

SESSÃO DE JULGAMENTO
DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
CVM Nº SP2003/444

Indiciados: Banco ABN AMRO REAL S/A (ex-Banco ABN AMRO S/A)

Flamarion Josué Nunes

Janaína Voltolini Martins

Vicente João Gomes

Ementa: **a) o comprador de ações vendidas mediante documentação falsa só pode ser responsabilizado pela realização de operação fraudulenta se restar comprovada a sua participação, o que não se confirmou no caso;**

b) o artigo 16 da Instrução CVM nº 89/99 enseja apenas a responsabilização civil, não administrativa, da instituição prestadora do serviço de custódia fungível.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da CVM, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, art. 11 da Lei nº 6.385/76, decidiu, por unanimidade de votos:

1) **Absolver** todos os indiciados; e

2) **Comunicar** o resultado do julgamento à Procuradoria da República no Estado de Santa Catarina.

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

Proferiu defesa oral o doutor José Eduardo Carneiro Queiroz, representante legal do Banco ABN AMRO REAL S/A e do senhor Flamarion Josué Nunes.

Os indiciados Janaína Voltolini Martins e Vicente João Gomes não constituíram representantes legais e não compareceram à sessão de julgamento.

O doutor Arnaldo Almeida de Amorim compareceu à sessão de julgamento, representando a Procuradoria Federal Especializada na CVM.

Participaram do julgamento os diretores Norma Jonssen Parente, relatora, Sergio Weguelin, Wladimir Castelo Branco Castro e o presidente da CVM, doutor Marcelo Fernandez Trindade, que presidiu a sessão.

Rio de Janeiro, 11 de março de 2005.

Norma Jonssen Parente

Diretora-Relatora

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente da Sessão de Julgamento

R E L A T Ó R I O

1. O presente Termo de Acusação surgiu de denúncia do acionista da Telecomunicações de Santa Catarina S/A – TELESC Jozias Ribamar Silva que era desde 1977 detentor de 3.305 ações preferenciais e de 3.306 ações ordinárias de emissão dessa empresa (fls. 01/22).

2. De acordo com a denúncia, ele vinha recebendo regularmente os dividendos, mas a partir de 1997 notou a ausência do seu pagamento. Em razão disso, resolveu obter informações a respeito, tendo apurado, após longo

trabalho de investigação que o levou, inclusive, a Santa Catarina (o investidor mora no Rio de Janeiro), que as ações haviam sido transferidas indevidamente para Vicente João Gomes mediante procuração pública, lavrada no Cartório de Notas de Paineira, Lages – SC, com documentos falsos (fls. 69).

3. Verificou, ainda, que a Ordem de Transferência de Ações Escriturais (fls. 89) encaminhada ao Banco, instituição responsável pela prestação de serviços de ações escriturais, e que serviu de base para transferir as ações, foi assinada tanto na condição de cedente como de cessionário por Janaína Voltolini que, embora fosse procuradora do Sr. Vicente João Gomes, não tinha qualquer vínculo com Sr. Jozias e a procuração outorgava poderes específicos apenas para comprar em nome do outorgante ações da TELESC (fls. 73).

4. Com o objetivo de obter informações a respeito, a CVM encaminhou ofício ao Banco Real que esclareceu o seguinte (fls. 87/88):

a) em 23.09.98, as ações do denunciante foram, de fato, transferidas a Vicente João Gomes;

b) ao receber os documentos autenticados por cartório, acredita serem idôneos, pois possuem fé pública, e, dentro de seus limites de intermediador da operação, faz a conferência com os originais apresentados;

c) exige cópia autenticada dos documentos dos alienantes;

d) também foi vítima do ato fraudulento e, mesmo revestido das cautelas necessárias em certas circunstâncias, não tem como evitar ato criminoso praticado por terceiro;

e) no caso, quando recebeu os documentos, a agência os conferiu com o original apresentado pelo cliente, não verificando nenhum indício de falsificação e, em razão disso, não reconhece ter cometido erro na prestação do serviço.

