

SESSÃO DE JULGAMENTO
DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CVM Nº 13/03

- Acusados: Banco Boavista Interatlântico S/A
Danton de Magalhães Galvão
José Luiz Silveira Miranda
- Ementa: Contrato de agenciamento celebrado entre duas instituições financeiras com o objetivo de captar recursos para aplicação em fundos de investimento. Falha na prestação de informações relativas aos riscos envolvidos nas aplicações. Responsabilidade da instituição captadora e de seus administradores quanto ao dever de informar aos quotistas dos fundos sobre tais riscos.
- Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, por unanimidade, decidiu:
1. Absolver o acusado José Luiz Silveira Miranda, diretor-presidente do Banco Boavista Interatlântico S/A, da acusação de violar o parágrafo 1º, do artigo 1º, da Circular BACEN nº 2.786/97;
 - 2) Aplicar ao Banco Boavista Interatlântico S/A e ao seu diretor-executivo, o senhor Danton de Magalhães Galvão, a pena de advertência, prevista no inciso I, do artigo 11, da Lei nº 6.385/76, por infração ao parágrafo 1º, do artigo 1º, da Circular BACEN nº 2.786/97.

Os acusados punidos terão um prazo de 30 dias, a contar do recebimento de comunicação da CVM, para interpor recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional -CRSFN, nos termos do parágrafo único do artigo 14 da Resolução CMN nº 454/77, prazo esse, ao qual, de acordo com a orientação fixada pelo CRSFN, poderá ser aplicado o disposto no art. 191 do Código de Processo Civil, que concede prazo em dobro para recorrer quando litisconsórcios tiverem diferentes procuradores.

A CVM oferecerá recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional no tocante à absolvição proferida.

Proferiram defesa oral os advogados Fábio Soares de Miranda Carvalho, representando o Banco Boavista Interatlântico S/A e Luiz Guilherme Assed de Almeida Senna, representando Danton de Magalhães Galvão e José Luiz Silveira Miranda.

Presente à sessão de julgamento a procuradora-federal Luciana de Pontes Saraiva, representante, na CVM, da Procuradoria Federal Especializada.

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

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2005.

Norma Jonssen Parente

Diretora-Relatora

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente

RELATÓRIO

DOS FATOS

1. Trata-se de processo administrativo instaurado pelo Banco Central do Brasil, envolvendo a disciplina e fiscalização

das atividades de administração de fundos de investimento de renda fixa, cuja competência foi transferida para a CVM a partir de 01.03.2002 com a entrada em vigor da Lei nº 10.303/2001 que, por força do disposto no artigo 4º que alterou a Lei nº 6.385/76 (artigo 2º, inciso IX), bem como por força da Lei nº 10.198/2001 (artigo 1º), passou a considerar como valores mobiliários os seus ativos.

2. O presente processo foi instaurado por terem sido observadas falhas na prestação de informações aos quotistas quanto aos riscos inerentes às aplicações dos fundos (Derivativos 60, Hedge 60, Master 60 e Top 30) gerenciados pelo Banco Boavista Interatlântico e administrados pela BES Boavista Espírito Santo DTVM, especificamente dos riscos decorrentes das posições em derivativos mantidas em janeiro de 1999, uma vez que os quotistas que não tiveram acesso ao regulamento dos fundos não foram informados da possibilidade de perda total do capital investido, já que esta informação não constava dos folhetos sobre os produtos distribuídos nas agências.

3. Da intimação formulada aos acusados (fls. 266 a 274) verifica-se o seguinte:

a) o Banco Boavista Interatlântico captava em sua rede de agências aplicações destinadas a fundos de investimento administrados pela BES DTVM;

b) nesse sentido, o Banco e BES DTVM assinaram contrato de agenciamento em 30.03.98 (fls. 56 a 59) que estabelecia na cláusula quarta, letra "g", a responsabilidade do Banco (i) pelas informações prestadas no ato de colocação das quotas e captação de recursos para investimento em carteiras administradas, (ii) pelo fornecimento ao investidor de toda a documentação obrigatória e (iii) pela qualidade de atendimento prestada ao investidor;

c) com a alteração da política cambial em janeiro de 1999, os fundos que detinham posições vendidas de contratos de dólar futuro registraram perdas significativas;

d) por conta dos mencionados fundos e outros, o Banco Boavista Interatlântico decidiu assumir parte dos prejuízos utilizando como base o valor das quotas verificadas em 14.01.99;

