

**SESSÃO DE JULGAMENTO DO
INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº TA-RJ2003/4953**

Indiciados : José Carlos Lopes Xavier de Oliveira

Mellon Brascan Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A

Ementa : **A correção de irregularidade contida em regulamento do fundo no prazo estabelecido pela CVM não enseja a aplicação de penalidade mediante inquérito administrativo.**

Decisão : Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, acompanhando o voto da Diretora-Relatora, decidiu, por unanimidade de votos, absolver os indiciados.

A CVM oferecerá recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional de sua decisão.

Proferiu defesa oral o Dr. Luis Hermano Caldeira Spalding, advogado de José Carlos Lopes Xavier de Oliveira e Mellon Brascan Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários.

Presente à sessão de julgamento a Dra. Ana Carolina Vieira de Carvalho, representante da Procuradoria Especializada na CVM.

Participaram do julgamento os seguintes membros do Colegiado: Diretores Norma Jonssen Parente, Relatora; Luiz Antonio de Sampaio Campos e Wladimir Castelo Branco Castro, e o Presidente, Luiz Leonardo Cantidiano.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2003.

NORMA JONSSSEN PARENTE

Diretora-Relatora

LUIZ LEONARDO CANTIDIANO

Presidente

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº RJ2003/4953 – TERMO DE ACUSAÇÃO

INDICIADOS: Mellon Brascan DTVM S/A

José Carlos Lopes Xavier de Oliveira

RELATORA: Diretora Norma Jonssen Parente

RELATÓRIO DA RELATORA

DOS FATOS

1. O Latinvest Fund – Fundo de Investimento em Ações, administrado pela Mellon Brascan DTVM S/A, quando da sua constituição, era destinado exclusivamente a investidores qualificados, nos termos do artigo 99 da Instrução CVM Nº 302/99, e previa a cobrança de taxa de performance, em consonância com o disposto no parágrafo 6º do artigo 54 da mesma Instrução.
2. Em assembléia geral realizada em 30.06.2001, apesar de o regulamento ter sido modificado passando a destinar-se ao público em geral, bem como não ter estabelecido limites de aplicação, movimentação e permanência, conforme é permitido pelo parágrafo 2º do artigo 54 da referida Instrução, o fundo continuou cobrando a taxa de performance de seus quotistas (fls. 06).
3. Em nova assembléia geral realizada em 27.12.2002 em que foi alterado o cálculo da taxa de performance, manteve-se a inexistência de limites de aplicação, resgate e permanência no fundo (fls. 32).
4. Após o encaminhamento do Ofício/CVM/SIN/GIC/Nº 137/03 datado de 29.01.2003 (fls. 46) à Mellon Brascan, alertando-a para a irregularidade acima descrita e solicitando providências no prazo de 30 dias, em assembléia geral realizada em 14.02.2003 a cobrança da taxa de performance foi suprimida do regulamento do fundo (fls. 49), bem como devolvidos aos quotistas os valores indevidamente cobrados, conforme correspondência datada de 28.02.2003 encaminhada à CVM com os respectivos comprovantes (fls. 62 a 69).
5. Por entender que teriam sido descumpridos os parágrafos 2º e 6º do artigo 54 da Instrução CVM Nº 302/99, a

Superintendência de Relações com Investidores Institucionais – SIN apresentou Termo de Acusação visando responsabilizar a Mellon Brascan DTVM S/A e seu diretor José Carlos Lopes Xavier de Oliveira (fls. 01 a 04), que foram devidamente intimados (fls. 74 a 77).

