

Assunto: Recurso contra indeferimento de pedido de credenciamento como Administrador de Carteira de Valores Mobiliários – Processo RJ-2009-12425

Senhor Superintendente,

Trata-se de recurso, apresentado por Arthur Joaquim de Carvalho nos termos da Deliberação CVM nº 463/03, contra o indeferimento de seu pedido de credenciamento como administrador de carteira de valores mobiliários, que havia sido formulado com base no artigo 5º da Instrução CVM nº 306/99.

1. Histórico

No dia 25 de novembro de 2009 (fls. 1/1.108), o interessado protocolou pedido de autorização para o exercício da atividade de administração de carteiras de valores mobiliários, ao qual anexou toda a documentação exigida pela Instrução CVM 306/99, inclusive a declaração prevista no art. 5º, VII, com a ressalva de estar declarando "*para fins de lealdade*", que foi condenado no PAS 03/04 – em decisão pendente de recurso perante o CRSFN à pena de inabilitação para exercício de cargos que dependam de autorização da CVM por dois anos.

Devido à natureza da infração cometida pelo interessado no PAS 03/04, decidiu a área técnica pelo indeferimento do pedido de credenciamento, com base na ausência do requisito previsto no art. 4º, III da Instrução CVM nº 306/99, o que foi informado ao requerente pelo Ofício CVM/SIN/GIR/Nº 3.286, de 18 de dezembro de 2009 (fl. 1.122).

Como referência para a decisão, a SIN tomou o julgamento do Processo CVM nº RJ-2007-11399, onde foi mantida decisão de indeferimento a profissional que não preenchia o requisito de "*reputação ilibada*" em razão de sua condenação a uma pena de inabilitação temporária e duas advertências.

Em razão do indeferimento, em 5 de janeiro de 2010 o interessado veio apresentar recurso contra a decisão da SIN (fls. 1.126-1.435).

2. Das Razões do Recurso

O recorrente, em seu recurso, inicialmente alega que "*a razão de indeferimento alegada pela SIN viola os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência*".

Dessa forma, considera o recorrente que o indeferimento por ausência de reputação ilibada baseado na condenação ocorrida no PAS nº 03/04 representa uma antecipação da pena, já que o recurso ainda está sujeito a julgamento pelo CRSFN, o que alega se tratar de "*situação não albergada pelo direito vigente*".

Alegou também o recorrente que a existência de um conceito jurídico indeterminado no rol das exigências para a autorização para o exercício da atividade de administração de carteiras – como é o conceito de reputação ilibada – não teria o "*condão de transmutar o ato administrativo vinculado em discricionário*", como na hipótese da autorização administrativa, que é concedida e pode ser cancelada com base em um juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Ainda, considera o recorrente que aquela decisão "*contraria os precedentes dessa i. Comissão sobre o tema, além de contrariar precedente do Poder Judiciário e entendimento do Ministério Público Federal sobre a questão*".

Para sustentar essa afirmação alega que "*o efeito suspensivo existe para impedir que a decisão submetida ao duplo grau produza qualquer efeito, garantindo segurança jurídica aos julgamentos e privilegiando os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência*".

O recorrente também cita, para fundamento à tese defendida, a decisão judicial no âmbito da Apelação em Mandado de Segurança, Processo nº 2002.51.01.016511-9 (fls. 1.138/1.141), julgado em 30/4/2008 pela 8ª Turma Especializada do TRF, com o seguinte teor:

2. A garantia de presunção de inocência pode ser aplicada ao âmbito administrativo.

3. Enquanto não há julgamento definitivo dos recursos perante o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, não há como impedir a impetrante de exercer sua atividade profissional, e negar-lhe registro junto à CVM.

4. Tendo oportunamente recorrido, não pode ser prejudicada a impetrante pela demora no julgamento de seus recursos, quer relativamente ao Inquérito Administrativo quer quanto ao recurso do indeferimento de seu pedido de obtenção de novo registro.

5. A ampla defesa não está restrita ao âmbito penal, mas configura uma garantia primordial para a conviência social, necessária à manutenção do Estado Democrático de Direito no Brasil.

6. Apelação e remessa necessária a que se nega provimento.

Em conclusão, ainda expõe o recorrente que não seria possível comparar este caso àquele contido no Processo CVM nº RJ-2007-11399, pois tratariam ambos os casos de hipóteses "*bastante diferentes*".

Nesse sentido, asseverou que este caso guardaria, assim, mais semelhança com aquele do Processo CVM nº RJ-2002-4677, onde o Colegiado decidiu não cancelar o registro do então recorrente como administrador de carteiras, mesmo após a imposição de pena de 10 anos de inabilitação pelo BACEN, haja vista o efeito suspensivo de recurso impetrado no CRSFN.

