

Recorrente: Sérgio Cardoso da Silva

Assunto: Recurso contra decisão que aplicou multa cominatória por descumprimento do disposto em ato declaratório.

Diretor: Otavio Yazbek

Relatório

I. Objeto

1. Trata-se de recurso apresentado por Sérgio Cardoso da Silva ("Recorrente") contra decisão da Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários ("SMI") que aplicou multa cominatória por descumprimento do disposto no Ato Declaratório CVM n.º 9.905, de 26.6.2008.

II. Fatos e Autuação

II.A. Expedição do ato declaratório

2. Em 4.6.2008, foi protocolada correspondência por meio da qual se denunciou que o Recorrente estaria praticando atos que poderiam ser enquadrados como intermediação irregular de ações. A autuação desta correspondência deu origem ao Processo CVM n.º 2008/6000.
3. Em 26.6.2008, após análise e providências, o Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários expediu o Ato Declaratório n.º 9.905/2008 a fim de explicitar que o Recorrente não estaria autorizado por esta Autarquia a intermediar negócios que envolvessem valores mobiliários. Na mesma ocasião estipulou-se, para o caso de descumprimento da ordem de abstenção, multa diária no valor de R\$ 500,00. No dia seguinte, o referido Ato Declaratório foi publicado no Diário Oficial da União e expediu-se o OFÍCIO/CVM/SMI/N.º 52/2008, dando ciência ao Recorrente da publicação.

II.B. Descumprimento do ato declaratório

4. Ainda nos autos do Processo CVM n.º 2008/6000, em 30.6.2008, foi emitida a Solicitação de Inspeção CVM/SMI/N.º 001/08 para que a Superintendência de Fiscalização Externa ("SFI") apurasse a prática de intermediação irregular.
5. Em 31.3.2009, por meio do Relatório de Inspeção CVM/SFI/GFE-1/N.º 003/2009 (fls. 130-142), a SFI, após analisar as operações realizadas pelo Recorrente na bolsa e constatar que um número expressivo das ações negociadas fora transferido dos escrituradores para a central depositária, concluiu que Iônio Gamboa Freire e Sérgio Cardoso da Silva, habitualmente e em conjunto, adquiriam, fora de bolsa, valores mobiliários a preços aviltados, posteriormente os alienando em operações bursáteis. Não integrando o sistema de distribuição de valores mobiliários, constatou-se que ambos estariam atuando em descumprimento ao inc. II do art. 16 da Lei n. 6.385, de 7.12.1976.
6. A Gerência de Análise de Negócios, com base em diligências complementares, apurou, na Análise/CVM/SMI/GMN/N.º 036/09 (fls. 70-74), de 6.10.2009, que dentre as operações destacadas no Relatório acima mencionado, o Recorrente teria transferido valores mobiliários para si em nove dias diferentes após a data de publicação do Ato Declaratório n.º 9.905/2008. Daí decorre que a ele se deveria, então, aplicar multa de R\$ 4.500,00.
7. A cobrança desta foi efetuada por meio do Ofício/CVM/SMI/N.º 27/10, recebido pelo Recorrente em 12.7.2010 (fl. 88).

