

Para: SMI MEMO/CVM/SMI/GMN/N.º 014/2010
De: GMN Em 04.03.2010

Assunto: **Recurso contra cobrança de multa cominatória**

Senhor Superintendente,

1 - O presente processo trata de recurso (fls. 109 a 124) apresentado pelo Sr. Iônio Gamboa Freire, CPF nº 715.246.577-00 ("Recorrente"), pela cominação de multa notificada pelo OFÍCIO/CVM/SMI/MCE/Nº 3/10 (fls. 27), no valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), por descumprimento do disposto no Ato Declaratório Nº 9.169 – (AD), de 09 de fevereiro de 2007 (fls. 49). A imposição da multa foi motivada por atuação irregular no mercado de valores mobiliários por 18 (dezoito) dias.

2 - Representado por seu advogado Ronaldo Ribeiro dos Santos, com escritório na Praça Olavo Bilac, nº 28, sala 1918, Centro Rio de Janeiro, RJ, CEP: 20041-010, telefax (55.21) 2507-2640 e 3852-7751, em 26 de janeiro de 2009 o Recorrente protocolizou recurso tempestivo contra a cobrança da multa cominada, requerendo o efeito suspensivo nos termos do parágrafo único do artigo 14 da Resolução CMN nº 454/77^[1].

DOS FATOS

1 - Em face da existência de indícios de atuação irregular, apurada por inspeção realizada no curso do Processo RJ-2006-739, em 9 de fevereiro de 2007 o Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários (SMI) expediu o citado AD, (i) tornando público que o Recorrente não estava autorizado a intermediar negócios envolvendo valores mobiliários e (ii) estipulando multa no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, em caso de descumprimento.

2 - O AD foi regulamente publicado no Diário Oficial da União de 14 de fevereiro de 2007 (fls.146), sendo ainda divulgado na página da CVM na rede mundial de computadores (fls.147) e informado ao ora recorrente, com o envio de correspondência.

Posteriormente, em razão de denúncia feita por Magnesita Refratários S/A, sobre a comercialização irregular de ações de sua emissão por pessoa supostamente não autorizada, a Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários instaurou o processo RJ-2008-6000 e emitiu a Solicitação de Inspeção Nº 1/2008, para que a Superintendência de Fiscalização (SFI) adotasse as providências necessárias à apuração dos fatos.

3 - No curso das diligências realizadas pela SFI, constatou-se que o Recorrente continuava a operar de forma irregular, mesmo expressamente desautorizado pelo AD, conforme registrado no Relatório de Inspeção (fls. 64, item 47), *que Iônio Gamboa Freire e ...omissis... tem atuado, habitualmente e em conjunto, no intuito de adquirir, mediante negociações efetuadas fora de bolsa, valores mobiliários a preços aviltados para, então, vendê-los na Bovespa* e (fls. 67, item 64) *restou provado que os investigados, por adquirirem, com habitualidade e de forma privada, valores mobiliários para revendê-los por conta própria, ainda atuam de forma irregular, e assim, por não integrarem o sistema de distribuição preceituado pelo art. 15, infringiram o inciso II do art. 16, ambos da Lei nº 6.385, de 07.12.76.*

4 - Ainda na instrução do mesmo processo RJ-2008-6000 e em acréscimo às observações da SFI, no intuito de melhor se certificar da natureza da atuação do Recorrente a Gerência de Análise de Negócios (GMN) expediu ofícios aos bancos prestadores de serviços de ações escriturais e à BM&FBOVESPA Supervisão de Mercados (BSM), cujas respostas confirmaram que o AD fora descumprido pelo recorrente.

5 - Com base nas respostas aos mencionados ofícios, a GMN apurou que o recorrente atuou como comprador em 18 (dezoito) dias, sendo 9 (nove) em 2007, 8 (oito) em 2008 e 1 (um) em 2009, totalizando 27 (vinte e sete) operações de compra. As quantidades adquiridas foram vendidas em 15 (quinze) datas diferentes e em 18 (dezoito) negócios, como foi demonstrado na ANÁLISE/CVM/SMI/GMN/Nº036/09 (fls. 90 a 94). Conforme estabelecido no AD, caberia uma multa no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de negociação. Por esse critério, considerando-se os 18 (dezoito) dias de atuação (tendo sido considerados aqueles em que o Sr. Iônio atuou como comprador), o valor total resultante da multa alcançaria de R\$ 9.000,00 (nove mil reais).

6 - A efetivação da cobrança da multa se deu com a abertura do Processo SP-2009-158 e a comunicação foi feita pelo OFÍCIO/CVM/SMI/MCE/Nº38/09, de 13 de novembro de

2009 (fls. 51). Ocorre que esse ofício equivocadamente informou que foi "descumprido o Ato declaratório nº 9.905/08", quando o correto seria "Ato Declaratório nº 9.169, de 9 de fevereiro de 2007", que efetivamente faz referência ao ora recorrente.

