

Recorrente: Jean Bardawil Filho

Assunto: Recurso contra entendimento da SMI que indeferiu pedido de autorização para o exercício da atividade de agente autônomo de investimento

Diretor relator: Otavio Yazbek

Relatório

Objeto

1. Trata-se de recurso tempestivo interposto por Jean Bardawil Filho ("Recorrente") contra entendimento da SMI, que indeferiu pedido de autorização para o exercício da atividade de agente autônomo de investimento.

Fatos

2. Em 8.9.2009, com base em pesquisa realizada no sistema UNICAD, a SMI indeferiu o pedido de autorização para o exercício da atividade de agente autônomo de investimento formulado pelo Requerente, sob o argumento de não terem sido preenchidos os requisitos constantes do art. 5º, inciso III[1], da Instrução CVM nº 434, de 22.6.2006 ("Instrução CVM nº 434/06").

Recurso

3. Inconformado com a decisão da área técnica, o Recorrente apresentou recurso em 29.9.2009 (fls. 1-9). Alega que as penalidades de inabilitação por 1 ano, impostas na 285ª Sessão do CRSFN, em 12.6.2008, no âmbito dos Recursos nº 5424 e 5455 (os quais estariam apensados), já teriam sido integralmente cumpridas. Com a publicação da decisão desfavorável no DOU em 16.7.2008, nos termos do art. 66[2] da Lei nº 9.784, de 29.1.1999, o exaurimento das penas teria se dado em 16.7.2009, não havendo mais que se falar, portanto, em inabilitação do Recorrente.

4. Em manifestação datada de 22.10.2009 (fls. 94-96), a GME atentou para o fato que, consultado o site do BACEN, verificou-se que, ao contrário do insinuado pelo Recorrente, o CRSFN, no âmbito do Recurso nº 5424, referente ao PA BACEN nº 0101071131, repeliu as questões preliminares argüidas, dentre as quais, a conexão com o Recurso nº 5455, referente ao PA BACEN nº 0101071248, sob o argumento de tratarem os processos de operações realizadas em diferentes períodos, por diferentes instituições, ainda que apenados diretores comuns. À luz destes fatos, foi consultada a PFE, a fim de que esta se pronunciasse a respeito (i) dos critérios para cômputo das penalidades impostas ao Recorrente nos processos administrativos do BACEN (total de 1 ano, correndo as penas em paralelo, ou de 2 anos, somando-se as penas) e (ii) do termo inicial do prazo de cumprimento das penas (se da publicação no DOU, ou outro).

5. Em 10.12.2009, a PFE se manifestou por meio do Memo/PFE-CVM/GJU-1/Nº591/2009 (fls. 100-102). Entendeu que, com relação ao primeiro ponto (critério para cômputo das penalidades), com base no art. 111[3] da Lei de Execuções Penais, as penas devem ser somadas, uma vez que interpretação diversa tornaria sem efeito a segunda condenação. No que tange o segundo ponto (termo inicial de cumprimento das penas), conforme manifestações passadas da PFE e do Colegiado[4], entendeu que "o dies a quo para o início de efetividade das penalidades aplicadas pelo CRSFN é o posterior ao recebimento, por parte dos apenados, das referidas comunicações, nada impedindo todavia que, aqueles que queiram iniciar imediatamente a execução das sanções impostas, tomem ciência da decisão nos próprios autos do processo administrativo (...)".

6. Em 18.12.2009, a SMI se manifestou a favor da manutenção do indeferimento do pedido (fl. 104).

7. O processo foi distribuído para o Relator em 5.1.2010.

É o relatório.

Voto

1. Acompanho a manifestação da PFE de fls. 100-102 e sou favorável ao indeferimento do pedido, por entender que (i) as penalidades aplicadas ao Recorrente devem ser somadas, (ii) sendo considerado como termo inicial de cumprimento da pena a data da primeira notificação pessoal, a partir de quando devem ser contados os dois anos de inabilitação.

2. Vale, outrossim, afastar expressamente alguns dos argumentos trazidos pelo Recorrente em Memorial protocolado em 14.1.2010. Inicialmente rechaço aqueles argumentos porque o precedente trazido naquela ocasião diz respeito a direitos políticos, sujeitos, por este motivo, a uma racionalidade diversa.

3. Ademais, não se pode afirmar que a cumulação das penas não encontra amparo legal. Trata-se, a bem da verdade e essencialmente, da regra vigente para os casos de penas restritivas de direitos, conforme disposto no art. 69[6], § 2º, do Código Penal, e no art. 111 da Lei de Execuções Penais. Ainda que tais normas não sejam, em um primeiro momento, diretamente aplicáveis à matéria, cabe trazê-las à baila, na presente decisão, pelo seu nítido caráter principiológico e orientador no âmbito do sistema jurídico punitivo.

4. Soma-se ao acima aduzido o fato de que a adoção da tese sustentada pelo recorrente equivaleria, a rigor, a cancelar umas das penas. Mais do que isso, ela consagraria uma distorção. Em última instância, esse entendimento equipararia, por exemplo, um determinado agente de mercado que tenha sido condenado, por um único ilícito, à pena de inabilitação por um período de, digamos, 1 (um) ano, àquele outro que, em razão de mais de um ilícito, tenha sido condenado a mais de uma pena de inabilitação, todas com o mesmo prazo.

5. Por fim, e ainda ante o exposto pelo Recorrente, gostaria de realçar que não é correto asseverar que "o que está em jogo no caso é o direito do administrado de poder exercer sua profissão" (fl. 110). As regras de acesso a um dado mercado ou atividade estão diretamente relacionadas à necessidade de proteger a integridade daquele mercado, assim como o público que nele opera. Para tal, por exemplo, se estabelecem determinadas condições para a outorga da autorização de acesso, que podem apresentar maior ou menor grau de objetividade. Não estando cumpridas tais condições, não há que se falar propriamente em direito ao exercício de uma determinada profissão. É o que ocorre no presente caso.

Rio de Janeiro, 9 de fevereiro de 2010.

OTAVIO YAZBEK
Diretor relator

[1] "Art. 5º A autorização para o exercício da atividade de agente autônomo de investimento somente será concedida à pessoa natural, domiciliada no

País, que preencha os seguintes requisitos: (...)

III – não esteja inabilitada ou suspensa para o exercício de cargo em instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pela CVM, pelo Banco Central do Brasil, pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP ou pela Secretaria de Previdência Complementar – SPC;(…)"

[2] "Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.

§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.

§ 2º Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo.

§ 3º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês."

[3] "Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime."

[4] Memo/PFE-CVM/GJU-1/Nº253/2004, Memo/PFE-CVM/GJU-1/Nº200/2007 e Processo Administrativo CVM nº 2001/7661.

[5] "Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (...)

§ 2º Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais."

[6] "Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime."