

SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº SP2005/0296

Acusados: Erivelto Calderan Correa

Itaú Corretora de Valores S.A.

Ementa: **Ausência de comunicação à CVM de operações cujos valores se afiguravam objetivamente incompatíveis com a situação patrimonial e financeira do cliente, tomando-se por base as informações cadastrais respectivas, conforme determina o art. 7º, II, c/c art. 6º, I, ambos da Instrução CVM nº 301/99. Multas.**

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e no art. 12, II, da Lei nº 9.613/98, por unanimidade de votos decidiu:

1. em sede preliminar, rejeitar, pelos motivos expostos em seu voto, as quatro questões argüidas pela defesa, a saber: (i) ausência de fundamentação na instauração deste processo; (ii) existência de coisa julgada; (iii) consumação da prescrição quinquenal e (iv) da prescrição intercorrente; e
2. impor aos acusados Erivelto Calderan Correa e Itaú Corretora de Valores S.A. a pena de **multa** individual no valor de R\$ 3.619,51 (três mil, seiscentos e dezenove reais e cinqüenta e um centavos), para cada um dos acusados, referente ao percentual mínimo de 1% do valor das operações que deveriam ter sido comunicadas, conforme disposto no art. 7º, II, da Instrução CVM nº 301/99.

Os acusados terão um prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir do recebimento de comunicação da CVM, para interpor recurso, com efeito suspensivo, ao Ministro de Estado da Fazenda, na forma do parágrafo 2º, do artigo 16, da Lei nº 9.613, de 03.03.98, e do artigo 8º, IX, do Anexo ao Decreto nº 2.799, de 08.10.98, e artigo 9º, inciso VII, da Portaria nº 330, de 18/12/98.

Proferiram defesa oral os advogados Marcelo Klug Vieira e Luiz Antônio Fernandez Caldas Morrone, ambos representantes dos acusados Erivelto Calderan Corrêa e Itaú Corretora de Valores S.A.

Presente à sessão de julgamento a procuradora-federal Alessandra Bom Zanetti, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Participaram do julgamento os diretores Pedro Oliva Marcilio de Sousa, Wladimir Castelo Branco Castro e o presidente da CVM, Marcelo Fernandez Trindade, que presidiu a sessão.

Rio de Janeiro, 05 de dezembro de 2006.

Maria Helena de Santana

Diretora Relatora

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente da Sessão de Julgamento

Relatório

01. Trata-se de termo de acusação, datado de 29.07.05, proposto pela Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários ("**SMI**") em face da Itaú Corretora de Valores S.A. ("**Corretora**") e Erivelton Calderan Correa ("**Diretor Responsável**"), diretor responsável pelo cumprimento da Instrução 301/99, em razão da ausência de comunicação "*à CVM de operações cujos valores se afiguravam objetivamente incompatíveis com a situação patrimonial e financeira do cliente* [C.B. Ltda. ("**Sociedade**")] *tomando-se por base as informações cadastrais respectivas*", como determinaria o art. 7º da Instrução 301/99.

02. Os principais fatos utilizados pela SMI para fundamentar a acusação foram os seguintes:

- (i) a Sociedade seria uma sociedade nova, quando do cadastramento na Corretora (constituição em 26.01.00 e cadastramento em 20.03.00, respectivamente);
- (ii) o capital social era de apenas R\$100.000,00, quando do cadastramento, e de R\$500.000,00, em 20.06.00 (informação obtida junto à Sociedade e não à Corretora);
- (iii) os sócios eram J.C.B. ("Primeiro Sócio") e I.M.C.;
- (iv) a Sociedade realizou, em um mês (abril de 2000), operações no valor de R\$1.250.065,00 e foi o 59º cliente no ranking de corretagem da Corretora (e operou o total de R\$2.189.209,78 entre 05.04 e 02.06.00);
- (v) no dia 19.04.00, teria havido liquidação de operações no valor de R\$659.876,83¹ (cf. item 9 da acusação) e seu saldo ficou negativo em R\$361.951,21 (cf. item 6) (esse saldo foi coberto em 25.04.00, mediante transferência bancária proveniente de conta corrente do Banco Itaú S.A.); e
- (vi) a SMI solicitou informações contábeis à Sociedade e não obteve as informações pretendidas.