5. Ao analisar os fatos, a Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários – SMI concluiu o seguinte:

a) não há dúvida de que o investidor foi alvo de uma fraude praticada pelo Sr. Vicente João Gomes que teve início em 23.09.98 quando as ações foram transferidas por intermédio de sua procuradora Janaína Voltolini que não tinha poderes para vender as ações, mas somente para comprá-las;

b) a transferência das ações foi realizada com base na Ordem de Transferência de Ações Escriturais – OTA, datada de 23.09.98, e com base na procuração pública em que o Sr. Jozias supostamente outorgou poderes para o Sr. Vicente;

c) ocorre que a Sra. Janaína que assinou a OTA como procuradora do Sr. Vicente, como cessionária, e do Sr. Jozias, como cedente, não tinha poderes para representar o Sr. Jozias;

d) a exorbitância de poderes por parte da Sra. Janaína é tão facilmente constatada que não se compreende como o Banco Real não a detectou;

e) cabe ressaltar que não há que se falar em falta de idoneidade de documentos autenticados por cartório nem na presunção legal de sua autenticidade, mas em poder inexistente exercido pela Sra. Janaína.

6. Diante disso, a SMI instaurou Termo de Acusação para apurar a responsabilidade do Banco ABN AMRO Real S/A e de seu diretor Flamarion Josué Nunes por erro ou irregularidade na prestação do serviço de custódia fungível, em infração ao artigo 16 da Instrução CVM Nº 89/88, e de Vicente João Gomes e Janaína Voltolini pela realização de operação fraudulenta, conceituada na alínea "c" do inciso II da Instrução CVM Nº 8/79, prática vedada pelo inciso I da mesma Instrução (fls. 142/149).

7. Informa, ainda, a SMI que o Sr. Vicente João Gomes foi objeto da Deliberação CVM Nº 346 de 30.06.2000 e que em 10.05.2002 obteve o registro como Agente Autônomo de Investimento.

8. Propôs, finalmente, a SMI o envio de cópia dos autos ao Ministério Público, tendo sido feita tal comunicação mediante o encaminhamento do ofício CVM/SGE/Nº 160/04 (fls. 155).

9. Devidamente intimados (fls. 157/160), os acusados apresentaram suas razões de defesa.

10. O Banco ABN AMRO Real S/A e Flamarion Josué Nunes apresentaram, respectivamente, às fls. 197/215 e 171/194, as seguintes razões em comum:

a. os autos apresentam irregularidade na sua formação tendo início com a junção de diversos expedientes com a

ausência de documentos que lhe dessem continuidade lógica e ainda apresentando renumeração de folhas retiradas de outro processo sem a devida informação;

b) embora tenha optado pela instauração do processo na forma do artigo 4º da Resolução 2.785, o Superintendente não submeteu o termo de acusação à análise do Colegiado, em flagrante descumprimento a requisito indispensável à sua regular instauração;

c) de igual modo, a intimação não obedeceu ao parágrafo 1º do artigo 2º da Resolução 454, uma vez que dela não consta o relato dos atos inquinados de ilícitos que teriam sido praticados, impedindo de rebater de forma eficaz a acusação, cerceando, assim, o direito de defesa, constitucionalmente garantido;

d) o Banco Real também foi vítima do crime perpetrado;

e) para a transferência das ações, foi utilizado instrumento público outorgando poderes pelo titular das ações, Jozias Ribamar, em favor de Claudia Regina Dadam e Vicente João Gomes "para os fins de venderem, cederem ou transferirem, para os seus próprios nomes ou a quem lhes convier", as ações, tendo o Sr. Vicente, por sua vez, outorgado poderes a Janaína Voltolini para adquirir ações da TELESC S/A e TELESC Celular S/A;

f) o Sr. Vicente recebeu mandato em causa própria, dando-lhe amplos poderes, inclusive para a transferência das ações para o seu próprio nome, não havendo qualquer irregularidade na forma com que se procedeu à venda das ações;

g) a terceira substabelecida tão-somente procedeu à transferência de propriedade dos direitos já pertencentes ao Sr. Vicente;

h) desta forma, é imperioso concluir pela regularidade na prestação dos serviços;

i) não obstante, cabe esclarecer que a instituição administradora das ações tem responsabilidade por erros ou irregularidades cometidos e pelos prejuízos que vier a causar somente perante a companhia que a contratou, não abrangendo atos criminosos levados a cabo por terceiros de má-fé;

j) a interpretação da doutrina não atribui responsabilidade às instituições administradoras quando o processo de venda ou de transferência de ações escriturais tem em sua essência um ato ilícito (falsificação de documentos e autenticação em cartório);

