiro de 2007

Pedro Oliva Marcílio de Sousa

Diretor-Relator