03. Em sua defesa, os indiciados apresentaram as seguintes preliminares:

- (i) ausência de fundamentação na determinação de instauração do processo, uma vez que o parecer da procuradoria federal especializada que embasou a referida determinação teria sido modificado sem fundamentação;
- (ii) necessidade de extinção do processo, sem julgamento do mérito, conforme dispõe o art. 267 do Código de Processo Civil, em razão de litispendência ou de coisa julgada, a depender da data de julgamento do processo, pois os fatos objeto deste processo já teriam sido objeto do Processo Administrativo Sancionador SP2000/0110, decidido pela CVM e com recurso pendente junto ao Ministro de Estado da Fazenda; e
- (iii) prescrição administrativa quinquenal, uma vez que os fatos teriam ocorrido entre 05.04.00 e 02.06.00, e o processo só teria sido instaurado em 18.08.05 e o Relatório de Inspeção não seria um "ato inequívoco, que importa apuração do fato", pois seria um ato unilateral e não bilateral;
- (iv) prescrição administrativa intercorrente, pois se passaram mais de três anos entre o Relatório de Inspeção e a acusação.

04. No mérito, foram apresentados os seguintes argumentos:

- (i) a acusação só levou em consideração o capital social para determinar a situação financeira da Sociedade e não outros elementos;
- (ii) o capital social não guarda necessariamente relação direta com sua capacidade financeira ou com seu valor patrimonial;
- (iii) a acusação, ao analisar apenas o capital social (que constaria da ficha cadastral), estaria referindo-se a deficiência na ficha cadastral, que já foi apurada em processo próprio;
- (iv) as operações não seriam excepcionais, no que se refere às partes envolvidas, pois a Sociedade era conhecida da Corretora e a contraparte era, sempre, o mercado;
- (v) as operações não seriam excepcionais, no que se refere à forma, pois eram operações de compra e venda de ações na Bovespa, tendo por objeto ações com alta negociação;
- (vi) as operações não seriam excepcionais, no que se refere ao fundamento econômico ou legal, pois (a) as operações eram determinadas pelo representante legal da Sociedade, (b) as operações eram sempre liquidadas em dia, e (c) a sociedade era representada e

controlada por uma pessoa física, "dono" de uma sociedade seguradora com patrimônio, à época, de R\$4,6 milhões, cliente do grupo ao qual pertence a Corretora desde 1966; e

(vii) a obrigação de comunicação também não se faria presente, pois (a) todos os recursos "vinham e retornavam" de contas correntes de titularidade da Sociedade, (b) "*não eram usualmente realizadas operações de day trade ou operações com lucros ou prejuízos excepcionais*", e (c) a coincidência entre o nome do controlador e da sociedade da qual é sócio controlador e representante legal não indicaria a pretensão de ocultar bens ou lavar recursos através da sociedade.

05. Os indiciados ainda teceram críticas sobre a atuação da SMI, quanto à análise exclusiva da ficha cadastral. Conforme a transcrição abaixo:

"É de se questionar, pois o motivo pelo qual a investigação levada a efeito à época não tratou dessas informações que poderiam ter sido facilmente trazidas e comprovadas a ponto de afastar eventuais dúvidas sobre os motivos que levaram os Defendentes a não comunicar as operações do cliente à CVM.

Uma destas comprovações, sem dúvida, teria sido a apresentação do balancete da [Sociedade] (Doc. 5), referente a Maio/2000, e que demonstra um ativo contabilizado de R\$682.594,00, incluindo um adiantamento dos sócios para futuro aumento de capital da ordem de R\$509.800,00 (o que, por si só, já supriria os valores apontados como extraordinários pela inspeção da CVM).

Outra talvez fosse a cópia do instrumento de 'Alteração do Contrato Social' da empresa que em 20.06.2000, exatamente à época das operações, aumentou seu capital social de R\$100.000,00 para R\$500.000,00 (fls. 85 e 86), demonstrando não haver qualquer intuito de se ocultar bens.