k) a falsificação ocorrida não seria um erro ou irregularidade causada pela instituição e sim um ato criminoso;

l) a aceitação de documentos autenticados não significa em nenhuma hipótese cometimento de um erro, nem se pode falar em irregularidade porque o Banco não cometeu nenhum ato contrário à lei, já que agiu dentro de suas estritas obrigações;

m) é inadmissível obrigar o Banco a efetivar a ostensiva verificação e análise de veracidade, autenticidade e integridade de documentos revestidos de fé pública e, portanto, com presunção de veracidade;

n) o Banco está obrigado a ressarcir o acionista legítimo por conta dos contratos de convênio no caso de erro ou irregularidade na prestação de serviços, mas não em caso de fraude.

11. Em defesa do Banco ABN AMRO Real, foi alegado ainda o seguinte:

a) a pessoa jurídica é uma ficção legal que, no caso, se extingue, dentre outros fatores, pela incorporação, que representa o fim da personalidade jurídica;

b) para que haja a transmissão da responsabilidade de uma pessoa para outra é necessária expressa previsão legal;

c) como a diferença entre o direito administrativo punitivo e o direito penal é apenas de grau, incide o princípio da intranscendência das penas, segundo o qual a pena não passará da pessoa do infrator, conforme se verifica de decisões do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional;

d) no caso, a venda das ações ocorreu em 23.09.98, antes da incorporação do Banco Real pelo Banco ABN AMRO Real que somente se deu em 28.01.2002;

e) ora, não houve apenas transferência qualificada do controle acionário, mas a própria extinção da pessoa jurídica a quem os supostos ilícitos eram imputáveis em razão de superveniente e legítima negociação;

f) o direito brasileiro também não admite a existência de dolo ou culpa por parte de pessoa jurídica por reconhecê-la uma ficção legal que não tem vontade própria e só age por intermédio de seus representantes;

g) estando identificadas as pessoas físicas responsáveis pelos atos ou omissões tidos como irregulares, mostra-se inadmissível a punição cumulativa da pessoa jurídica;

h) não se pode aplicar as penas que se baseiem na existência de elemento subjetivo de dolo ou culpa a não ser em caso excepcional, ou seja, quando, apesar de perfeitamente caracterizada a infração, não é identificada a pessoa física responsável;

i) no caso, haveria dupla apenação pela mesma irregularidade, uma vez que sem a omissão da pessoa física não existiria a omissão da pessoa jurídica;

j) com isso também não se estaria atendendo à finalidade da pena que é sempre o de estimular o infrator a enquadrar-se às regras, o que não pode ser obtido da pessoa jurídica.

12. Em defesa de Flamarion Josué Nunes, foi alegado mais o seguinte:

a) o artigo 16 da Instrução CVM Nº 89/88 somente prevê responsabilização para a instituição financeira, inexistindo qualquer previsão para o seu diretor;

b) nem há que se falar em analogia e/ou interpretação extensiva, pois a interpretação de normas punitivas, como no caso, deve ser restritiva;

c) cabe esclarecer que o defendente era, à época dos fatos, diretor de relações com o mercado, porém não era o diretor responsável pela área de prestação de serviços de ações escriturais;

d) ademais, é parte ilegítima para figurar no pólo passivo, haja vista não haver qualquer indicação de conduta irregular de sua parte como diretor do Banco, não se verificando evidência de que tenha tido qualquer participação nos atos considerados irregulares pela CVM;

e) a única menção ao nome do requerente encontra-se no item responsabilidade, não existindo nos autos sequer indício de que tenha participado das supostas irregularidades ou exercido suas funções com falta de zelo;

f) embora tenha sido incluído no processo em virtude de ter sido membro da diretoria e diretor responsável pelo serviço de ações escriturais, não restou demonstrado de que forma teria ele concorrido, dolosa ou culposamente, para a prática de tais atos;

g) o direito brasileiro não acolhe a responsabilidade por fato de terceiro nem a responsabilidade objetiva, como regra;

h) no caso, não há sequer indício de que, em algum momento, tenha se omitido, atuado intencionalmente visando criar lacunas ou situações que facilitassem ou permitissem a ocorrência das alegadas irregularidades, como também de que tenha se beneficiado, de forma direta ou indireta, do produto;

i) procedeu sempre com profissionalismo, zelo, lealdade e devotamento, atendendo às regras morais, éticas e legais aplicáveis às suas funções, buscando sempre o fiel cumprimento da legislação regulatória da atividade.