II.C. Recurso

8. Em 23.7.2010, o Recorrente apresentou recurso (fls. 1-12), no qual argumenta, em apertada síntese, o seguinte:
 - i. preliminarmente, que o processo é nulo e que a manutenção da multa representaria um desrespeito ao " *princípio da legalidade estrita*" e ao "*direito constitucional da ampla defesa e do contraditório*", uma vez que:
 - a. "*a Comissão somente pode impor obrigações a terceiros nos casos em que houver expressa previsão legal e, ainda assim, nos estritos limites da norma respectiva*", sendo que, neste caso, "*não há em nenhum momento no ordenamento jurídico disposição contrária à venda de valores mobiliários de forma privada*";
 - b. a suposta prática de intermediação irregular foi apurada no Processo CVM n.º RJ 2008/6000, que o Recorrente não teve a oportunidade de consultar e que, mesmo porque ele já se encontrava "arquivado";
 - ii. o direito à ampla defesa e ao contraditório também foram afrontados quando, no " *Processo Administrativo Punitivo*", (a) somente se fez "*singela menção de intermediação irregular de 09 (nove) dias em negócios com ações*", e (b) não se precisou com relação a qual dispositivo legal ou regulamentar se verificou a transgressão do Recorrente;
 - iii. no mérito, que não se pode imputar ao Recorrente a prática de intermediação irregular, uma vez que:
 - a. não haveria habitualidade na prática do Recorrente;
 - b. os atos praticados não se enquadram em nenhum dos incisos do art. 16 da Lei n.º 6.385/1976^[1], inclusive porque quem "*realiza intermediação irregular não mantém em carteira os mesmos valores mobiliários por tão pouco tempo*"; e
 - c. todos os atos de compra e venda dos títulos foram processados regularmente e nenhuma reclamação foi apresentada por qualquer dos sujeitos envolvidos nas operações.
- iv. na definição do valor da multa aplicada ao Recorrente, inclusive porque não houve intenção de cometer qualquer infração, quanto mais dolo ou má-fé, não se respeitou (a) o disposto nos arts. 3º^[2], 12^[3] e 14^[4] da Instrução CVM n.º 452, de 30.4.2007, (b) a sistemática do art. 11 da Lei n.º 6.385/1976, e (c) a necessidade de se fundamentar o critério utilizado; e

- v. não se observou a "prescrição no direito de aplicar a multa, tendo em vista que a mesma ocorreu em prazo superior a 02 (dois) meses, em desacordo com a instrução da CVM".

II.D. Manifestação da área técnica

9. Após trâmite relacionado às vistas dos autos que foram dadas ao representante do Recorrente, a área técnica, por meio do MEMO/CVM/SMI/GMN/N.º 050/2011 (fls.143-147), de 27.7.2011, registrou o seguinte:
- embora o Recorrente não tenha tido vista do Processo antes da interposição do seu recurso, o acesso foi posteriormente conferido, tendo, aliás, sido dada a oportunidade para o aditamento da defesa;
 - "as infrações cometidas pelo Recorrente são aquelas apuradas no âmbito do Processo CVM RJ-2008-6000, pormenorizadamente explicitadas na ANÁLISE/CVM/SMI/GMN/N.º 036/09";
 - "os dispositivos legais que fundamentam a aplicação da multa constam do próprio [Ato Declaratório], a saber, os artigos 9º, 11, 15 e 16 da Lei N.º 6.385/76";
 - trata-se de multa extraordinária, a qual não se aplica o art. 3º da Instrução CVM n.º 452/2007, não se aplicando também no presente caso os arts. 12 e 14 desta mesma Instrução ou, então, a lógica de que o Recorrente deveria ser advertido antes de ser multado; e
 - "o valor diário da multa cominatória está explicitado no próprio [Ato Declaratório], portanto não há como acolher qualquer contestação de critério ou fundamento para o valor".

II.E. Encaminhamento ao Colegiado e pedido de vista

10. Ante a manutenção do entendimento da área técnica, o presente processo foi encaminhado, em 23.8.2011, para apreciação do Colegiado (fls. 149-150). A discussão se iniciou na Reunião de 30.8.2011, ocasião em que pedi vista dos autos.

É o relatório.