Isto sem mencionar a análise dos próprios dados cadastrais do Sr. João Cruz Barochelo e/ou sua companhia seguradora, que demonstravam naturalidade e fundamento econômico às operações cursadas.

Conclui-se, então, que se a ficha cadastral do cliente não permitiu à CVM aferir adequadamente sua situação financeira de modo a concluir pela compatibilidade desta com os valores operados pela [Sociedade], o vício estaria apenas na própria ficha cadastral, e não numa análise equivocada de informações por parte dos Defendentes" (grifos excluídos do original).

06. Os últimos argumentos apresentados pelos indiciados proclamam pela aplicação do princípio da razoabilidade, que, no caso concreto, levaria à absolvição dos indiciados, uma vez que (a) apenas uma das situações analisadas teria necessidade de ser comunicada à CVM, (b) "*é princípio comezinho em direito que a punibilidade de prática omissiva ilegal só se justifica na modalidade dolosa*", e (c) a Corretora investe em programas, treinamentos e infraestrutura para tratar do combate à lavagem e ocultação de bens.

07. Por fim, em 24.10.06, os defendentes peticionaram informando que o Ministro de Estado da Fazenda manteve a decisão da CVM no Processo SP2000/0110, o que faria com que este processo tivesse por objeto coisa julgada.

É o Relatório.

Voto

01. Os indiciados arguem três preliminares. Começo pela ausência de fundamentação da determinação de instauração deste processo administrativo, uma vez que o Colegiado teria determinado a abertura do processo pelos fundamentos contidos no parecer da Procuradoria Federal Especializada – CVM ("PFE"), sem "*[rebatere]*, porém, os argumentos apresentados no *[parecer]*, contrariando-o com fundamento em '*despacho*' que não tem o condão de *alterá-lo*".

02. Embora escrita em linguagem hermética, o argumento dessa preliminar é que, embora o parecer da PFE não determinasse a instauração de um novo processo, o Colegiado teria fundamentado a sua decisão nesse parecer. Adicionalmente, o despacho da Sub-Procuradora-Chefe da GJU-1 não teria o poder de reformar esse parecer.

03. Aqui, parece-me, há um claro desconhecimento do que seja o parecer da PFE pelos indiciados. Os pareceres da PFE são construídos hierarquicamente, começando pela opinião do procurador, que é submetida à apreciação do gerente, que submete a opinião de sua gerência ao procurador chefe. Parecer da PFE, portanto, é a opinião do Procurador-Chefe. Neste caso, ele se manifestou de acordo com o despacho da Sub-Procuradora-Chefe da GJU-1, que, por sua vez, discordou do parecer do procurador vinculado a sua gerência (e, portanto, determinou o

entendimento da gerência).

04. O Parecer da PFE, conforme constou do parecer da Sub-Procuradora-Chefe da GJU-1, (i) sugeriu que não se incluísse entre as infrações objeto do Processo SP2001/0110 eventual infração ao art. 7º, II da Instrução 301/99, conforme teria determinado o COAF (fls.05 e 06) e (ii) defendeu *"uma apuração mais detalhada neste particular [- violação ao art. 7º, II da Instrução 301/99 -] a ensejar, portanto, a instauração de outro processo administrativo"* (fls. 06). Lembrou, por fim, *"que a ação punitiva desta Autarquia prescreverá, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.873/99 e do caput do art. 202 do Código Civil, no dia 22 de agosto do corrente ano, devendo, por isso, ser dada prioridade à tramitação do procedimento de apuração da potencial infração em comento"*.

05. Assim, ao concordar com o Parecer da PFE, pelas razões nele manifestadas, seguiu o Colegiado o entendimento da GJU-1, que consta das fls.5 a 7 do processo e não das fls. 3 a 4, como gostariam os indiciados. Não procede, portanto, a preliminar levantada.

06. A segunda preliminar trata de eventual coisa julgada, em razão da decisão no Processo SP2001/0110 (transitado em julgado em vista de decisão do Ministro de Estado da Fazenda, cf. mencionado pelos indiciados), que tratava de falhas em fichas cadastrais de clientes da Corretora. Dentre as fichas, estava incluída a da Sociedade que teria realizado as operações objeto deste processo.