13. O Sr. Vicente João Gomes apresentou as seguintes razões de defesa (fls. 232/238):

a) é advogado militante em Santa Catarina há cerca de 15 anos e até maio de 2000 adquiria ações no mercado de balcão, quando foi expedida "stop order" pela CVM;

b) no intuito de regularizar sua situação, prestou concurso e foi aprovado para agente autônomo de investimento, profissão que muito pouco tem usado, sendo que como investidor continua fazendo algumas compras e vendas de ações em bolsa;

c) as compras no mercado de balcão eram feitas dentro de condições previamente acordadas mediante a apresentação de documentos de identidade, CPF, comprovante de residência, todos originais, para que fossem copiados e autenticados, e a lavratura de instrumento público de procuração;

d) uma vez aceitas as condições, o negócio era fechado, vendedor e comprador dirigiam-se ao cartório mais próximo e, após adimplidas as condições pelo vendedor, o comprador fazia o pagamento imediato do preço estipulado;

e) no período de 1997 a 2000, existia um número grande de "free lancers" que ficavam em frente às agências dos

bancos custodiantes perguntando aos transeuntes se possuíam ações e se pretendiam vendê-las, sendo que, em caso positivo, procediam da forma acima descrita;

f) para evitar o custo dobrado do cartório, os "free lancers" pediam ao vendedor que fizesse a procuração diretamente ao comprador;

g) no caso, apresentou-se a um "free lancer", Sr. José Antonio Nunes Palhano, uma pessoa com o nome e a documentação de Jozias Ribamar Silva, que foi devidamente copiada e autenticada por tabelião público, realizaram negócio, fizeram procuração pública em causa própria, lavrada no Tabelionato de Notas de Painei – Lages – SC, e houve o devido pagamento;

h) ao receber a procuração, remetida pelo "free lancers", Sr. José Antonio Nunes Palhano, pagou ao mesmo R\$1.653,00 e deu o prosseguimento necessário à transferência das ações, tendo encarregado para tanto Janaína Voltolini que representava o intimado, sem qualquer eiva de ilegalidade, daí apresentar-se ela como cedente e cessionária;

i) desconhece o Reclamante, bem como jamais esteve no cartório de Painei, Lages, (reside em Florianópolis), e certamente não foi o único investidor que foi enganado por uma gangue de estelionatários que aplicaram esse golpe em várias cidades de Santa Catarina e do Brasil, aproveitando-se da boa-fé dos compradores que pagavam à vista as ações;

j) o intimado agiu de boa-fé, calcado em instrumento público de procuração que possui fé pública e que somente pode ser anulado mediante ação própria;

k) a credibilidade dada pelo intimado e sua ação com base nos documentos com fé pública não o imputam responsável pela criação do possível vício do documento, o que ocorreria somente se tivesse forjado tal procuração e demais documentos;

l) é óbvio que se o intimado tivesse produzido a fraude não teria pago ao comprador José Palhano o valor das ações;

m) consta da Reclamação que a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina exonerou o Escrivão de Paz de Painei, Lages – SC, resultante da abertura de inquérito para apurar a prática dos crimes de falsidade ideológica e falso reconhecimento de firma, tendo sido a procuração, em apreço, lavrada no período em que o escrivão exercia regularmente sua atividade;

n) a fraude implica sempre em que o intimado a tenha praticado diretamente ou que alguém a tenha praticado por sua ordem ou em parceria com o mesmo, o que não ocorreu no caso;

o) requer ainda seja celebrado Termo de Compromisso.