Ou, nas palavras do próprio recorrente, onde "*os princípios da ampla defesa, contraditório, e presunção de inocência prevaleceram sobre a errônea concepção de que uma condenação suspensa e submetida ao duplo grau de jurisdição pode macular a reputação de uma pessoa, subtraindo-lhe a qualidade de ilibada*".

3. Manifestação da Área Técnica

Como se sabe, a Instrução CVM nº 306/99 exige, para a concessão do credenciamento a administradores de carteira pessoas naturais, que o requerente atenda ao requisito de reputação ilibada, como disposto no artigo 4º, III, da Instrução CVM nº 306/99:

Art. 4º A autorização para o exercício da atividade de administração de carteira de valores mobiliários somente é concedida a pessoa natural domiciliada no País que tiver:

...

O conceito de reputação ilibada já foi tratado em alguns precedentes da CVM, como o contido, por exemplo, no âmbito do Processo CVM RJ-2002-5845, julgado em 12/11/2002:

8. A reputação é algo que se adquire ao longo da vida e que é maculada pelo próprio desempenho do indivíduo. É de domínio público o que representa reputação ilibada e, certamente, todos hão de concordar que quem tem a sua reputação manchada por fraudes praticadas no mercado não pode ser autorizado a exercer a atividade de agente autônomo.

9. O conceito de reputação ilibada nem sempre é alcançado pela norma vigente, mas se traduz em "standards" que, segundo Judith Martins Costa (1), representam "...máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo".

Nesse contexto, a área técnica entende que a não concessão do credenciamento, motivado pela ausência de reputação ilibada, na realidade não implica a antecipação da pena de inabilitação temporária, ou mesmo de qualquer outra, pois a avaliação do requisito previsto no artigo 4º, III, da Instrução CVM nº 306/99 não se refere à punição disciplinar ou à extensão de seus efeitos, mas sim ao atendimento de um pré-requisito que envolve um conceito, como previsto na decisão acima citada, distinto e mais amplo.

É para a formação dessa convicção geral que contribui a existência das punições contra o recorrente, o que não depende do "exame da culpa no que se refere aos ilícitos administrativos indicados", e tampouco, tem vinculação estrita com um ou outro processo que tenha condenado o recorrente. É o que ficou definido no Voto do Dir. Eli Loria no âmbito do Processo CVM nº RJ-2007-11399, usado como fundamento ao indeferimento:

Assim, no meu entender, para aferir-se o preenchimento do requisito "ilibada reputação", as condenações anteriores deverão ser consideradas, mesmo sem ter havido trânsito em julgado na esfera administrativa.

A necessidade de proteção da poupança popular faz necessário o exame da natureza das infrações indicadas e as circunstâncias do caso, a gravidade e a época dos fatos, a punição aplicada e o histórico do peticionário junto aos órgãos reguladores do Sistema Financeiro Nacional, BACEN, CVM, SUSEP e SPC, não se confundindo com o exame da culpa no que se refere aos ilícitos administrativos indicados.

Assim, como a decisão de indeferimento não partiu de uma inferência simples e direta da condenação à inabilitação movida contra o recorrente, não crê a área técnica que se possa assumir essa decisão como uma "antecipação da pena", ou mesmo uma afronta a princípios como os "da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência".

Perceba-se que a decisão do Processo CVM nº RJ-2002-4677, como citada pelo recorrente, faz referência essa sim a um caso concreto distinto, na qual o interessado já gozava do direito adquirido de exercer a atividade de administração de carteiras, e assim, onde "não pode[ria] a decisão de inabilitação, enquanto não confirmada pelo CRSFN, servir de fundamento para o cancelamento da autorização do Sr. Dryel Menacker Salgueiro para o exercício da atividade..."

Também não vemos como procedente a alegação de que o uso do conceito de reputação ilibada para o indeferimento teria convertido um ato administrativo vinculado em discricionário, pois esse entendimento já não vem sendo acompanhado pelo Colegiado da CVM, como podemos ver, por exemplo, do teor do item 4 do Voto do Dir. Sérgio Weguellin no âmbito do Processo CVM nº RJ-2002-4677:

1. Em primeiro lugar, cabe destacar a inequívoca natureza da autorização administrativa, que pode ser definida – conforme a melhor doutrina especializada (2) – como ato discricionário e precário pelo qual o Poder Público dá seu consentimento à realização de certos atos ou atividades por particulares. Deve-se ter em mente que esta é a natureza da credenciamento outorgado pela CVM aos administradores de carteira que atuam no mercado de capitais.