07. Aqui, também, parece-me que há uma má compreensão pelos indiciados, agora com relação às obrigações constantes da Instrução 301/99. A obrigação de manter ficha cadastral atualizada e com as informações exigidas pelo art. 3º não se confunde com a obrigação de comunicar operações mencionadas no art. 6º, conforme determina o art. 7º. Embora não se confundam, elas têm uma ligação. Isso porque a averiguação objetiva de incompatibilidade econômica ou financeira se faz com base na ficha cadastral (ver a parte final do art. 6º, I). Dessa forma, a ausência de informações financeiras na ficha cadastral implica infração ao art. 3º, §1º, I, "f" e II, "f" e, caso o cliente faça uma operação e o intermediário não faça a comunicação à CVM, também descumprirá o art. 7º, uma vez que, objetivamente, não havia compatibilidade econômico financeira do cliente, a partir da análise das informações cadastrais, para a realização da operação. Tanto os fatos (ficha cadastral em um e operação financeira em outro), quanto o dispositivo normativo (art. 3º em um e art. 7º em outro) são distintos, não havendo, portanto, que se falar em coisa julgada.

08. A terceira preliminar é de prescrição quinquenal. Para os indiciados, a prescrição quinquenal estaria configurada, uma vez que entre os fatos e a intimação da acusação teriam transcorrido mais de 5 anos. A esse respeito, os indiciados reconhecem que ainda em 2000 teria havido uma inspeção da CVM na Corretora para apuração da regularidade cadastral de, entre outras, a Sociedade, e que nessa inspeção já teria sido apurada a ausência de comunicação da operação (tanto é assim que arguem a prescrição intercorrente entre a inspeção e a acusação). Há, também, especificamente quanto a este processo, a decisão do Colegiado de 25.01.05 (fls. 01).

09. Defendem os indiciados que a hipótese de interrupção de prescrição quinquenal por *"ato inequívoco, que importe apuração dos fatos"*, prevista no art. 2º, II da Lei 9.873/99, seria um *"ato bilateral, em que se configure a participação e/ou o conhecimento inequívoco do interessado a respeito da apuração do ilícito"*.

10. O Colegiado já estabilizou o seu entendimento do art. 2º, II da Lei 9.873/99, de modo a diferenciar a hipótese nele constante da do inciso III do mesmo artigo, que traz como causa da interrupção da prescrição a intimação dos interessados. Ou seja, se o inciso III exige a intimação e nada mais do que isso, a hipótese do inciso II não pode exigir, também, a intimação. Isso é especialmente verdadeiro com relação à CVM, que pode investigar em sigilo (art. 9º, §2º da Lei 6.385/76).

11. A última preliminar apontada – prescrição intercorrente - é a mais interessante de todas e traz uma difícil discussão, na qual não há uma regulação normativa expressa. Isso porque a prescrição intercorrente alegada se daria entre o Relatório de Inspeção (datado de 22.08.00) e o próximo ato processual constante dos autos e que se referiria às infrações (Relatório COAF, datado de 25.10.04).

12. A prescrição intercorrente ocorre quando um procedimento administrativo fica paralisado por 3 anos pendente de despacho ou julgamento². Ou seja, se se considerar que o procedimento administrativo teve início com o Relatório de Inspeção, teria havido prescrição intercorrente e, caso contrário, não.

13. Com relação à infração pela não comunicação das operações, não se pode ter o processo como iniciado em razão da inspeção, pois o objeto do Processo SP2001/0110 era apenas a infração ao art. 3º da Instrução 301/99. No mesmo sentido é o parecer da PGFN, adotado pelo então Ministro de Estado da Fazenda (fls. 97 a 104), ver itens 15 a 18 do parecer da PGFN. Por esse motivo, a prescrição intercorrente neste processo pode ser contada a partir do Termo de

Acusação, de 29.07.05. Desde esse momento até hoje, no entanto, ainda não se passaram 3 anos, o que impossibilita qualquer prescrição intercorrente.