14. A Sra. Janaína Voltolini Martins apresentou as seguintes razões de defesa (fls. 227/231):

a) prestou serviços ao Dr. Vicente João Gomes no ano de 1998 como responsável pela realização de protocolo de documentos junto aos bancos custodiantes de ações que o mesmo adquiria na época no mercado de balcão;

b) para que pudesse assinar junto aos bancos, o Dr. Vicente João outorgou-lhe procuração para que comprasse ações em seu nome, presumindo-se que pudesse transferir, colocar ações em seu nome;

c) munida de tal documento de representação e conhecida dos bancos como sendo sua representante para assinar em seu nome as transferências, assim o fazia;

d) se o Dr. Vicente João representava o cedente e a intimada representava o Dr. Vicente João, logicamente, poderia assinar pelos dois;

e) quanto à qualidade dos documentos, não tinha como saber se eram ou não falsos, verificando-se apenas se a procedência era pública;

f) desconhece o Reclamante, bem como jamais esteve no cartório de Painei, Lages – SC;

g) agiu de boa-fé, calcada em instrumento público de procuração que possui fé pública e que somente pode ser anulado mediante ação própria contra quem os fez;

h) a procuração pública e as autenticações são atos administrativos decorrentes da lavra de tabelião e, portanto, imbuídos da presunção de validade enquanto não anulados;

i) utilizou os documentos apenas como mandatária do Dr. João Vicente para realizar os fins previstos na própria procuração, não sendo responsável pela realização da operação fraudulenta;

j) a realização de operação fraudulenta pode ter acontecido na forja dos documentos utilizados pela pessoa que se apresentou como Jozias Ribamar que nada tem a ver com a conduta da intimada;

k) a fraude exige que o sujeito ativo participe direta ou indiretamente da ação tipificada, o que não confere com os atos praticados pela intimada;

l) requer ainda seja celebrado Termo de Compromisso.

É o Relatório.

V O T O

Preliminares

a) Irregularidade na instauração do processo

1. Embora o processo tenha sido formado com a junção de diversos expedientes sem um documento que justificasse a sua juntada, bem como constar folhas renumeradas e pertencentes a outros processos sem qualquer explicação, cabe dizer que isso se deve ao informalismo que prevalece nos procedimentos administrativos, ao contrário do que ocorre nos processos judiciais, sem, contudo, causar qualquer prejuízo à defesa.

2. Por outro lado, nenhuma irregularidade se observa no fato de o Termo de Acusação não ter sido submetido à aprovação do Colegiado, uma vez que, a despeito do que dispunha a Resolução CMN Nº 2785/2000, o presente processo já foi instaurado sob a égide da Deliberação CVM Nº 457/2002 que estabeleceu novos procedimentos a serem observados na tramitação dos processos administrativos sancionadores, quando este passou a ser o procedimento adotado pela CVM e implementado com a edição da referida Deliberação.

b) Nulidade da intimação

3. A alegação de nulidade da intimação, por não conter o relato sumário dos atos inquinados de ilícitos, não tem qualquer procedência, eis que o parágrafo 1º do artigo 2º da Resolução CMN Nº 454/77 invocado, que tratava da notificação quando da abertura do inquérito, foi revogado pela Resolução CMN Nº 2785/2000, não mais se encontrando, portanto, em vigor. Cabe esclarecer, ainda, que a intimação está de acordo com o artigo 5º da Resolução CMN Nº 454/77 que não exige tal formalidade. No mais, os fatos estão minuciosamente descritos no Termo de Acusação a que os acusados tiveram pleno acesso, não se verificando qualquer prejuízo à defesa.

c) Extinção da responsabilidade da pessoa jurídica em razão de sua extinção

4. Alega a defesa do Banco ABN que, como houve, no caso, a extinção da personalidade jurídica do Banco Real em decorrência de sua incorporação, torna-se impossível a aplicação de penalidade por responsabilidade administrativa a seus sucessores, dado que a responsabilidade não se transmite e a pena não passará da pessoa do infrator.

5. Embora a questão já conte com decisão nesse sentido do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional ¹ que manteve decisão de arquivar o processo envolvendo justamente a incorporação do Banco Real pelo Banco ABN, entendo que a incorporação, por si só, não exime o sucessor pelos ilícitos administrativos praticados pelo antecessor².

6. A verdade é que a incorporadora, em regra, responde pelas irregularidades perpetradas pela incorporada e que a solução dependerá sempre de uma análise casuística. Tal responsabilização só não incidirá em casos excepcionais em que não se mostre razoável punir a incorporadora.

d) Descabimento de punição da pessoa jurídica

7. O objetivo de apenar a pessoa jurídica, mesmo quando identificada a pessoa física responsável pela irregularidade, visa atingir o conjunto dos sócios, objetivo que obviamente não seria alcançado, caso a punição se restringisse ao autor, já que as pessoas jurídicas, de fato, não têm vontade própria e só agem por intermédio de seus representantes.