7 - O erro formal foi apontado pelo próprio recorrente, que apresentou pedido de cancelamento da multa em questão. O pedido foi acolhido pelo SMI no bojo do processo administrativo SP 2009-206. Foi ainda expedido o OFÍCIO/CVM/SMI/Nº58/2009 (fls. 24), enviado ao recorrente, que informava o cancelamento da multa por vício formal e informava que oportunamente que seria emitida nova multa por descumprimento do AD correto.

8 - Dessa forma, em 14 de janeiro de 2010 foi emitido o OFÍCIO/CVM/SMI/MCE/Nº 3/10 (fls. 27), informando sobre a aplicação de multa pelo descumprimento do AD, recebido pelo Recorrente no dia 18 do mesmo mês, conforme informação da GAC às fls. 54.

9 - Cabe explicitar que, antes da emissão do segundo ofício que notificou a multa, o Recorrente havia solicitado vista dos autos do processo RJ 2008-6000. Até a data da protocolização do recurso (ocorrida em 26 de janeiro de 2009), seu pleito não havia sido atendido, o que veio a ocorrer apenas em 19 de fevereiro p.p., conforme termo de reprodução de processo às fls. 107. Nessa mesma data o Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários decidiu pela concessão do efeito suspensivo e pela devolução do prazo para recurso contra a aplicação da multa, sendo o Recorrente notificado por meio do OFÍCIO/CVM/SMI/Nº 14/10 (fls. 106). O mesmo ofício intimou a parte para, no prazo de 10 (dez) dias de seu recebimento, interpor novo recurso ou ratificar expressamente aquele já interposto, sob pena de não conhecimento. Uma cópia desse ofício n.º 14/10 foi enviada à GAC pela GMN, anexa ao MEMO/CVM/SMI/GMN/Nº 011/2010 (fls.105), para ciência da concessão do efeito suspensivo.

10 - De forma tempestiva, em 26 de fevereiro último o Recorrente reapresentou o recurso interposto, atendendo às exigências constantes do OFÍCIO/CVM/SMI/Nº 14/10.

DAS ALEGAÇÕES RECURSAIS

Em apertada síntese, o Recorrente alega o seguinte (fls. 109 a 124):

- a. A multa tem como fundamentos os mesmos fatos, mesmo valor, imputação da mesma prática de intermediação irregular e mesmo período já tratados no Processo RJ-2008-6000; nessa medida, trata-se de coisa julgada, uma vez que, quando do recebimento do OFÍCIO/CVM/SMI/MCE/Nº38/09 já apresentou recurso rebatendo todos os fatos, recurso este que foi analisado no âmbito do Processo SP-2009-206, em que o Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários – SMI – decidiu acolher os argumentos e cancelar a multa. Assim, a nova imposição não atende a decisão transitada em julgado pois não mais se pode decidir no processo que já se decidiu;
- b. Deve-se reconhecer a nulidade da multa, pois o processo administrativo não ofereceu exposição clara do alegado ilícito, por não dar orientação

técnica e esclarecimentos ao recorrente, em especial os motivos que ensejaram a aplicação da multa, particularmente (i) narrativa dos fatos investigados que demonstrem a materialidade das infrações apuradas; e (ii) análise da autoria das infrações apuradas, com a respectiva individualização da conduta do acusado, indicando as provas que a corroboram;

- c. Há incontestada irregularidade na formação do processo administrativo, eivado de vícios insanáveis, pois o acusado não foi notificado a prestar informações e exibir documentos e não teve acesso ao processo por ter sido indeferido o pedido de cópia, privando-o de seu direito constitucional de ampla defesa e contraditório; o processo não cumpriu os requisitos substanciais e formais indispensáveis à validade do ato, com vício de legalidade que o torna nulo;
- d. O SMI não realizou diligências para verificar a veracidade dos fatos e fez somente uma referência ao Ato Declaratório nº 9.169 de 9 de fevereiro de 2007 e artigos 12 e 14 da Instrução CVM nº 452/07, sem precisar em qual deles a transgressão foi verificada;
- e. A multa imposta no processo administrativo não deve prosperar, por não observado o prazo determinado de 05 (cinco) dias úteis para comunicação ao responsável indicado no cadastro da CVM, nos expressos termos do art. 3º, da Instrução CVM nº 452/07;
- f. O SMI responsabilizou o recorrente por intermediar negócios irregularmente com base em fatos totalmente inconsistentes, amparando seus argumentos no que foi apurado no Processo CVM RJ-2008-6000 e no descumprimento do Ato Declaratório nº 9.169 de 09/02/07; porém, não há no ordenamento jurídico disposição contrária à compra e venda de valores mobiliários de forma privada, entendimento que é confirmado pela Deliberação CVM nº 20/85;
- g. Quem compra valores mobiliários para revendê-los não está praticando operação de intermediação irregular, que exige habitualidade, o que jamais ocorreu na hipótese dos autos; o recorrente é pequeno investidor e não profissional do mercado, priorizando a compra de ações e agindo em benefício do mercado de capitais, visando dar maior capilaridade aos títulos e proporcionando uma legítima negociação de compra e venda dos mesmos nesta região; não há qualquer intenção de cometer dolo ou má fé; não há reclamação de compradores e vendedores envolvidos nas operações, o que impõe a absolvição da imputação de descumprimento do artigo 16 da Lei 6.385/76;
- h. Verifica-se que o recorrente não infringiu o dispositivo citado no Processo Administrativo, devendo ser reformada a decisão do Superintendente, para que seja anulada a imposição de multa cominatória;
- i. A multa cominatória só poderia ser aplicada depois que o recorrente tivesse sido advertido pelas supostas irregularidades, ou se ele tivesse oposto embargo perante a CVM, o que nunca ocorreu; também não foi demonstrado que tivesse ocorrido dolo ou culpa por parte do recorrente;
- j. A multa, além de indevida, é abusiva e sem dispositivo legal que a respalde. O SMI não fundamentou o critério estabelecido para a fixação do valor em R\$ 9.000,00 (nove mil reais), devendo ser aplicada no valor mínimo legalmente previsto;
- k. Houveram tratativas feitas com o Sr. Hélio Massayuki Yatsuzuka fls. 117/118 e 126 a 144, referentes ao negócio de 1.104 (mil cento e quatro mil) ações emitidas por Magnesita Refratários S/A (motivo da reclamação do Sr. Hélio, que deu origem ao Processo CVM RJ 2008-8359); a respeito, conclui o recorrente que [n]o Processo Administrativo sob exame, o Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários não cumpriu com os mínimos requisitos substanciais e formais à validade do ato, culminando com vício de ilegalidade que o torna nula – impondo-se de imediato o arquivamento do presente processo administrativo.