DAS RAZÕES DE DEFESA

6. Às fls. 82 a 95, a Mellon Brascan e José Carlos Lopes Xavier de Oliveira apresentaram as seguintes razões:

- a. por simples erro involuntário de controle, a Mellon Brascan não atentou para o fato de que o Latinvest, em função da mudança de seu público alvo, não poderia continuar cobrando taxa de performance e não submeteu essa alteração do regulamento aos condôminos;
- b. o lapso na percepção do erro do regulamento decorreu das sucessivas mudanças ocorridas na legislação no que se refere à cobrança de taxa de performance, que foi originalmente proibida pela Instrução CVM Nº 302/99, mas liberada, sob determinadas condições, pelas Instruções CVM Nºs 326/00, 329/00 e 336/00;
- c. o ofício da CVM, ao chamar atenção para o engano, levou a Mellon Brascan a, imediatamente, creditar a favor dos quotistas as quantias cobradas de cada qual à guisa de taxa de performance;
- d. a abertura do presente inquérito administrativo, quando não mais existe a falta que o embasa, é medida meramente retaliatória, não podendo prosperar;
- e. não há motivo para penalizar o erro se este já foi corrigido e nenhuma pendência dele decorre;
- f. a distância entre erro e falta é a mesma que determina a penalização de determinado fato ou não. Ocorrido o erro, e apontado, deve ser corrigido – como o foi –, e aí se extingue a questão pelo primado da tolerância. Se não ocorrer a correção, no entanto, tem-se a falta – e esta exige a penalização;
- g. o propósito maior da CVM não é o de punir, mas o de orientar os agentes para ordenar e disciplinar o mercado. Não há uma obrigação ou um dever legal de penalizar o agente, mas sim um direito da CVM de penalizar, caso considere que existam os motivos e razões a tanto relevantes;
- h. não é necessário, nem conveniente, que todo aparato estatal seja utilizado em uma simples penalização disciplinar relativa a um evento já solucionado, sem qualquer resistência ou discussão, desperdiçando tempo e recursos da administração pública e dos administrados;
- i. o ilícito administrativo é suscetível de correção, e o papel do órgão fiscalizador é, principalmente, buscar que essas correções ocorram, em benefício do perfeito funcionamento das atividades que lhe cumpre regular e fiscalizar;
- j. quem celebra um contrato em estado de erro tem o direito de pedir a anulação do negócio, pois sua declaração de vontade está viciada por esse defeito. O erro, no entanto, não prejudica a validade do ato quando a pessoa a quem a manifestação de vontade se dirige se oferece para executá-lo na conformidade da vontade real do manifestante, como se depreende da análise dos artigos 138 a 144 do Código Civil de 1916;
- k. a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sistematizados pela Lei nº 9.784/99 e amplamente reconhecidos pela jurisprudência e doutrina brasileira, esvaziam a pretendida penalização; e
- l. por fim, não é possível aos indiciados sequer requerer a celebração de Termo de Compromisso, uma vez que o objetivo a que este se propõe já foi atingido, eis que o erro apontado foi, antes mesmo da instauração do inquérito, corrigido e devidamente indenizado.

É o Relatório.

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº RJ2003/4953 – TERMO DE ACUSAÇÃO

EMENTA: A correção de irregularidade contida em regulamento do fundo no prazo estabelecido pela CVM não enseja a aplicação de penalidade mediante inquérito administrativo.

VOTO DA RELATORA

1. O presente Termo de Acusação foi instaurado com o objetivo de responsabilizar a distribuidora Mellon Brascan e seu diretor José Carlos Lopes Xavier de Oliveira, por infração aos parágrafos 2º e 6º do artigo 54 da Instrução CVM Nº 302/99, com a redação dada pela Instrução CVM Nº 326/2000, que dispõem:

"Art. 54. (...)

§ 2º As taxas de performance somente podem ser cobradas nos fundos que atendam cumulativamente às condições

abaixo relacionadas:

a) valor mínimo individual da aplicação inicial e de permanência no fundo de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais);

b) valor mínimo individual das demais movimentações de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

(...)

§ 6º Os fundos destinados exclusivamente a investidores qualificados podem cobrar taxa de performance, de acordo com o que dispuser o seu regulamento".