2. Diferentemente de atos como a licença ou a admissão, a autorização não pressupõe um direito pré-existente do interessado, que apenas é declarado pela Administração Pública. É concedida em caráter precário, e pode ser revogada a qualquer tempo, diante de motivos adequados e justificáveis. O art.11 da Instrução nº 306/99, que fundamentou a decisão da SIN, conforma-se claramente a estes princípios.

Nesse sentido, o fato de existir apenas uma pena de inabilitação temporária pendente de recurso no CRSFN não permite que ela seja desconsiderada sumariamente para o juízo da reputação do requerente, pois a natureza da infração cometida ("infração aos deveres de diligência e de lealdade") que resultou na condenação pelo Colegiado da CVM revela uma irregularidade de grande peso para quem se propõe a administrar recursos de terceiros. O dispositivo legal que ensejou a condenação pela CVM possui o seguinte teor:

Dever de Lealdade

Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

...

II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;

Assim, há que se ter em mente que a atividade de gestão de recursos, que concede ao recorrente o acesso direto aos recursos da poupança pública, também exige o cumprimento a deveres de diligência, zelo e cuidado congêneres àqueles previstos no artigo 155 da Lei de Sociedade por Ações, como vemos, por exemplo, previsto no artigo 14, II, da Instrução CVM nº 306/99, ou no artigo 65-A, I, da Instrução CVM nº 409/04:

Art. 14. A pessoa natural ou jurídica responsável pela administração da carteira de valores mobiliários deve observar as seguintes regras de conduta:

...

II - empregar, no exercício de sua atividade, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma dispensar à administração de seus próprios negócios, atuando com lealdade em relação aos interesses de seus clientes, evitando práticas que possam ferir a relação fiduciária com eles mantida, e respondendo por quaisquer infrações ou irregularidades que venham a ser cometidas sob sua gestão;

Art. 65 –A. O administrador e o gestor estão obrigados a adotar as seguintes normas de conduta:

I – exercer suas atividades buscando sempre as melhores condições para o fundo, empregando o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma dispensar à administração de seus próprios negócios, atuando com lealdade em relação aos interesses dos cotistas e do fundo, evitando práticas que possam ferir a relação fiduciária com eles mantida, e respondendo por quaisquer infrações ou irregularidades que venham a ser cometidas sob sua administração ou gestão;

Dessa forma, deve ser questionada se é cabível a concessão de um credenciamento para o exercício de uma atividade que exige reputação ilibada, em um contexto onde o recorrente possui uma condenação sobre irregularidade praticada justamente em um tema que é crucial para a atividade sujeita ao registro; ou, em outras palavras, onde é possível identificar uma forte relação entre a natureza da irregularidade tratada pela condenação (infração aos deveres de lealdade) e os requisitos de conduta da atividade objeto do requerimento (relação fiduciária com os clientes).

Aliás, além da natureza da irregularidade praticada, também a própria gravidade da condenação, que impôs ao recorrente uma pena de natureza grave, nos termos do artigo 11, IV, c/c § 3º, da Lei nº 6.385/76 (o tipo de pena mais grave possível previsto naquele dispositivo), parece evidenciar um inegável abalo à reputação do interessado. São os termos da lei:

Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades:

...

IV - inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, para o exercício dos cargos referidos no inciso anterior;

...

§ 3º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, as penalidades previstas nos incisos III a VIII do "caput" deste artigo somente serão aplicadas nos casos de infração grave, assim definidas em normas da Comissão de Valores Mobiliários.

Nesse mesmo sentido, aliás, também já caminhou o entendimento do Colegiado refletido, por exemplo, no Voto da Dir. Rel. Norma Jonssen Parente na decisão referente ao Processo CVM nº RJ-2003-1110, julgado em 3/11/2004:

4. Não há dúvida de que o indeferimento do pedido se deu pela simples razão de à época pairar sobre o interessado a condenação à pena de inabilitação aplicada pelo Banco Central pelo prazo de 10 anos, que pressupunha o cometimento de falta grave e colocava em dúvida sua reputação.

Por fim, considera a SIN que também não deve prosperar a alegação de que seja inapropriado o caso julgado no Processo RJ-2007-11399 como fundamento ao indeferimento em razão da diferença na quantidade de punições, pois o aspecto principal nessa comparação e na avaliação da reputação ilibada que deve ser observado não é o simples número de condenações aplicadas contra o recorrente, mas sim, a aplicação de um critério que leve em conta a natureza, a gravidade e o momento em que foram as irregularidades praticadas e condenadas, mesmo que delas ainda não conste sentença definitiva.

4. Conclusão

Em razão do exposto, sugere-se a manutenção da decisão da área técnica ora recorrida, e, em consequência, a submissão do presente recurso à apreciação do Colegiado, com proposta de relatoria por parte desta SIN.

Atenciosamente,

Francisco José Bastos Santos

Superintendente de Relações com Investidores Institucionais