14. Passo, então, à análise do mérito. A análise das operações a serem comunicadas é um julgamento subjetivo. Existirão hipóteses em que não haverá dúvidas de que uma operação não precisa ser comunicada. Por vezes, haverá certeza de que a operação deveria ser comunicada. Muitas vezes, no entanto, haverá dúvida se uma operação deveria ou não ser comunicada. Nessas situações, a condenação está sujeita a um maior rigor. Dependerá, por exemplo, de uma comprovação de falta de sistemas de controle, de ausência de análise do caso concreto, da repetição da ausência de comunicação ou de algum outro elemento justificador. O importante, em todas essas situações, é que a avaliação – que é subjetiva – esteja fundada em elementos objetivos constantes do cadastro do cliente, isso para que seja possível que um terceiro interno (superior hierárquico ou órgão de *compliance*) ou externo (órgão fiscalizador) possa rever *a posteriori* os critérios que estão sendo utilizados para decidir sobre a comunicação de operações.

15. É por isso que o art. 6º, I menciona que a análise a ser feita pelo intermediário “[deve tomar] por base as informações cadastrais respectivas”. Com o mesmo objetivo, o art. 7º, I fala em ausência ‘objetiva’ de fundamento econômico.

16. Voltando ao caso concreto, quais eram as informações cadastrais sobre a situação financeira da Sociedade existentes à época das operações que deveriam ter sido objeto de comunicação? Na ficha cadastral propriamente dita, nenhuma. Nos documentos que acompanhavam a ficha cadastral, o capital social da Sociedade, constante da alteração de contrato social, no valor de R\$100.000,00.

17. Se essa era a única informação constante do cadastro da Sociedade que indicava a sua situação patrimonial, a realização de operações no valor de R\$659.876,83, em 15 dias, sendo R\$361.951,21 em um único dia (ver Item 8 do Termo de Acusação, fls. 179), é claramente incompatível com as informações cadastrais.

18. Os indiciados reivindicam, no entanto, que a análise da compatibilidade econômico-financeira fosse feita com base em outros critérios e elementos. Por exemplo:

(i) Balanco Patrimonial. Além do balanço patrimonial não estar disponível junto à ficha cadastral, quando a SMI solicitou a apresentação do balanço patrimonial de 31.12.00 e dos balancetes mensais desde a constituição da Sociedade até essa data, entre outras informações (fls. 74) – isso foi feito em 20.04.05, quase 5 anos após as operações -, a Sociedade não conseguiu apresentá-los, pedindo prazo adicional, pois dependia da apresentação dos extratos bancários pelo Banco Bradesco S.A. (fls. 89), e pediu novo prazo adicional ao encerramento da primeira extensão (fls. 91). Com a ausência de balanços patrimoniais, na Corretora, à época das operações, e com a incapacidade de a Sociedade fornecê-los quase 5 anos após as operações, fica comprovado que as informações do balanço patrimonial não estavam disponíveis para a análise, pela Corretora, da adequação das operações à situação econômico-financeira da Sociedade.

(ii) Capacidade Econômica do Sócio Controlador. Os indiciados também se defendem dizendo que o sócio controlador e representante legal é um cliente antigo do conglomerado financeiro do qual faz parte a Corretora e sua situação patrimonial permitiria a realização das operações, sem a incidência de uma das situações do art. 6º da Instrução 301/99. Comprovam as alegações com a ficha cadastral de uma sociedade que, de acordo com sua ficha cadastral, seria controlada por esse sócio (fls. 185 e 188). Esse argumento não pode ser levado em consideração, por alguns motivos. Primeiro, deveria constar da ficha cadastral da Sociedade que a análise de sua capacidade econômico-financeira deveria ser feita com base na ficha cadastral do sócio controlador, ou em outra ficha cadastral. Segundo, a ficha cadastral da sociedade sob controle comum que foi juntada não tem informações patrimoniais ou financeiras. Terceiro, a ficha é datada de 26.09.02, data posterior às operações.

19. Como se vê acima, não havia, quando das operações, informações cadastrais que as justificassem, seja sob a ótica econômica ou patrimonial e, portanto, deveriam ter sido comunicadas de acordo com o art. 7º, II combinado com art. 6º, I da Instrução 301/99.