2. Como se verifica do presente processo, os acusados, de fato, descumpriram tais dispositivos pois o Latinvest Fund continuou a cobrar a taxa de performance de seus quotistas, apesar de passar a se destinar ao público em geral e não mais aos investidores qualificados, bem como a não atender às condições previstas no parágrafo 2º do artigo 54 acima transcrito.
3. Ocorre que, tão logo notificada da irregularidade concernente à cobrança da referida taxa pela CVM, a Mellon Brascan não só retirou a previsão de cobrança da taxa de performance do regulamento do seu fundo de investimento Latinvest em assembléia geral como, também, procedeu à devolução integral dos valores indevidamente cobrados, conforme atestam os comprovantes acostados às fls. 62 a 69.
4. Dessa forma, tendo a Mellon Brascan reconhecido prontamente seu erro e corrigido as irregularidades apontadas dentro do prazo estabelecido, não mais se justifica, a meu ver, a aplicação de eventual punição.
5. A irregularidade em que incorreu a Mellon Brascan caracteriza-se mais como uma simples falha de controle do que como uma infração propriamente dita, merecedora de algum tipo de punição.
6. Com efeito, não deve prosperar a penalização de meras falhas, cujos autores já se deram conta de que se trata de procedimento irregular, não pretendem nele prosseguir e já repararam inteiramente os danos causados.
7. Considero fundamental que as punições aplicadas pela CVM sejam sempre dotadas de um caráter educativo e preventivo, de modo que futuras infrações sejam coibidas. A importância desse aspecto educacional das penas encontra-se inscrita no artigo 9º, parágrafo 4º, da Lei nº 6.385/76, que enuncia:

"Art. 9º (...)

(...)

§ 4º Na apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, a Comissão deverá dar prioridade às infrações de natureza grave, cuja apenação proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado. (grifou-se)

(...)"

8. Ora, no presente caso, o aspecto educativo e preventivo de uma eventual pena já foi atingido, uma vez que o agente que incorreu na falha, repita-se, já se apercebeu do aspecto irregular da sua conduta, demonstrou não ter mais interesse em praticá-la e, principalmente, corrigiu todos os efeitos danosos causados.
9. Atualmente, seria por demais utópico imaginar que no desenvolvimento de operações no mercado de capitais, setor este cada vez mais dinâmico, não ocorressem eventuais erros e falhas. Sem dúvida, não são tais deslizes – inerentes à própria natureza humana – que a lei almeja rechaçar.
10. No caso em análise, ademais, as alterações introduzidas na Instrução CVM N° 302/99 trouxeram, em um curto intervalo de tempo, regulamentações distintas acerca da cobrança de taxas de performance, o que gerou certa confusão no mercado (em pouco mais de 3 meses, foram editadas as Instruções CVM N°s 326, 329 e 336, todas do ano de 2000). Após todas essas modificações, tal cobrança acabou sendo liberada apenas sob certas condições.
11. Por outro lado, não se pode perder de vista que a CVM, ao exercer sua pretensão punitiva, deve sempre adotar como parâmetro determinados princípios que norteiam a correta interpretação e aplicação do direito, sendo interessante destacar, neste caso, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que se encontram previstos no artigo 2º da Lei nº 9.784/99 ¹.
12. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em última análise, traduzem a idéia de um senso-comum de justiça, de valorização da razão, de equilíbrio e moderação frente ao caso concreto ². Refletem, também, um posicionamento de harmonia e equivalência entre o bem jurídico violado e a punição que se pretende impor ao autor da irregularidade.
13. De modo semelhante, mostra-se o princípio da insignificância, que busca assegurar, nos dizeres do professor Cezar Roberto Bitencourt ³, "uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal". E acrescenta ensinando que "freqüentemente, condutas que se amoldam a determinado tipo penal,

sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material".