8. Dessa forma, também não há que se falar em dupla apenação, uma vez que a responsabilidade da pessoa física não se confunde com a da pessoa jurídica que tem vida própria e independente de seus sócios.

e) Ilegitimidade passiva do diretor

9. Não procede também a alegação de ilegitimidade passiva do diretor Flamarion Josué Nunes, uma vez que ele era à época dos fatos o diretor responsável pela área de prestação de serviços de ações escriturais do Banco ABN, conforme documento às fls. 133 encaminhado pelo próprio Banco em atendimento a ofício da CVM.

10. Apesar de o artigo 16³ da Instrução CVM N^o 89/88 se referir apenas à instituição financeira como afirmado na defesa, a responsabilidade do diretor designado como responsável pelos serviços de custódia decorre do previsto no artigo 3^o⁴ da mesma Instrução.

f) Ausência de demonstração de culpa ou dolo do acusado

11. Não há dúvida de que, em sendo o Sr. Flamarion o diretor responsável perante à CVM pelos serviços de custódia do Banco em atendimento ao disposto no artigo 3^o da Instrução CVM N^o 89/88, responde ele objetivamente por todas as irregularidades ocorridas nesse setor seja por ação ou omissão.

12. No caso, parece-me que, embora seja pouco provável que tenha havido a violação intencional da norma, basta, para a sua incidência, que fique comprovada que o mesmo era o diretor responsável, matéria que, entretanto, diz respeito ao mérito e que será analisada no momento próprio.

g) Termo de Compromisso

13. Os indiciados Vicente João Gomes e Janaína Voltolini manifestaram em suas defesas interesse em celebrar Termo de Compromisso, sem, contudo, apresentar qualquer proposta. Assim, tendo em vista que essa possibilidade se esgotou, entendo que o pedido deve ser desconsiderado, nos termos do parágrafo único⁵ do artigo 8^o da Deliberação CVM N^o 390/2001 que disciplina o assunto.

Mérito

14. De acordo com as informações trazidas pelo investidor, apuradas pela CVM e alegadas pelos acusados, os autos dão conta de que em 24.08.98 compareceu no Cartório de Paz de Painel – Lages, SC, pessoa portando documentação falsa, que se identificou como sendo o Sr. Jozias Ribamar Silva, oportunidade em que foi lavrada procuração pública em causa própria a Cláudia Regina Dadam e Vicente João Gomes, residentes em Florianópolis, SC, conferindo-lhes os mais amplos poderes para, em conjunto ou isoladamente, vender, ceder ou transferir as questionadas ações de emissão da TELESC e TELESC Celular.

15. Embora as ações tivessem sido adquiridas diretamente pelo "free lancers" José Antonio Nunes Palhano, a procuração, para evitar o custo dobrado do cartório, foi lavrada, como era prática, em nome de Vicente João Gomes, habitual comprador de ações de emissão de empresas do setor de telecomunicações. A procuração foi a ele remetida pelo Sr. José Antonio a quem pagou o valor de R\$1.653,00, mediante depósito em conta corrente bancária.

16. De posse de instrumento público de procuração, o Sr. Vicente solicitou a Janaína Voltolini, sua procuradora, para que providenciasse junto ao banco custodiante a transferência das ações para o seu nome, o que foi feito.

17. Ora, diante desses fatos, não me parece que a fraude tenha sido praticada nem pelo Sr. Vicente, o comprador das ações e pelas quais pagou ao Sr. José Antonio, nem pela Sra. Janaína que atuou junto ao Banco Real para transferir as ações em nome do Sr. Vicente com base em instrumento público de procuração com poderes para tal, mas sim junto ao cartório onde compareceu o pseudo-acionista e foi lavrada a procuração com documentação falsa, tendo constado, ainda, na procuração que o outorgante residia em Lages quando o verdadeiro acionista residia na cidade do Rio de Janeiro. Portanto, a fraude é, a meu ver, anterior à atuação tanto do comprador que figurou na procuração como do Banco que transferiu as ações.