e) o ressarcimento parcial foi efetuado pela BES DTVM através de recursos repassados pelo Banco Boavista Interatlântico, de acordo com as condições constantes do Instrumento Particular de Transação para Prevenir Litígios celebrado em 29.01.99 (fls. 63 a 65);

f) relativamente aos fundos Derivativos 60, Hedge 60, Master 60 e Top 30, verifica-se que nos materiais de propaganda e cópias das páginas na Internet era informado aos clientes o grau de risco dos fundos, mas não era utilizado o termo "possibilidade de perda do capital investido" de forma explícita;

g) para que tivessem plena consciência da perda potencial do investimento, os clientes deveriam ter acesso ao regulamento que continha de forma explícita a informação sobre a possibilidade de perda do capital investido;

h) embora tenha prestado, através de cartas, esclarecimentos a respeito da exposição ao risco assumida pelos quotistas em fundos agressivos, o Banco não comprovou que seus clientes tinham conhecimento dos regulamentos.

DAS RAZÕES DE DEFESA

4. Devidamente intimados por infração ao parágrafo 1º do artigo 1º da Circular nº 2.786/97 do Banco Central do Brasil, o Banco Boavista Interatlântico S/A, José Luiz Silveira Miranda, na qualidade de diretor presidente, e Danton de Magalhães Galvão, na qualidade de diretor executivo, apresentaram as seguintes razões de defesa junto ao Banco Central (fls. 282 a 307) e perante a CVM (fls. 524 a 554):

a) cabe informar que, em processo administrativo semelhante instaurado pelo BACEN contra a BES DTVM e o gestor dos fundos, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional manteve a condenação original de multa de R\$5.000,00 aplicada à BES DTVM e convolveu a pena pecuniária em advertência aplicada ao gestor;

b) assim, na hipótese dos argumentos da defesa não serem acolhidos, essas penas devem ser tomadas como limites máximos de condenação dos indiciados;

c) o presente processo viola o princípio do *non bis in idem* e o instituto da coisa julgada, na medida em que seu objeto é o mesmo daquele instaurado em face da BES DTVM pelo BACEN – punição do mesmo fato: informações insuficientes quanto aos riscos inerentes às aplicações financeiras e que, na época, o Banco Boavista Interatlântico S/A foi absolvido da infração ao dever de informar, tendo sido considerado que tal obrigação era exclusiva da BES DTVM. Depois de transitado em julgado o processo anterior, não pode o BACEN querer reabri-lo com o propósito de acusar alguém que já foi declarado inocente, alegando novos fundamentos – no caso, argumenta-se que a responsabilidade do Banco com relação à prestação de informações aos quotistas deriva do contrato de

agenciamento firmado entre este e a BES DTVM;

d) o Banco, na verdade, apenas participava no início por ocasião da aplicação e ao final por ocasião do depósito do resgate, cabendo à BES DTVM a responsabilidade pela administração dos recursos com total autonomia;

e) o contrato de agenciamento firmado entre o Banco e a BES DTVM não repassou para aquele a responsabilidade pelos materiais de propaganda. Sendo assim, a responsabilidade por este material é da BES DTVM, cabendo ao Banco unicamente distribuir a quota dos fundos.

f) segundo as Circulares de nº 2.786/97 e de nº 2.616/95, a instituição administradora – no caso, a BES DTVM – possuía a responsabilidade sobre a divulgação das informações relativas ao fundo, tais quais deixar à disposição dos quotistas cópia do regulamento, assumir a competência para ser acionada na hipótese de conflitos judiciais e suportar as eventuais sanções oriundas das decisões judiciais desses conflitos, regular a adesão de quotistas ao fundo;

g) a acusação alega que o Banco seria o responsável por informar aos quotistas, devido ao contrato de agenciamento pactuado entre aquela e este. Faz-se uma confusão entre a responsabilidade do Banco, derivada deste contrato de agenciamento, e aquela que a BES DTVM detém perante a Administração Pública em decorrência das supracitadas circulares. A terceirização dos serviços de distribuição dos fundos pela BES DTVM ao Banco não transferiu para este o dever de informar aos quotistas;

h) somente os diretores que comprovadamente tomaram parte do fato podem ser responsabilizados, exigindo-se nexo causal entre a conduta do agente e a infração;

i) não consta dos autos sequer indício de que as falhas descritas na intimação tenham resultado de conduta comissiva ou omissiva de qualquer um dos acusados;