20. Deixarei de analisar os argumentos dos indiciados mencionados nos itens 04, "iv", "v", "vi" e "vii" pois eles são relevantes, apenas, para operações que deveriam ser comunicadas com base no art. 7º, I (exceto pelo constante do item 04 "vi" "c", que é analisado no item 25 "ii" acima).

21. Confirmada a obrigação de comunicar a operação passa-se à análise da possibilidade de se condenar a Corretora e o Diretor-Responsável pela ausência de comunicação. Para tanto, acho importante começar reconhecendo que a obrigação prevista no art. 7º da Instrução 301/99 é um dever de vigilância e supervisão que é infringido pela omissão em realizar tal vigilância e supervisão.
22. Descumpre-se o dever de vigilância e supervisão não só por condutas dolosas, como querem os indiciados, mas, também, por condutas omissivas. Ao contrário do que dizem os indiciados, essa é uma regra tradicional até mesmo no direito penal, que admite a modalidade culposa também nos crimes omissivos³.
23. Vencida essa questão, o próximo argumento dos indiciados trata do fato de que este processo refere-se a um único caso. Esse argumento não é inteiramente correto, pois o processo refere-se a um único cliente com diversas operações realizadas durante 2 meses e que tiveram seu pico no dia 19.04.00. Não vejo, portanto, como excluir a ilicitude com base nesse argumento, mas acredito que ele poderá ser utilizado, em favor dos indiciados, na fixação da penalidade.
24. Outro argumento utilizado pelos defendentes é que a existência de programas, investimentos e treinamentos seriam suficientes para excluir a ilicitude da conduta. Esse argumento poderia sim levar à exclusão da ilicitude caso os programas, investimentos e treinamentos se mostrassem eficazes, de modo que não ocorresse a ausência de comunicação em situações em que a comunicação deveria ser feita e eventuais falhas fossem, claramente, uma exceção ou uma falha operacional.
25. O programa mencionado pelos indiciados teria sido estabelecido antes mesmo das regras estatais sobre o combate a lavagem de dinheiro e ocultação de bens. Comprovaria esse fato o documento 6 por eles juntado. Ocorre, no entanto, que o documento 6 é, tão somente, um memorando enviando cópia da Instrução 301/99, que já estava em vigor há quase 30 dias. Nesse memorando se dizia ainda que operações previstas no art. 6º deveriam ser, também, comunicadas à gerência comercial e à auditoria interna.
26. A referência à aquisição em 1999 de software para ajudar a prevenir a lavagem de dinheiro não é suficiente, sem que se demonstre como esse software assegura o cumprimento da legislação e o motivo da falha, no caso concreto.
27. A menção a uma apresentação sobre a Instrução 301/99, sem demonstração do conteúdo, carga horária, acompanhamento de resultados, entre outros, não serve como excludente de ilicitude, pois tal curso pode ter diversos objetivos e, pelo material apresentado pelos defendentes, não é possível avaliar sua efetividade para a finalidade alegada.
28. Há, ainda, o memorando do Projeto "Conheça o Seu Cliente" (doc. 8). Esse documento, no entanto, refere-se a questões de risco do cliente para a instituição financeira e não se relaciona com combate à lavagem de dinheiro (ver, especialmente, o item 3, fls. 196).
29. Nenhum desses argumentos (falo dos analisados nos itens 28 a 35), no entanto, parece-me relevante no caso concreto, pois a Corretora apontou claramente que tomou, conscientemente, a decisão de não comunicar a operação, pois ela era compatível com informações financeiras não constantes do cadastro. Ou seja, demonstra uma errônea percepção da regra constante no art. 6º, I da Instrução 301/99, que, portanto, permeia (ou ao menos permeava à época desses fatos) o sistema de supervisão e vigilância da Corretora, pelo qual o Diretor era responsável. Com a orientação (ou procedimento) de buscar informações em outra base de dados (outras fichas cadastrais, outros documentos e outras informações) ao invés de se limitar à análise da ficha cadastral (ou trazer tais elementos para a ficha cadastral), incentiva-se o descumprimento da regra do art. 6º, I da Instrução 301/99, e os programas, investimentos e treinamentos realizados, se refletirem essa orientação, não serão capazes de suprimir (ao contrário, poderão, inclusive, aumentar) o descumprimento da regra, neste particular.
30. Embora entenda que a infração ao art. 7º ocorreu e que não há excludente de ilicitude aplicável, creio que devem ser levados em conta, na fixação da pena, os seguintes elementos: (i) as estratégias de combate à lavagem de dinheiro ainda não estavam culturalmente estabelecidas no Brasil no início de 2000, (ii) o sócio controlador da Sociedade teria sólida situação patrimonial, e (iii) não se detectaram falhas de comunicação em operações de outros clientes. Além disso, os indiciados não são reincidentes específicos para fins do art. 12, §3º da Lei 9.613/98, devendo então ser aplicada a multa do art. 12, II. Nesse sentido, proponho a multa mínima no percentual de 1% das operações que deveriam ter sido comunicadas. Essas operações, parece-me, são as ocorridas no dia 19.04.00, no valor de R\$361.951,21, conforme mencionado na nota de rodapé 01 acima, resultando em multa no valor de R\$3.619,51 para cada um dos indiciados.