18. Diante disso, não se pode afirmar que o Sr. Vicente tenha praticado diretamente a fraude ou através de terceiro, já que pagou pelas ações. O mesmo se aplica em relação à Sra. Janaína que apenas atuou em nome do Sr. Vicente, do qual era procuradora, na transferência das ações junto ao Banco em cumprimento ao previsto no próprio instrumento público de procuração.

19. Da mesma forma, entendo que o Banco Real não tinha como perceber, diante de um instrumento público de procuração, a existência de fraude, não constituindo, a meu ver, nenhuma irregularidade o fato de a Sra. Janaína ter assinado a ordem de transferência das ações tanto pelo vendedor como pelo comprador, uma vez que ela era representante do comprador que, por sua vez, possuía procuração do vendedor em causa própria. Assim, nada impedia que o próprio comprador comparecesse pessoalmente perante o Banco e solicitasse ele mesmo a transferência das ações.

20. Além do mais, cabe esclarecer que o descumprimento ao artigo 16 da Instrução CVM Nº 89/88, imputado ao Banco ABN e a seu diretor Flamarion Josué Nunes, diz respeito à responsabilidade civil do agente por erro ou irregularidade na prestação do serviço, não se prestando para o fim de aplicação de penalidades administrativas.

CONCLUSÃO

21. Ante o exposto, proponho a absolvição dos acusados, devendo o resultado do julgamento ser comunicado à Procuradoria da República no Estado de Santa Catarina.

É o meu **VOTO**.

Rio de Janeiro, 11 de março de 2005.

NORMA JONSSSEN PARENTE

DIRETORA-RELATORA

1 Acórdão/CRSFN 3979/03, publicado no DOU de 29.04.2003 – Seção 1 – pp. 14 a 18

2 Veja-se a respeito do assunto voto que proferi no PAS CVM Nº 34/00 julgado em 16.09.2004

3 "Art. 16 – A Instituição autorizada à prestação da custódia fungível responde diretamente, perante acionistas e terceiros interessados, por erro ou irregularidade na prestação do serviço."

4 "Art. 3º - O Conselho de Administração ou, na sua falta, a Diretoria da instituição requerente deve designar um diretor responsável pela área incumbida dos serviços de que trata esta Instrução."

5 "Parágrafo único – O interessado deverá apresentar a proposta completa de termo de compromisso, na forma do art. 7º desta Deliberação, até no máximo trinta dias a contar da apresentação do requerimento de que trata este artigo, sob pena de ser ele desconsiderado."

Voto proferido pelo Diretor Wladimir Castelo Branco Castro na Sessão de Julgamento do dia 11 de março de 2005.

Senhor Presidente, eu acompanho o voto da Diretora-relatora.

Wladimir Castelo Branco Castro

DIRETOR

Voto proferido pelo diretor Sergio Weguelin na Sessão de Julgamento do dia 11 de março de 2005.

Senhor Presidente, eu também acompanho o voto da diretora-relatora.

Sergio Weguelin

DIRETOR

Declaração de voto do Presidente Marcelo Fernandez Trindade na sessão de julgamento de 11 de março de 2005

1. Estou de acordo com o voto da Diretora Relatora quanto ao mérito, mas tenho observações quanto às suas preliminares, para manter-me coerente com o entendimento que venho manifestando nos demais casos.

2. Minha primeira observação refere-se à questão da sucessão das penas administrativas no caso de extinção da pessoa jurídica acusada. Já manifestei algumas das dúvidas que tenho quanto ao tema no julgamento, em 16.04.04, do Processo 24/00, que tratava de uma situação muito parecida com a destes autos. Transcrevo o que disse na ocasião:

"Sou daqueles que a princípio não enxerga qualquer repercussão no processo administrativo em razão da alienação de controle de pessoa jurídica. A pessoa jurídica continua existindo, e portanto, ao menos teoricamente, continua responsável por seus atos.

A jurisprudência do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional sobre o tema formou-se a partir de certos casos, em julgamento de recursos contra sanções impostas pelo Banco Central do Brasil, em que o Conselho foi confrontado com a situação extremamente desconcertante de multas impostas a instituições alienadas pelo próprio Banco Central ou pelo Governo Federal (em casos de liquidação ou intervenção extrajudicial e privatização). Em tais casos, o adquirente do controle terminava

respondendo por uma penalidade imposta pelo próprio vendedor da instituição que adquirira.