j) o 1º impugnante não mediu esforços para cumprir suas obrigações, dando todas as informações necessárias aos investidores, instruindo seus gerentes e disponibilizando nas agências informações sobre a composição da carteira dos fundos;

k) o 2º e 3º impugnantes não tinham qualquer ingerência na gestão da carteira dos fundos e nem nos aspectos administrativos e operacionais que incumbiam à BES DTVM;

l) o processo é pautado em suposições equivocadas, pois se baseia em depoimentos de gerentes demitidos e denúncias de quotistas que tiveram prejuízos, diretamente interessados na responsabilização dos indiciados;

m) sendo as provas inválidas e como em processo administrativo não se aplica o princípio da verdade formal e sim o da verdade material, nada há nos autos que justifique qualquer punição aos indiciados;

n) não consta dos autos qualquer prova de que as informações acerca dos riscos inerentes às aplicações em tela não eram prestadas por ocasião do ingresso dos quotistas nos fundos e exige-se que os impugnantes provem o contrário;

o) além de terem sido entregues aos quotistas, os regulamentos foram registrados em Cartório de Títulos e Documentos, tendo a sua publicidade garantida, bem como convocados os quotistas ao longo de 1998 para a realização de assembléia com o objetivo de alterá-los;

p) não é crível admitir-se que teria havido falha na prestação de informações, posto que a maioria dos quotistas permaneceu nos fundos após a crise da Rússia em agosto de 1998, quando houve a perda de até 10,23%, apostando na recuperação do mercado e de seu próprio patrimônio, o que efetivamente se deu ao longo de 1998;

q) sempre foi atendida a Circular 2.786/97 em todos os seus ditames, vez que dos regulamentos dos fundos constava expressamente a possibilidade de perda e ausência de garantia do Fundo Garantidor de Créditos – FGC, bem como passadas aos investidores todas as informações constantes desses regulamentos, quer verbalmente pelos gerentes de investimento, quer através dos prospectos, quer pela carta enviada aos quotistas reconhecida pelo próprio BACEN;

r) a propaganda divulgada instruíra de forma bastante clara os investidores quanto à possibilidade de escolha de acordo com o seu perfil e os riscos envolvidos, sugerindo, inclusive, a diversificação das aplicações para evitar a perda do capital investido, não havendo a possibilidade de que os investimentos questionados pudessem ser confundidos com aplicações conservadoras;

s) embora as metas dos fundos fosse a obtenção de rentabilidade superior aos demais investimentos de caráter conservador, não havia a obrigação de garantir uma determinada rentabilidade mínima ou limitação de perdas, uma vez que eram aplicações de risco em mercados futuros, sujeitas não só à perda de rentabilidade como do próprio

capital investido;

t) a maioria dos quotistas migrou de outros investimentos menos agressivos que garantiam rentabilidade muito inferior aos fundos de perfil agressivo que, por sua vez, possuíam metas mais atraentes e, até aquele momento, rentabilidade superior aos investimentos de perfil conservador;

u) os Tribunais têm afastado as pretensões dos investidores na medida que vem reconhecendo que os mesmos tinham pleno conhecimento dos riscos inerentes às aplicações.

É o Relatório.

VOTO

Ementa: Contrato de Agenciamento celebrado entre duas Instituições Financeiras com o objetivo de captar recursos para aplicação em fundos de investimento. Falha na prestação de informações relativas aos riscos envolvidos nas aplicações. Responsabilidade da instituição captadora e de seus administradores quanto ao dever de informar aos quotistas dos fundos sobre tais riscos.

I. Dos Fatos

1. O Banco Boavista Interatlântico e a BES Boavista Espírito Santo DTVM celebraram, em 30.03.98, contrato de agenciamento, pelo qual o primeiro se comprometia a colocar quotas de fundos mútuos e de investimentos e a captar recursos de terceiros em sua rede de distribuição para investimentos em carteiras administradas pela segunda. Em contrapartida, o Banco recebia mensalmente da distribuidora, a título de remuneração, o equivalente a 50% da receita líquida da taxa de administração obtida no mês anterior.

2. A cláusula quarta do contrato delimitou o âmbito de atuação do Banco, fixando as suas competências e obrigações, dentre as quais se destacavam as previstas na alínea "g", em que se responsabilizava: (i) pelas informações prestadas no ato de colocação das quotas e captação de recursos para investimento em carteiras administradas; (ii) pelo fornecimento, ao investidor, de toda a documentação obrigatória; e (iii) pela qualidade de atendimento ao investidor.