Voto

- O recurso apresentado parte de um equívoco, havendo-se entendido que a multa em questão era pena aplicada como resultado do processo administrativo sancionador[5]. Impõe-se, desta maneira, iniciar pelo esclarecimento de que se trata de assuntos distintos, sujeitos a procedimentos também diferentes.
- Tal esclarecimento é tanto mais importante quando se verifica que foi essa confusão que levou o Recorrente a levantar uma série de questionamentos sobre garantias constitucionais em face do procedimento adotado. Da mesma maneira, essa aparente confusão pode nos levar a questionar a lógica que se encontra por trás do art. 10 da Instrução CVM n.º 452, de 30.4.2007[6].
- Esta questão já foi analisada, ainda que indiretamente, quando da decisão do Processo CVM n.º RJ 1999/2181, em 8.12.2000. Naquela ocasião, entendeu-se que, em face da escala de prioridades que a autarquia deveria adotar, somente se deveriam instaurar processos administrativos sancionadores nos casos em que se verificasse a continuidade da prática infratora após a ciência do agente acerca da aplicação da multa cominatória[7]. É da aplicação dessa multa cominatória que se está tratando no presente caso – o procedimento parece-me, então, correto.
- No presente caso, o SMI notificou o Recorrente (por meio do Ofício/CVM/SMI/N.º 52/2008) para que ele se abstinhasse de praticar a atividade de intermediação de valores mobiliários, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00. Também neste mesmo ato, mencionou-se que tal imposição se baseava no disposto ao art. 16 da Lei n.º 6.385/1976 e que a competência para tal imposição estava fundada na Deliberação CVM n.º 529, de 9.1.2008, e no art. 9º, §1º, IV, da Lei n.º 6.385/1976 combinado com o inciso I, "c", da Resolução CMN n.º 702, de 26.8.1981.
- Apenas não se fez, naquele momento, menção à última exigência do art. 7º da Instrução CVM n.º 452/2007 (de informar a respeito do cabimento de recurso para o Colegiado), uma vez que não se impusera, ainda, a obrigação de pagar nenhuma multa. Isto apenas ocorreu posteriormente, por meio do Ofício/CVM/SMI/N.º 27/10 onde, corretamente, mencionou-se a possibilidade de interposição de recurso, no prazo de 10 dias, na forma do art. 11, §12, da Lei n.º 6.385/1976.
- Nesse sentido, portanto, acredito que foram respeitadas todas as prescrições legais e regulamentares pertinentes, inclusive quanto à propriedade da fixação da multa diária imposta ao Recorrente, estipulada nos termos do 9º da Instrução CVM n.º 452/2007 e em linha com os precedentes similares.
- A questão que então se deve colocar é a da caracterização da conduta do Recorrente como contrária ao disposto no Ato Declaratório CVM n.º 9.905/2008, vale dizer, como prática de intermediação irregular, nos termos e para os fins do art. 16 da Lei n.º 6.385/1976.
- E quanto a este ponto, os precedentes da CVM [8] demonstram que, para a atuação dos chamados "garimpeiros" caracterizar-se como intermediação irregular, deve-se constatar a habitualidade na compra de valores mobiliários fora de bolsa seguida da sua alienação em bolsa. Parece, portanto, irrelevante se as operações individuais eram ou não regulares ou que não tenha havido nenhuma reclamação por qualquer dos sujeitos envolvidos nas operações[9].
- No caso concreto, creio ser suficiente a análise dos documentos produzidos pela área técnica [10], já que, a meu ver, as aquisições privadas identificadas na Análise/CVM/SMI/GMN/N.º 036/09 foram adequadamente identificadas como descumprimento da obrigação que cabia ao

Recorrente. Note-se que a multa aplicada não abrangeu indiscriminadamente todas as operações realizadas pelo Recorrente no mercado. O que se fez foi identificar aquelas transferências que, realizadas nos livros do escriturador, de maneira sistemática, correspondem à primeira movimentação caracterizadora da intermediação irregular (que são a "primeira perna" da operação, para usar uma terminologia mais cotidiana de mercado). Com base exclusivamente na identificação de tais operações, determinou-se a aplicação da correspondente multa cominatória. Ou seja, não se procurou impedir que o Recorrente operasse em mercado regularmente, apenas se atingindo aquele tipo de movimentação que, reiterada, quando realizado sistematicamente, caracteriza-se como constitutiva da intermediação irregular.

