

## DECISÃO DA DIRETORA-RELATORA

## PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 05/2008

Objeto: Apurar eventuais irregularidades em negócios realizados nos mercados futuros da BM&F, no período de 2004 a 2006, supostamente em prejuízo do FITVM Librium - Fundo exclusivo da FAPES (Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDDES).

Assunto: Pedidos de prova.

ACUSADOS	ADVOGADOS
Acílio Alves Borges Junior	João Carlos Castellar – OAB/RJ nº 39.805
Cesar Portella Santos	João Carlos Castellar – OAB/RJ nº 39.805
Pedro Stenzel Brasileiro da Costa	João Carlos Castellar – OAB/RJ nº 39.805
Ricardo de Azevedo Marques Bellens	João Carlos Castellar – OAB/RJ nº 39.805
João Marcos Cintra Gordinho	José Eduardo Carneiro Queiroz – OAB/SP nº 150.350
Clovis Souto Wanderley Filho	Marcelo de Mello Corrêa – OAB/RJ nº 107.825
Caio Alexandre Hall Nielsen	Maria Isabel do Prado Bocater OAB/RJ nº 28.559
Carlos Alberto Neves de Queiroz	Fernando Orotavo Lopes da Silva Neto – OAB/RJ nº 71.245
Celso Tanus Atem	Fernando Orotavo Lopes da Silva Neto – OAB/RJ nº 71.245
Mauricio Atem	Fernando Orotavo Lopes da Silva Neto – OAB/RJ nº 71.245
Carlos Ernesto Bohn	Michel Asseff – OAB/RJ nº 4.527
Elizabeth Ferreira Otoni de Azevedo	Michel Asseff – OAB/RJ nº 4.527
Leonardo Ramos Ribeiro	Michel Asseff – OAB/RJ nº 4.527
Lygia Anastasia Ramos	Michel Asseff – OAB/RJ nº 4.527
Manoel Germano Mafort	Michel Asseff – OAB/RJ nº 4.527
Serrainvest Factoring Fomento Mercantil Ltda.	Michel Asseff – OAB/RJ nº 4.527
John Marcos Acland Hindmarsh	Não constituiu advogado

1. Em 24/10/2012, os defendentes Carlos Alberto Neves de Queiroz, Maurício Atem e Celso Tanus Atem apresentaram petição (fls. 2.350/2.430) reiterando o pedido de provas formulado à fl. 1.948 dos presentes autos, aduzindo, ainda, novos argumentos e formulando novos pedidos de prova.

2. O julgamento do presente feito estava marcado para o dia 30/10/2012. No entanto, tendo constatado que, de fato, o pedido de fl. 1.948 não havia sido apreciado previamente, decidi pelo adiamento *sine die* da referida sessão de julgamento e passo, conforme as razões adiante aduzidas, a apreciar o pedido formulado pelos defendentes acima aludidos.

3. O item 273 da defesa apresentada às fls. 1.872/1.949 requereu " a *degravação das gravações de voz solicitadas pela CVM, às fls. 1.077, fornecidas pela FAPES através de um CD-Rom, acostado às fls. 1.111*".

4. Tal prova, contudo e inclusive à luz da jurisprudência brasileira sobre o tema, revela-se absolutamente desnecessária, na medida em que a mídia eletrônica em questão foi disponibilizada aos defendentes desde o momento em que foram intimados para apresentação das respectivas defesas. Aliás, conforme petição dos defendentes acima identificados datada de 03/09/2009 (fls. 1.796/1.797), foi solicitada – e deferida – a prorrogação do prazo de defesa, devido à "enorme quantidade de informações relativas ao processo, sendo mais de 1.500 (mil e quinhentas) páginas de documentos e mais de 1.600 (mil e seiscentas) gravações da mesa de operação da Fundação

de Assistência e Previdência Social do BNDES – FAPES constantes dos cd-rooms, os quais foram disponibilizados somente em meados de agosto do presente ano". Ou seja, os defendentes têm em suas mãos as mídias digitais em questão há mais de 3 anos e não utilizaram qualquer trecho das conversas gravadas seja em suas defesas, seja agora no pedido ora analisado.

5. A respeito do tema, a jurisprudência dos tribunais brasileiros é uníssona no sentido de considerar desnecessária a degravação de todas as informações contidas em mídias eletrônicas acostadas aos autos de processos. Mesmo no direito penal, que lida com direito de liberdade das pessoas, a jurisprudência não exige a degravação, inclusive por ser ela contrária à exigência constitucional de celeridade prevista no art. 5º, LXXVIII, o qual estabelece que "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*" Nesse sentido, vale citar, por exemplo, os seguintes trechos de julgados:

"6. A integralidade das gravações da prova oral produzida na instrução criminal restou entregue a todos os acusados, mediante a disponibilização da cópia do respectivo CD-ROM (reprodução de som e imagem), portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa, até porque o art. 405, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, prevê a adoção desse sistema informatizado.