3. Em janeiro de 1999, devido à mudança ocorrida na política cambial brasileira, os fundos que detinham posições vendidas de contratos de dólar futuro registraram perdas significativas em suas carteiras.

4. Insatisfeitos com a desvalorização de seus ativos, os quotistas dos fundos pleitearam junto ao Poder Judiciário o ressarcimento dos prejuízos sofridos, pois, segundo eles, as informações relativas aos riscos inerentes a esse tipo de negócio não haviam sido prestadas adequadamente, de forma que a desvalorização ocorrida fora totalmente inesperada e imprevisível.

5. O Banco alegou que era sabido, por aqueles que aplicavam nesse tipo de fundo, da exposição, natural, a riscos e que, sendo o preparo das informações uma obrigação da BES DTVM, estaria isento do dever de informar. Por sua vez, a BES DTVM argumentou que, como o Banco era o responsável pela captação dos fundos, qualquer procedimento falho nessa operação deveria ser imputado exclusivamente a ele, dado que a responsabilidade pelas informações passadas aos quotistas era dele.

6. Diante desse impasse, as duas instituições firmaram um termo chamado de "Instrumento Particular de Transação para Prevenir Litígios", onde acordaram em pagar, conjuntamente, parte das perdas aos investidores através de recursos repassados pelo Banco.

7. O Banco Central do Brasil (Bacen) instaurou, então, processo que visava à apuração da responsabilidade da BES DTVM quanto ao dever de informar os investidores dos fundos acerca dos riscos envolvidos nessas aplicações.

8. Inicialmente, a BES DTVM e seu Diretor Sr. Nelson Passaroff foram acusados de infringirem as normas legais a respeito do assunto (Processo Administrativo nº 0001012415) e punidos pelo Bacen, com a aplicação da pena de multa pecuniária de R\$ 5.000,00 que foi mantida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional em relação à Distribuidora e convalidada em advertência ao Diretor. Após transitar em julgado a decisão, o mesmo órgão resolveu julgar novamente a questão com o argumento de que ao Banco também deveria ser conferida uma pena pela falha na prestação das informações relativamente aos fundos Derivativos 60, Hegde 60, Master 60 e Top 30.

9. Na visão do Bacen, dos materiais de propaganda e cópias das páginas na Internet divulgados pelo Banco, em que era informado aos clientes o grau de risco dos fundos, não era utilizada a expressão "possibilidade de perda total do capital investido" de forma explícita, pois, embora constasse dos seus regulamentos, o Banco

não conseguiu comprovar que os mesmos tiveram acesso a eles.

10. Desse modo, foi instaurado o presente processo pelo Bacen com o objetivo de punir o Banco e seus diretores, por infração ao parágrafo 1º do artigo 1º da Circular nº 2.786/97, e transferido para a CVM com o advento da Lei 10.303/01¹.

II. Da competência da Comissão de Valores Mobiliários para julgar processos administrativos provenientes do Banco Central do Brasil²

11. A Lei 10.303/01 transformou as cotas de fundo de investimento em valores mobiliários, submetendo-os ao regime da CVM, a qual passou a ter competência para fiscalizá-los em detrimento do Bacen.

12. Consoante a regra processualística³, a lei nova tem aplicabilidade imediata no ordenamento incidindo no processo no ponto em que encontrá-lo. Assim, no que concerne às normas de cunho processual, a Lei nº 10.303/01 possui aplicabilidade imediata e, portanto, os processos acerca de fundos de investimentos que estavam em curso no Bacen passaram para a esfera desta autarquia, bem como, a partir da vigência da nova lei, a CVM tornou-se o único órgão competente para instaurar, mover e julgar processos administrativos sancionadores sobre esta matéria.

13. É cediço que a CVM está restrita a julgar tais processos dentro dos limites impostos pela Lei nº 6.385/76. A dúvida paira acerca da competência desta agência reguladora para aplicar penas com base na Lei nº 4.594/64 e nos normativos do Bacen aos processos que iniciaram seu curso no Banco Central e foram transferidos para esta autarquia com o advento da Lei nº 10.303/01, já que esta lei não contém qualquer disposição transitória abordando o tema.