10. Isto posto, julgo o recurso improcedente, mantendo a multa aplicada pela SMI em razão do descumprimento do Ato Declaratório CVM n.º 9.905/2008.

É o meu voto.

Rio de Janeiro, 27 de dezembro de 2011

Otávio Yazbek

Diretor Relator

[1] Art. 16. *Depende de prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários o exercício das seguintes atividades: I - distribuição de emissão no mercado (Art. 15, I); II - compra de valores mobiliários para revendê-los por conta própria (Art. 15, II); III - mediação ou corretagem de operações com valores mobiliários; e IV - compensação e liquidação de operações com valores mobiliários. Parágrafo único. Só os agentes autônomos e as sociedades com registro na Comissão poderão exercer a atividade de mediação ou corretagem de valores mobiliários fora da bolsa.*

[2] Art. 3º. *Verificado o descumprimento de obrigação de fornecer informação periódica, o Superintendente da área responsável fará enviar, nos 5 (cinco) dias úteis seguintes ao término do prazo, comunicação específica, dirigida ao responsável indicado no cadastro do participante junto à CVM, alertando-o de que, a partir da data informada, incidirá a multa ordinária prevista na regulamentação aplicável, devidamente indicada.*

[3] Art. 12. *A multa cominatória começará a fluir no dia seguinte ao recebimento das comunicações de que tratam os arts. 3º e 4º, ou do termo previsto na comunicação de que trata o art. 7º, e, quando de sua aplicação, não incluirá em seu cômputo o dia em que houver sido cumprida a obrigação.*

[4] Art. 14. *A multa cominatória incidirá pelo prazo máximo de 60 (sessenta) dias, findo o qual proceder-se-á do modo estabelecido nos arts. 5º ou 10, conforme o caso.*

[5] Vide, por exemplo, as referências que ele faz à "*Processo Administrativo Punitivo*" e à sistemática do art. 11 da Lei 6.385/1976, que é própria dos processos administrativos sancionadores.

[6] Art. 10. *Caso a obrigação somente seja cumprida após fluência da multa extraordinária, ou se o prazo limite de que trata o art. 14 for atingido sem que a obrigação seja cumprida, a multa cominatória será aplicada e cobrada, sem prejuízo da instauração de processo administrativo sancionador. Parágrafo único.* O Superintendente da área responsável, ou o Superintendente Geral, conforme o caso, poderá decidir, fundamentadamente, pela não instauração do processo administrativo sancionador, se concluir que a ação ou a omissão verificada não causou dano relevante ao mercado ou aos investidores.

[7] Naquela ocasião, orientou-se que, em casos como este, (i) primeiro, se preservasse o mercado por meio da emissão de "*stop order*" e da estipulação de uma multa em caso de descumprimento; (ii) depois, caso houvesse continuidade da prática, se aplicasse e se cobrasse a correspondente multa cominatória; e (iii) por fim, caso se constatasse reincidência e/ou fraude, que se instaurasse processo administrativo sancionador.

[8] Cf., exemplificativamente, Processos CVM n.º RJ 1999/2181, RJ 2002/7547, SP 2009/0206, decididos, respectivamente em 8.12.2000, 26.5.2003 e 23.3.2011.

[9] Sobre esta distinção entre ato e atividade de intermediação irregular, veja-se o voto do então diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos no Processo CVM n.º RJ 2002/7547, decidido em 26.5.2003.

[10] Dentre esses elementos, vale destacar a identificação da relação mantida entre o Recorrente e o Sr. Iônio Gamboa Freire, agente cuja conduta foi objeto do Ato Declaratório CVM n.º 9.169, de 9 de fevereiro de 2007 e com relação ao qual também foi imposta multa cominatória no âmbito do Processo CVM n.º SP 2009/0206, cujo recurso foi decidido pelo Colegiado em 23.3.2011.