14. Vê-se, então, que não se coaduna com importantes princípios do nosso ordenamento jurídico a punição de erro que já foi, tão logo identificado, reparado, ainda mais em se tratando, na realidade, de mera falha de controle. Simples falhas, quando devidamente sanadas, não devem ser objeto de punições.
15. No caso ora sob exame, deve-se salientar o esforço, bem como a presteza, com que a administradora do fundo Mellon Brascan reverteu a situação irregular em que se encontrava, procedendo à devolução dos valores que havia cobrado indevidamente de seus quotistas, bem como a imediata alteração de seu regulamento.
16. Cabe considerar, ainda, que a CVM, além da função punitiva, possui as funções educativa e orientadora, devendo recorrer àquela apenas quando esgotadas as possibilidades de correção pelas vias administrativas normais, dado o caráter exemplificativo de que se reveste esse procedimento. Nesse ponto, cumpre registrar que a Superintendência de Relações com Investidores Institucionais – SIN, assim que identificou a irregularidade referente à cobrança da taxa de performance, notificou a administradora a respeito, permitindo a correção do problema.
17. É oportuno esclarecer que a correção do erro ocorreu no prazo estabelecido pela área técnica – tanto no que se refere à alteração do regulamento, quanto no que diz respeito à devolução dos recursos cobrados indevidamente – e se deu antes mesmo do oferecimento do presente Termo de Acusação, formulado em 09.05.2003.
18. Diante disso, foram sanadas todas as irregularidades, não remanescendo necessidade de aplicação de penalidade, e também foram preservadas oportunamente todas as regras de mercado (cláusulas de performance) que se queria proteger nos termos da legislação.
19. Desse modo, entendo que no caso, a rigor, não só não há mais necessidade ou mesmo razão para a propositura de Termo de Acusação, bem como motivo para aplicar penalidades, uma vez que não há mais o que ser corrigido ou reparado.
20. Ante o exposto, proponho a absolvição da Mellon Brascan DTVM S/A e de seu diretor José Carlos Lopes Xavier de Oliveira.

É o meu **VOTO**.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2003.

NORMA JONSSON PARENTE

DIRETORA-RELATORA

1 "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.**" (grifou-se)

2 BAROSSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva. 1996. p. 204/205.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. v. I. São Paulo: Ed. Saraiva. 2000. p. 218.

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº TA-RJ2003/4953

Voto do Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos:

Senhor Presidente, eu também acompanho o voto da Diretora-Relatora e faço minhas as palavras do Diretor Wladimir Castelo Branco Castro, a respeito da eficiência da área técnica da CVM ao detectar, imediatamente, o equívoco em que incidiu a Mellon Brascan na cobrança da taxa, mas, realmente, parece-me que o equívoco, a falibilidade, é da natureza humana e não vejo que houvesse uma intenção manifesta de transgredir qualquer norma da CVM, mas sim, um erro, que me parece claramente escusável, tanto que foi sanado imediatamente.

E, a meu ver, no processo disciplinar me parece que precisa, para levar adiante, ficar a impressão nítida que havia uma falta de diligência, ou que caracterizasse um desmando efetivo, o que não é o caso. Até onde eu vejo, só tem um caso aqui, da Mellon Brascan, onde aconteceu esse fato e, em segundo lugar, que também seria importante que houvesse a intenção de se beneficiar ou a intenção de transgredir, mas eu não vejo nenhum desses elementos presentes nesse processo e acompanho o voto da Diretora-Relatora.

Luiz Antonio de Sampaio Campos

Diretor

Voto do Diretor Wladimir Castelo Branco Castro:

Senhor Presidente, eu quero ressaltar a eficiência com que se houve a área técnica da CVM ao detectar o problema, avisar ao administrador e evitar que quotistas pudessem ser prejudicados com a atuação, o erro involuntário que ocorreu.

Dada a solução que foi encontrada, o imediato ressarcimento e a realização de Assembléia, eu acompanho o voto da Relatora.

Wladimir Castelo Branco Castro

Diretor

Voto do Presidente Luiz Leonardo Cantidiano:

Eu também acompanho o voto da Diretora-Relatora, pelo que por unanimidade são absolvidos os indicados no Inquérito Administrativo CVM nº TA-RJ2003/4953, devendo a CVM, na forma da legislação vigente, recorrer de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Luiz Leonardo Cantidiano

Presidente