14. A questão está circunscrita a um choque entre alguns princípios constitucionais que acarretariam em um conflito negativo de competência. Para resolver este problema, há que se recorrer ao método da ponderação de interesses. A ponderação é o método utilizado para solucionar conflitos entre princípios e consiste em avaliar o peso de cada princípio no caso concreto, de forma que aquele que for considerado de maior peso será o usado naquela determinada situação. A figura da balança é comumente utilizada para ilustrá-lo: ponderam-se e sopesam-se proporcionalmente os princípios no caso concreto, preponderando aquele que se sobrepõe aos demais. Note-se que o fato de um princípio se destacar dos outros, sendo escolhido para aplicação naquele determinado caso não é idôneo para invalidar tais princípios que não se sobrepujaram àquele. Ao contrário das regras, que são regidas pelo modelo do tudo ou nada ("*all or nothing*"), os princípios são aplicados segundo sua dimensão de peso ("*dimension of weight*"). Isto é, enquanto que na hipótese de colisão entre regras, ou a regra será considerada válida ou será inválida, na colisão entre princípios há que se atentar para a dimensão de peso de cada princípio no caso concreto, onde a aplicabilidade de um em detrimento dos demais não tem o condão de invalidá-los; somente os afasta naquele determinado caso.

15. Os princípios da anterioridade, da irretroatividade da lei penal⁴ e da legalidade⁵ colidem frontalmente no caso concreto com o da indisponibilidade da Administração Pública. Isto porque aqueles determinam a impossibilidade de aplicação de pena e de acusação de prática de crime sem prévia lei que os estabeleça e obriga a Administração Pública a agir estritamente no âmbito fixado pela lei, enquanto que este não permite a Administração Pública renunciar à sua competência, fazendo com que se, por um lado, a CVM só possa agir nos limites da Lei 6.385/76, por outro, não possa abster-se da competência que lhe foi atribuída por lei para julgar processos advindos do Banco Central e deva respeitar a garantia constitucional do acusado ser julgado de acordo com as leis vigentes ao tempo da conduta infracional.

16. Torna-se necessário o uso do método ponderativo para solucionar este conflito. Da análise dos princípios em jogo, observa-se que o princípio da indisponibilidade da Administração Pública sobreleva-se aos demais. A CVM é o órgão competente para julgar tanto os processos sobre fundos de investimentos oriundos do Bacen quanto aqueles instaurados por ela mesma após a promulgação da Lei 10.303/01. Todavia, os atos praticados pelo Banco Central anteriormente à vigência da nova lei são preservados em respeito ao ato jurídico perfeito.

17. Resta saber qual a regra aplicável para imputação de penalidades aos indiciados de processos administrativos advindos do Bacen para a CVM – a Lei 6.385/76 ou a Lei 4.595/64. Em respeito ao princípio da anterioridade da lei penal, as penalidades aplicadas devem ser as da Lei 4.595/64, vez que esta era a lei vigente ao tempo da infração. A exceção estaria na hipótese da Lei 6.385/76 imputar penas mais benéficas ao acusado, já que o princípio de que a lei mais benéfica retroage para atingir o réu, consagrado na Constituição⁶, assim o exige.

18. Neste sentido, a Decisão Conjunta Bacen/CVM nº 10⁷ dispôs que os atos administrativos expedidos pelo Bacen anteriores a Lei 10.303/01 e referentes aos fundos de investimentos permanecem válidos até que a CVM edite suas

próprias normas acerca do assunto. Com isso, evita-se a impunidade na vacância de normas produzidas por esta autarquia e consolida-se o entendimento de que a CVM está autorizada a se valer do seu *jus puniendi* com base nos atos normativos expedidos pelo Banco Central.

19. Isto posto, conclui-se que a CVM é o órgão legítimo para julgar processos oriundos do Banco Central, podendo aplicar penas fundadas em atos normativos expedidos pelo Bacen e na Lei 4.595/64.

III. Do Direito

a) Do princípio do *non bis in idem* e da coisa julgada

20. A defesa alega, primeiramente, que o presente processo viola o princípio do *non bis in idem* e o instituto da coisa julgada. Cumpre esclarecer, pois, da legalidade do processo.

21. O princípio do *non bis in idem* diz respeito à impossibilidade de se punir alguém duas vezes pela mesma infração. A configuração do *bis in idem* traz em si três pressupostos: (i) o da identidade subjetiva – o sujeito passivo é o mesmo -; (ii) o da identidade fática – os fatos constitutivos da infração e que estão contemplados na norma sancionadora são os mesmos -; e (iii) o da identidade de fundamento legal – a norma sancionadora violada com a conduta típica inicialmente há de ser a mesma; considera-se igualmente presente este pressuposto quando, ainda que as normas sejam distintas, os bens jurídicos por elas protegidos são semelhantes.