DO PEDIDO

Após a exposição desses argumentos, o recorrente solicitou o reconhecimento pelo Colegiado da CVM da *insubsistência do Processo Administrativo, com a conseqüente reforma da r. decisão, a fim de que seja reconhecida a existência de coisa julgada e caso haja entendimento diverso que seja declarado a inexistência de prática de intermediação irregular, com a conseqüente exclusão da imputação da multa cominatória.*

DO ENTENDIMENTO DESTA GMN

A respeito das alegações do recorrente, convém registrar que:

- a. A interposição do recurso foi tempestiva, tendo sido protocolizado na CVM em 26 de janeiro de 2010, dentro do prazo de 10 (dez) dias previsto no artigo 13 da Instrução CVM nº 452/07, visto que o Recorrente recebeu o ofício que informou a cominação da multa no dia 18 do mesmo mês, conforme informação constante às fls. 54;
- b. A multa comunicada pelo OFÍCIO/CVM/SMI/MCE/Nº38/09 foi cancelada em razão de erro formal quanto ao número do Ato Declaratório descumprido. Não foi discutido o mérito dos fatos que fundamentaram a cominação da multa e que definiram o valor a ser cobrado. Portanto é descabida a alegação da ocorrência de coisa julgada.
- c. A análise de autoria e materialidade encontra-se nos autos do Processo CVM RJ-2008-6000, do qual tomou vistas em 19 de fevereiro de 2010, fls. 107, enquanto que o pedido de cópia com provimento negado refere-se ao Processo CVM Nº RJ2008-8359, que não tem qualquer relação com a multa aplicada. Portanto, não houve cerceamento de direitos;
- d. Trata-se de multa extraordinária, portanto não se aplica o disposto no artigo 3º da Instrução CVM nº 452/07, citado pelo Recorrente (prazo de 5 dias para comunicação);
- e. Os mencionados artigos 12 e 14 da citada instrução não são determinantes para a aplicação da multa, pois tratam, respectivamente, (i) do dia em que a multa começa a fluir e seu cômputo e (ii) do prazo máximo de incidência;
- f. As infrações cometidas pelo Recorrente são aquelas apuradas no âmbito do Processo CVM RJ-2008-6000, pormenorizadamente explicitadas na ANÁLISE/CVM/SMI/GMN/Nº036/09, juntada no original aos autos do processo n.º RJ-2008-6000, fls. 90 a 94;
- g. Os dispositivos legais que fundamentam a aplicação da multa constam do próprio AD, a saber, os artigos 9º, 11, 15 e 16 da Lei Nº 6.385/76;
- h. O Recorrente alega não ter sido advertido pelas irregularidades, que seria condição prévia para a imposição da multa, em interpretação errônea ao artigo 11 da Lei n.º 6.385/76;
- i. O valor diário da multa cominatória está explicitado no próprio AD, portanto não há como acolher qualquer contestação de critério ou fundamento para o valor, conforme detalhado na ANÁLISE/CVM/SMI/GMN/Nº036/09.

VI – CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, é de se reconhecer que o Recorrente tinha plena consciência das infrações que cometia ao intermediar valores mobiliários

sem ter autorização, portanto, sem integrar o sistema de distribuição, razões pelas quais não deve ser reformada a decisão de imposição da multa recorrida, no valor originalmente estabelecido em R\$ 9.000,00 (nove mil reais).

Atenciosamente,

MARCOS GALILEU LORENA DUTRA

Gerente de Análise de Negócios (GMN)

[\[1\]](#) Equivocadamente o Recorrente citou a norma que trata de recurso à decisões do Colegiado em PAS, entretanto, o assunto é tratado no artigo 13 da Instrução CVM Nº 452/07.