7. Habeas corpus denegado."

(STJ, HC - HABEAS CORPUS – 78643, 6ª Turma, Relator Ministro OG FERNANDES, DJE 17/11/2008).

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PEDIDO DE TRANSCRIÇÃO DOS DIÁLOGOS. INDEFERIMENTO. DISPONIBILIZAÇÃO DA

MÍDIA. CONSTRANGIMENTO. AUSÊNCIA.

1. De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, **não corporifica constrangimento ilegal o indeferimento de transcrição de diálogos, objeto de interceptação telefônica, desde que o magistrado disponibilize a mídia respectiva para a Defesa.**

2. Recurso a que se nega provimento."

(STJ, RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 20.472 – DF, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 04/08/2008).

6. Diante disso, indefiro o pedido de degravação do CD-Rom de fl. 1.111. E, na mesma linha e pelos mesmos fundamentos, indefiro o pedido impressão do conteúdo do CD-Rom de fl. 1.195.

7. Com relação aos demais pedidos de prova formulados, embora entenda que estão todos absolutamente preclusos, pelo fato de decorrerem de novas razões de defesa agora apresentadas sob as vestes de um suposto e mero pedido de provas, passo, mesmo assim, a analisá-los em homenagem ao princípio de que, em processos da espécie do presente, ao Estado interessa o total esclarecimento dos fatos, independentemente de provocação das partes.

8. No que tange ao pedido contido na alínea *a* do item 108 de petição de fls. 2.350/2.430, esclareço que, mesmo que as gravações ali solicitadas pudessem ser fornecidas pela FAPES<sup>[1]</sup>, em nada a confirmação pelos operadores da Corretora ao longo do dia impediria que o número de contratos confirmados (e informados à FAPES) fosse inferior àqueles, de fato, originalmente especificados em nome do Librium ou da conta nº 999.999, o que evidencia, sob qualquer ângulo, a absoluta desnecessidade de produção da prova pleiteada.

9. Além disso, não é demais mencionar que a jurisprudência também reconhece a legalidade da prova por amostragem, como é natural em casos como o presente em que são analisadas milhares de operações diariamente realizadas. Exigir a análise pormenorizada de todas as operações e reespecificações diretas e indiretas seria inviabilizar a atividade do Estado e a jurisprudência tem reconhecido, expressamente, a possibilidade de análises estatísticas e por amostras, inclusive em direito penal. Nesse sentido, por exemplo, veja o seguinte trecho da decisão abaixo transcrita:

"É fato notório que **todas as perícias envolvendo entorpecentes são feitas por amostragem, o que, em momento algum, invalida a prova.** A matéria é pacífica na doutrina e jurisprudência, não havendo qualquer lógica na argumentação da defesa". <sup>[2]</sup>

10. Quanto ao pedido referido na alínea *b* do item 108 de petição de fls. 2.350/2.430, entendo que o depoimento do Sr. Agostinho Rinoldi Júnior é completamente desnecessário. Em primeiro lugar, porque a Corretora já apresentou todas as informações (conforme correspondência de fls. 1.201/1.203, assinada pelo próprio Sr. Agostinho Rinoldi Júnior) sobre os procedimentos por ela adotados para a reespecificação de negócios e em relação à conta nº 999.999, conforme foi solicitado pelo Ofício/CVM/SPS/GPS-2/Nº 009, de 03/02/09 (fl. 1.198). Além disso, e ainda a respeito dos procedimentos de reespecificação e da conta nº 999.999 também foram tomados os depoimentos dos funcionários do *back-office* da Corretora (fls. 1.126/1.132) e adotadas as diligências narradas, por exemplo, nos itens 29 a 35 do Relatório de fls. 1.435/1.541.

11. Quanto à solicitação de depoimento do Sr. Marcelo de Abreu Borges, cabe esclarecer que, ao contrário do que tentam fazer crer os defendentes, as áreas acusatórias não foram negligentes neste particular, dado que, inclusive, realizaram, em mais de uma oportunidade, diligências no sentido de tomar o depoimento deste senhor que, no entanto, restaram infrutíferas (OFÍCIOS/CVM/SPS/GPS-2/N<sup>os</sup> 157/08 e 004/09). Apesar de ambos os ofícios terem sido recebidos nos seus destinos, em nenhuma das datas programadas para depoimento Marcelo de Abreu Borges compareceu a esta Autarquia (fls. 1.009 e 1.197). Nesse sentido, foram lavrados os Termos de Não Comparecimento de fls. 1.544 e 1.546/1.547 e aplicadas as multas cominatórias cabíveis.