22. No caso, basta verificar que a BES DTVM não faz parte deste novo processo para se concluir que não houve violação ao princípio do *non bis in idem*, ou seja, pela ausência do requisito da identidade subjetiva.

23. Já o instituto da coisa julgada é uma proteção, uma garantia, aos sujeitos de direito segundo a qual o que foi julgado de forma definitiva não poderá ser julgado novamente em outra ocasião. Ocorre quando cessam as alternativas de recursos: a coisa julgada material é formada a partir do trânsito em julgado da sentença.

24. Pode-se definir a coisa julgada como a qualidade adquirida pela sentença na qual seu conteúdo passa a ser dotado de imutabilidade. Por este conceito, a questão principal não pode vir a ser reapreciada (art. 467 – CPC⁸), pois, a finalidade do instituto é a de oferecer segurança jurídica às pessoas.

25. Conforme o artigo 474⁹ do CPC, a partir do momento da formação da coisa julgada material, reputar-se-ão deduzidas no processo todas as alegações, sendo impossível a propositura de outra ação por causa da existência de argumentos dantes não citados. Este artigo adota a Teoria da Ficção. No entanto, sua leitura deve ser feita considerando um aspecto relevante: na hipótese de haver mudança em qualquer dos elementos da ação¹⁰ em uma ação posterior comparativamente a outra similar e anterior, ela deixa de ser semelhante a esta e se qualifica como uma nova ação. Neste caso, a incidência do artigo 474 fica afastada e a ação mais recente torna-se válida.

26. O segundo processo instaurado pelo Bacen encaixa-se no disposto acima por não conter as mesmas partes da anterior. No primeiro, era indiciada a BES DTVM, enquanto que no segundo é o Banco Boavista. Dessa forma, processo que debata a responsabilidade do Banco acerca do dever de informar não viola o instituto da coisa julgada, sendo, pois, válido, e a decisão a ser prolatada será dotada de eficácia.

b) Da verdade material no processo administrativo disciplinar

27. Alega-se, também, que as provas obtidas pela acusação são inválidas, uma vez que estão pautadas em depoimentos de pessoas parciais, interessadas na responsabilização dos acusados. Assim, como no processo administrativo aplica-se o princípio da verdade material e não o da verdade formal, o presente processo deveria ser arquivado.

28. Com relação à dicotomia existente entre a verdade material e a verdade formal e o conceito daquela, vê-se, por todos, José dos Santos Carvalho Filho:

"É o princípio da verdade material que autoriza o administrador a perseguir a verdade real, ou seja, aquela que resulta efetivamente dos fatos que a constituíram. Nos processos judiciais, como bem observa Hely Lopes Meirelles, viceja o princípio da verdade formal, já que o juiz se limita a decidir conforme as provas produzidas no processo, em obediência ao velho brocardo quod non est in actis non est in mundo.

Pelo princípio da verdade material, o próprio administrador pode buscar as provas para chegar à sua conclusão e para que o processo administrativo sirva realmente para alcançar a verdade incontestável, e não apenas a que ressaí de um procedimento

meramente formal.

(...) Apenas como exemplo prático, veja-se a matéria de prova. No processo judicial, é às partes que compete a produção de provas que respaldem suas alegações. O juiz apenas as aprecia como meio de chegar a seu convencimento. No processo administrativo, porém, o próprio administrador vai à busca de documentos, comparece a locais, inspeciona bens, colhe depoimentos, e, a final, adota realmente todas as providências que possam conduzi-lo a uma conclusão baseada na verdade material ou real. É esse o exato sentido da verdade material."¹

29. Extrai-se do fragmento supracitado a noção de que as provas produzidas pela Administração são válidas para que se caminhe rumo à verdade material (aquela oriunda dos fatos). O depoimento de testemunhas é um dos modos de produção dessas provas, sendo imperioso para a melhor coleta possível dos fatos e para que se chegue o mais próximo da verdade real.