Contudo, transferido tal entendimento para os campos das infrações atinentes ao mercado de valores mobiliários, parece-me que nas hipóteses ordinárias a alienação do controle é irrelevante, quer tivesse sido possível ao adquirente apurar a existência do processo (através de due diligence e da obtenção de certidão), quer não.

No caso concreto, entretanto, coloca-se situação diversa, que diz respeito à extinção da personalidade jurídica da sociedade acusada, por sua incorporação em outra. A regra geral, como se sabe, é a de que a responsabilidade administrativa (assim como a penal) não passa da pessoa do acusado, e portanto é pessoal e não se transmite, extinguindo-se a punibilidade com a extinção da personalidade jurídica do acusado. Nunca a CVM pretendeu condenar uma pessoa natural que falecesse, nem seus herdeiros.

Por outro lado, a extinção da personalidade jurídica das pessoas jurídicas pode dar-se de maneira a burlar as hipóteses de punição administrativa, ou mesmo neutralizar tal risco, bastando que se cuide de incorporar a sociedade infratora (ou potencialmente infratora) em outra, quando praticar-se um delito, ou houver risco de que uma conduta venha a ser considerada ilegal. Os custos e transtornos seriam sempre menores que os da defesa e da punição.

Para essa tormentosa questão poderia buscar-se uma solução alternativa, de maneira que a regra da extinção da punibilidade se tornasse, no caso das pessoas jurídicas, exceção, dependendo de prova de que a sociedade incorporadora não deveria suceder na responsabilidade. Tenho dúvidas, entretanto, se tal entendimento não dependeria de lei para prosperar.

Tal problema, entretanto, não se coloca no caso concreto. Após a aquisição da Bamerindus DTVM pelo Grupo HSBC, e em seguida a alteração da denominação social de tal empresa, primeiro para HSBC Bamerindus DTVM, e depois para HSBC DTVM Brasil (fatos inteiramente irrelevantes para o fim de eximir a pessoa jurídica de responsabilidade), a HSBC DTVM foi incorporada pelo HSBC Investment Bank Brasil, o banco de investimentos do grupo. A intimação para defesa neste processo administrativo se deu apenas em junho de 2003, muito depois da aquisição da Bamerindus DTVM pelo Grupo HSBC, e depois mesmo da incorporação da DTVM pelo banco de investimentos."

3. Mantenho, assim, neste caso concreto, o posicionamento que tenho adotado e voto pela absolvição do Banco ABN pelo fundamento específico de que não há, a meu ver, responsabilidade administrativa da sociedade incorporadora por ato praticado pela sociedade incorporada, sem prejuízo da responsabilidade da pessoa física do administrador da sociedade incorporada. É evidente que se a incorporação ocorrer para fraudar a responsabilidade da sociedade, tal incorporação poderá ser desconsiderada. Mas não há qualquer indício de tal fato nestes autos, inexistindo suspeita de que a operação de incorporação tenha sido feita com a finalidade de evitar este processo administrativo, ou de burlar a Lei. Além disto, é de notar-se que a intimação para apresentação de defesas neste processo, ocorrida em 2004, se deu posteriormente à incorporação do Banco Real pelo Banco ABN.

4. Outra observação que tenho diz respeito ao item 6 do voto da Diretora Relatora. Não me parece, ao contrário do que ali se diz, que haja alguma relação entre a punição da pessoa jurídica e a de seu sócio. Tratam-se, a meu ver, de punições independentes que podem incidir sobre ambos, em certos casos, ou sobre apenas um dos agentes, em outros. A pessoa jurídica responde, basicamente, porque é um considerado um agente passível de apenação pelo direito administrativo sancionador.

5. Finalmente, também para ficar em consonância com meus votos anteriores, registro minha discordância com o que consta do item 10 do voto da Diretora Relatora que admite caber, em tese, responsabilidade objetiva do diretor responsável pelos fatos narrados. Tenho sempre insistido que no âmbito do processo administrativo sancionador a responsabilidade é sempre subjetiva, donde é sempre necessário que se analise se houve culpa própria, se houve falha da conduta específica do acusado — falha que pode, naturalmente, consistir em omissão e, se o admitir o tipo, até mesmo culposa.

6. Feitas essas ressalvas, no mérito e na conclusão eu concordo com o voto da Diretora Relatora no sentido da absolvição dos indiciados, informando que será interposto o recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente