

Ao SGE,

Trata-se de recurso interposto por ABN AMRO REAL CCVM S.A. (fls. 1/2) em face da decisão desta Superintendência que aplicou multa cominatória no valor de R\$ 30.000,00 (Trinta mil reais), pelo retardamento superior a 60 (sessenta) dias na resposta ao pedido de informações contido no Ofício/CVM/SOI/GOI-1/Nº. 264, de 24 de julho de 2006, expedido nos autos do processo nº. SP-2006-111.

O processo que deu origem ao requerimento de informações foi originado de reclamação de investidor que citava, expressamente, duas instituições financeiras (fls. 04/05). No que diz respeito à ora recorrente, a mencionada epístola a ela se referia para informar que, tendo a ela se dirigido, teria sido informado que as aplicações no Fundo 157 estavam "sob a responsabilidade do Banco Alfa" (fls. 04). Acrescentava-se que esta última instituição teria permanecido silente a pedido de informações (de 03.05.06), reiterado em 05.06.06, mas ainda sem resposta. Em face do exposto, solicitava a intervenção da CVM.

Não obstante o pedido referir-se, expressamente, ao Banco Alfa, a GOI-2 expediu o Ofício/CVM/SOI/GOI-1/Nº. 264/06 (fls. 06) ao ABN AMRO, solicitando "a evolução do saldo de cotas" ou "comprovante de resgate", em favor do reclamante. Na ausência de resposta da citada instituição, expediu-se, depois, comunicação dando notícia da incidência da multa cominatória (Ofício/CVM/SOI/GOI-1/Nº. 412/06), aplicada, posteriormente, pelo Ofício/CVM/SOI/GOI-1/Nº. 166/07 (fls. 10/11).

Em seu recurso, a corretora alega que encaminhou resposta em 17 de novembro, nos termos de cópia apensada aos autos (fls. 03), salientando, todavia, não ter localizado "a evidência física do protocolo". Acrescenta, nesse particular, não possuir em seu cadastro qualquer registro de investimento em nome do reclamante, nem tampouco "documento que evidencie a evolução do saldo de quotas mantido pelo citado investidor no antigo Fundo D.L. 157". Aduz, ainda, que, consultando o site da CVM, identificou que o investidor seria cotista de fundos administrados pelo Banco Itaú S.A. e "pelo Banco Real de Investimentos S.A., atual Banco Alfa de Investimento S.A.". Em face dessa constatação, finaliza o recurso:

"Considerando a inexistência de qualquer vínculo entre o referido investidor e esta Corretora, fato evidenciado publicamente por meio do site da CVM, a qual informa o vínculo às instituições acima citadas, serve a presente para: (i) oficializar a resposta aos ofícios antes citados e (ii) requerer a redução da multa pecuniária aplicada, uma vez que o possível extravio da resposta não resultou em qualquer prejuízo para o investidor".

Sobre a questão, observamos que, de fato, houve o atraso na prestação das informações à CVM, havendo, portanto, base fática para a aplicação da multa cominatória, a qual baseou-se em regular intimação para prestação de informações, acompanhada de notificação dando notícia da inexistência de resposta, fatos que, em uma interpretação literal, atrairiam as conseqüências jurídicas pertinentes. Deve ser ressaltado que, não obstante esta última correspondência, a instituição permaneceu inerte, tendo se manifestado apenas quando da cominação da astreinte.

Observa-se, ainda, que o recorrente não apresentou elementos que comprovem o atendimento ao pedido de esclarecimentos da gerência, havendo apenas cópia de uma carta, não assinada, que teria sido enviada à CVM. Não há, todavia, indício da existência de AR, ou outro meio hábil para comprovar que pelo menos tivesse sido postada, a citada epístola. Desse modo, temos que, quanto atraso, o mesmo resta incontroverso, não se litigando, no presente processo, sobre a sua ocorrência ou não. Em conseqüência, não detectamos vício formal que determine a anulação da medida ora recorrida, total ou parcialmente.

Todavia, não podemos deixar de reconhecer uma circunstância que, a nosso ver, é de extrema relevância para a solução do caso concreto: o fato de que, no processo de origem, todos os elementos apontavam para a necessidade de obter informações junto ao Banco Alfa, não ao ABN. A menção ao nome do recorrente, encontrada na reclamação original, apenas tem o propósito de relatar que, junto a ela, o investidor obtivera a sinalização de que as aplicações estariam sob a gestão de outro administrador. Além disso, tal informação consta da própria página da CVM na rede mundial de computadores.

Dito isso, tenho para mim que, de fato, houve um endereçamento equivocado. Isso não exime o participante de responder aos ofícios da gerência, como também entendemos que aquele TCO tampouco se encontra impedido de solicitar quaisquer informações que sejam necessárias à completa instrução das reclamações junto a ele instauradas. Essa discricionariedade não deve ser tolhida, pensamos. Mas tal poder discricionário, por outro lado, há de ser fundamentado na realidade fática, sob pena de, não o sendo, tornar-se viciado, como se extrai da seguinte decisão do STJ:

"I - A discricionariedade atribuída ao Administrador deve ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento.

II - (...) Mesmo o ato decorrente do exercício do poder discricionário do administrador deve ser fundamentado, sob pena de invalidade.

IV - A diferença entre atos oriundos do poder vinculado e do poder discricionário está na possibilidade de escolha, inobstante, ambos tenham de ser fundamentados. O que é discricionário é o poder do administrador. O ato administrativo é sempre vinculado, sob pena de invalidade"⁽¹⁾.

Assim, embora tenhamos ampla discricionariedade na escolha da instituição que será instada a prestar esclarecimentos, com o propósito de instruir os feitos administrativos sob nossa responsabilidade, essa opção há de ser fundamentada. Os princípios constitucionais, notadamente o da razoabilidade ou do devido processo legal, conduzem a um estreitamento do mérito administrativo, que não é mais ilimitado. Portanto, pelo exposto, no caso concreto, temos que, a nosso ver, carece de fundamentação a previsão de astreinte no Ofício/CVM/SOI/GOI-1/Nº. 264/06, que não parece razoável, vez que, desde o início, já dispúnhamos de elementos que evidenciavam não ter, o destinatário, relação com as aplicações buscadas.

Desse modo, embora, a imposição da multa seja conseqüência lógica-jurídica inafastável, do ponto de vista formal, não cabendo falar de anulação, o conhecimento prévio de que o requerimento de informações ao ABN não se mostrava necessário, nem oportuno, torna o ato discricionário carente de razoabilidade, sugerindo-se, portanto, a revogação da medida, providência que esta Superintendência, todavia, não tem poder, nem delegação, para implementar.

Sugerimos, assim, que o recurso seja acolhido, não para reduzir a astreinte, como requerido, mas para revogá-la, e é nesse sentido que encaminhamos o presente processo a essa Superintendência Geral, para posterior remessa ao Colegiado.

José Alexandre Cavalcanti Vasco

Superintendente de Proteção e Orientação aos Investidores

⁽¹⁾ STJ, Resp nº 79.761/DF, Rel. Min. Anselmo Santiago, J. 29/04/1997.