30. Não obstante, a oposição de depoimentos eivados de vícios, tais quais a parcialidade das testemunhas e a não veracidade do depoimento, não produz efeitos e não deve ser tomada em consideração quando da cominação legal da pena. Mas, as outras provas produzidas no curso do processo, cópia dos regulamentos e os folhetos explicativos dos fundos, são válidas e este prossegue com o fito de não comprometer a procura pela verdade material.

c) Da infração à Circular do Bacen

- **Banco Boavista Interatlântico S/A**

31. O Banco alega que não tinha a obrigação de seguir as instruções da Circular nº 2.616/95 do Bacen por ser esta dirigida especificamente à instituição administradora dos fundos. Afirma, também, que mesmo que detivesse tal dever, este teria sido cumprido, já que os folhetos dados aos quotistas, quando da adesão aos respectivos fundos, eram bastante elucidativos com relação aos riscos a que um investidor se expõe ao decidir realizar operações deste tipo, sendo, inclusive, tais fundos separados nos folhetos por cores gradativas suficientemente esclarecedoras do nível de risco assumido na celebração do negócio. Declara que a possibilidade de perda do capital investido vinha expressa nos regulamentos e que as informações concernentes a estes eram passadas aos investidores de diversas maneiras.

32. Entretanto, analisando os comunicados feitos pelo Banco aos investidores, percebe-se que estes foram insuficientes para alertá-los de modo claro e preciso sobre os riscos a que se submetiam ao fazer suas aplicações, na medida em que a possibilidade de perda do capital investido não foi explicitada. Apesar da palavra "risco" ter sido citada repetitivamente em vários trechos de folhetos explicativos dos fundos, não há prova de que os quotistas tiveram acesso ao regulamento e nem de que foram avisados adequadamente quanto à gradação desses riscos. Por óbvio que, ao ingressar nesta modalidade de investimento, tem-se consciência da natural propensão a correr riscos. Contudo, o nível e a profundidade destes riscos nem sempre são claros, principalmente para aqueles investidores iniciantes, sendo necessário todo um aparato que os esclareça satisfatoriamente acerca disto.

33. Conclui-se, portanto, que os quotistas dos fundos de investimento Boavista Derivativos 60, Boavista Hedge 60, Boavista Master 60 e Boavista Top 30 não foram alertados de maneira clara e precisa quanto ao nível de risco a que estavam se expondo no momento em que optaram por realizar aplicações nos supracitados fundos.

34. Além disso, argúi-se que os regulamentos teriam sido publicizados, uma vez que foram registrados no Cartório de Títulos e Documentos, e que também foi oferecida aos quotistas a possibilidade de opinar sobre os mesmos em assembléia convocada especialmente para esse fim, possuindo estes poderes para até mesmo alterá-los.

35. Todavia, referido registro não isenta o Banco da obrigação adquirida através do contrato de agenciamento de dar a cada potencial investidor cópia do regulamento. Quanto à assembléia, destaque-se que sua convocação delimitava seu objeto a modificações de outras cláusulas do regulamento que não aquelas relativas aos riscos causados na negociação desses fundos. Assim, a realização de assembléia de investidores não é suficiente para eximir o Banco do comprometimento assumido no contrato.

36. De outro lado, a defesa fortalece sua tese asseverando que: (a) os quotistas continuaram a aplicar capital em seus fundos mesmo depois da crise da Rússia de 1998, não podendo, então, subsistir a acusação de falha nas informações; (b) todas as informações necessárias foram passadas aos quotistas.

37. No entanto, não é porque os quotistas mantiveram suas aplicações nos fundos que a atuação do Banco se torna legítima. Ao contrário, reforça a necessidade de sua responsabilização. Afinal, caso os investidores tivessem uma exata noção desses riscos poderiam ter se comportado diferentemente na ocasião da crise da Rússia.

38. O Banco, ao revés do que sustenta a defesa, não ofereceu aos investidores todas as informações necessárias, uma vez que o conceito de risco, ligado à possibilidade de perda total do capital investido, só era encontrado nos regulamentos, aos quais não houve a comprovação de acesso.

39. Tendo em vista que a Circular nº 2.616/95 do Bacen dispõe, em diversos artigos, que a responsabilidade pela prestação das informações aos quotistas é da instituição administradora, poder-se-ia inferir pela ausência de obrigação do Banco de comunicar aos investidores as informações referentes à possibilidade de perda do capital.

40. Porém, a Circular nº 2.786/97¹² do Bacen institui o direito dos investidores à informação sobre os riscos a que se sujeitavam ao ingressarem neste tipo de investimento. Ora, neste momento, quem negocia com o investidor não é a distribuidora, porém, o Banco. Pelo contrato de agenciamento, o Banco se obrigou a angariar pessoas para investir nos fundos da BES DTVM. Portanto, a ele cabia acima de tudo a obrigação de informar. Ao falhar neste dever, o Banco infringiu a circular do Bacen citada acima.