12. O fato de ter comparecido, por meio de advogado, para apresentar defesa nos autos de outro processo administrativo sancionador em nada altera a situação. Acusado nos autos de um processo compareceu espontaneamente para se defender. Intimado para prestar depoimento nos presentes autos não compareceu e esta Autarquia não tem poder legal para condução coercitiva de pessoas para prestação de esclarecimentos.

13. No que concerne ao pedido contido na alínea *d* do item 108 de petição de fls. 2.350/2.430, faz-se necessário esclarecer que os supostos prejuízos da FAPES mencionados no Anexo 2 do Relatório de Análise do GMA-2 nº 055/06 apenas chamaram a atenção da área de acompanhamento e deram origem às investigações. A própria acusação sequer menciona esse suposto prejuízo de R\$ 49.601.435,00 com ajustes diários para fundamentar as imputações ali formuladas. Aliás, a acusação é muito clara quando esclarece que "*não restou comprovado que o prejuízo registrado pelo Fundo tenha sido consequência direta do lucro obtido pelos comitentes, mas sim resultante da execução de estratégias previamente definidas e informadas pelo Comitê de Investimento da FAPES, em conjunto com a atuação concertada e dolosa de operadores e comitentes da [Corretora]*" (fl. 1524).

14. Ou seja, o prejuízo aqui não está em causa. O que se questiona, nestes autos, são os lucros supostamente irregulares atribuídos aos acusados. Neste particular, a área acusadora explicitou os argumentos que utilizou para imputar as responsabilidades e as defesas apresentaram os seus contra argumentos, que serão analisados quando do julgamento do mérito do presente processo sancionador.

15. Pelo exposto, indefiro os pedidos formulados.

16. No ensejo, e tendo constatado a existência de outros pedidos de prova formulados por outros defendentes e ainda não analisados, passo a fazê-lo, conforme os argumentos abaixo.

17. Os Defendentes Acílio Alves Borges Júnior, Cesar Portella Santos, Pedro Stenzel Brasileiro da Costa e Ricardo de Azevedo Marques Bellens Porto arguíram que não tiveram acesso aos autos do processo administrativo Nº SP2006/221 que originou o presente PAS. Este argumento não procede. De fato, o presente PAS originou-se neste processo, conforme mencionado no Relatório da Acusação (fl. 1.437). Contudo, todas as 200 páginas do processo SP2006/221 (extinto) foram trasladadas aos autos do presente PAS e devidamente reenumeradas, conforme pode se constatar ao se folhear o primeiro volume deste último. Não há referência a documentos externos neste PAS. Aliás, uma vez solicitados, todos os documentos apresentados pela defesa foram incorporados ao processo, e todas as solicitações de vistas requeridas pelos Defendentes foram deferidas. As mídias (CDs) também foram disponibilizadas aos Defendentes, conforme documentado nos autos.

18. Quanto ao pedido apresentado por Clóvis Souto Wanderley Filho (fl. 1.795), entendo que não há razão nenhuma para esta Autarquia considerar as operações lícitas em outros mercados e corretoras, pois estas não têm nenhuma relação com o caso em tela. Com relação ao pedido referido na alínea *c* de fl. 1.795, cabe esclarecer que a questão do uso da conta nº 999.999 pela Corretora encontra-se devidamente esclarecida nos autos, conforme mencionado no item 9 desta decisão.

19. No que concerne ao pedido relacionado à intimação da FAPES para prestar esclarecimentos sobre os custos de *hedge* da sua carteira principal e sobre sua política de proteção durante o período investigado, informo que esta política é pública e encontra-se disponível no site da Fundação ([www.fapes.com.br](http://www.fapes.com.br)) e poderia ter sido trazida aos autos pelos defendentes que a considerassem importante para suas defesas.

20. Antes de concluir a presente decisão, vale recordar que a jurisprudência de nossos Tribunais, em total consonância com o disposto no art. 38, § 2º, da Lei nº 9.784/99, é pacífica quanto à inexistência de um direito absoluto à produção de prova, facultando ao julgador o indeferimento de provas impertinentes, desnecessárias, irrelevantes e protelatórias.

21. Por todos os fundamentos acima aduzidos, indefiro os pedidos de prova formulados nos presentes autos.

22. Intimem-se as partes por meio de publicação no Diário Oficial da União, nos moldes do art. 40 da Deliberação CVM nº 538/08.

À CCP.

Rio de Janeiro, 26 de outubro de 2012.

Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes

DIRETORA - RELATORA

[1] Dado que passaram mais de 5 anos dos fatos ocorridos.

[2] TRF 3ª Região, Apelação Criminal nº 00072436320114036119, 5ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, e-DJF3 11/09/2012.