• **Sr. Danton de Magalhães Galvão (Diretor Executivo do Banco Boavista)**

41. A cláusula quarta do contrato de agenciamento firmado entre a distribuidora e o Banco delimitou o âmbito de atuação deste, fixando as suas competências e obrigações, dentre as quais se destacam as previstas na alínea "g", pela qual ficou responsável: (i) pelas informações prestadas no ato de colocação das quotas e captação de recursos para investimento em carteiras administradas; (ii) pelo fornecimento, ao investidor, de toda a documentação obrigatória; e (iii) pela qualidade de atendimento ao investidor.

42. Não só o Banco como também o Diretor ao qual compete a supervisão e acompanhamento dos fundos é responsável pelas irregularidades apontadas, relativas à não prestação de informações de forma clara e concisa aos investidores por ocasião de seu ingresso como quotistas dos fundos a respeito do risco do investimento, visto que dentre suas atribuições consta a de inspecionar tais fundos.

43. Por conseguinte, o Diretor Executivo do Banco Boavista deve ser penalizado pelos problemas ocorridos nos fundos que foram objeto do contrato de agenciamento, já que a supervisão dos fundos era de sua incumbência.

• **Sr. José Luiz Silveira Miranda (Diretor Presidente do Banco Boavista)**

44. No que tange à imputação de pena ao Sr. José Luiz Silveira Miranda, acolho os argumentos expostos pelo Presidente na sessão de julgamento desta data.

45. O Sr. José Luiz Silveira Miranda, no cargo de Diretor Presidente, não tinha entre suas atribuições o dever de supervisionar e acompanhar os fundos, tendo em vista que suas funções, fixadas pelo Estatuto Social do Banco, restringiam-se a (i) coordenar as atividades dos demais membros da diretoria de modo a harmonizar suas atividades e (ii) supervisionar os negócios correntes da sociedade, incluindo o cumprimento das diretrizes estabelecidas pela assembléia geral, pelo Conselho de Administração e pela Diretoria. De fato, não seria razoável imputar-se penalidade por falhas nas informações concernentes aos fundos, uma vez que não possuía competência específica para fiscalizá-los: a sua função de supervisão dos negócios da sociedade não poderia chegar ao ponto de lhe ser exigido a supervisão de entrega dos regulamentos dos fundos.

IV. Conclusão

46. Ante o exposto, proponho:

- a. aplicar ao Banco Boavista Interatlântico S/A, bem como ao Sr. Danton de Magalhães Galvão, Diretor Executivo do Banco Boavista, a pena de advertência, prevista no inciso I do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, por infração ao parágrafo 1º do artigo 1º da Circular nº 2.786/97 do Banco Central do Brasil; e
- b. absolver o Sr. José Luiz Silveira Miranda, Diretor Presidente do Banco Boavista, da acusação de violar o parágrafo 1º do artigo 1º da Circular nº 2.786/97 do Banco Central do Brasil.

É o meu **VOTO**.

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2005.

NORMA JONSSSEN PARENTE

DIRETORA-RELATORA

1 Esta lei passou a considerar fundos de investimentos de renda fixa como valores mobiliários.

2 Vide PAS 12/03

3 CPC - Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

(...)

5 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

6 Art. 5º (...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

7 A Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil e o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, tendo em vista o disposto nas Leis 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação dada pela Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001, e considerando:

(...)

II - que, enquanto não editadas pela Comissão de Valores Mobiliários normas com base na competência a que se refere o inciso anterior, permanecem em vigor as disposições baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

8 Art. 483. Deverão as coisas julgadas material e eficazes, que tenham movido o autor da demanda, e não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

9 Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, registrar-se-ão débitos e expulsa todas as obrigações e defesas, que a parte poderia propor assim ao acatamento como a rejeição do pedido.

10 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

11 FALCÃO, José da Rocha Cavalcanti. Manual de Direito Administrativo - 8ª. Edição, 12ª ed. 2005.

12 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

13 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

14 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

15 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

16 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

17 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

18 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

19 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

20 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

21 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

22 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

23 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

24 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

25 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

26 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

27 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

28 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

29 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.

30 O sistema que compõe a Lei 400 contém, desde o ano de 2001.