Rio de Janeiro, 05 de dezembro de 2006.

1 Essa conclusão do Termo de Acusação parece equivocada, pois R\$659.876,83 é o saldo devedor acumulado em 14 dias de operação. No dia 19.04.00 foram realizadas operações no valor de R\$361.951,21.

2 É o que diz o art. 1º, §1º da Lei 9.873/99: "Incidirá a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso".

3 Júlio Fabbrini Mirabete, por exemplo, diz "É também possível a omissão por culpa em sentido estrito, respondendo por crime culposo o omitente nas seguintes hipóteses:

a) erro de apreciação da situação típica, como, por exemplo, o pai que, ouvindo gritos do filho, não o socorre, pensando que se trata de uma brincadeira, enquanto a criança se afoga;

b) erro na execução da ação, como, por exemplo, em jogar substância inflamável em lugar de água para apagar um incêndio, deixando de verificar a natureza do líquido que está utilizando;

c) erro sobre a possibilidade de agir, como por exemplo, quando o garantidor supõe que a vítima está afogando-se em lugar profundo do rio, onde seria impossível salvá-la, permitindo que ela se afogue em águas rasas" (in Manual de Direito Penal I – Parte Geral, pg. 96. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2006). A hipótese dos autos parece ser similar à da letra "a".

Voto proferido pelo diretor Pedro Oliva Marcilio de Sousa na Sessão de Julgamento do dia 05 de dezembro de 2006.

Eu acompanho o voto da Relatora, mas gostaria de fazer algumas observações.

Em primeiro lugar, com relação às palavras utilizadas pela defesa, entendo que, embora seja franqueado ao advogar defender com o maior empenho possível o seu cliente, é preciso ter o cuidado necessário na escolha e utilização dessas palavras. Ou seja, qualificar como "início espúrio" a instauração deste processo administrativo significa imputar um caráter espúrio a um ato administrativo que envolveu diversas autoridades da administração pública, a saber: COAF, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, Ministro de Estado da Fazenda e Colegiado da CVM. A utilização dessas palavras específicas só se justificaria se respaldadas em provas e nunca como simples elementos de retórica, uma vez que consistiria em verdadeira acusação de atuação ilegal das autoridades mencionadas, com desvio de finalidade.

A segunda observação é no sentido de que a defesa não atentou para o fato de que a comunicação é devida, no caso concreto, em virtude do disposto no inciso II do artigo 7º, e não do inciso I. Aquele inciso não exige a caracterização de elementos de ocultação e não defere à corretora o juízo sobre a existência ou não de elementos de lavagem de dinheiro. Com efeito, o que ele exige, em primeiro lugar, é o enquadramento da operação nas hipóteses mencionadas no art. 6º. No caso ora em análise, trata-se de ocorrência da hipótese prevista no inciso I do aludido artigo, *in verbis*: "operações cujos valores se afigurem objetivamente incompatíveis com a ocupação profissional, os rendimentos e/ou a situação patrimonial/financeira de qualquer das partes envolvidas, tomando-se por base as informações cadastrais respectivas". Logo, é justamente a falta de comunicação de operações dessa espécie que justifica não só a instauração do processo administrativo como também a própria condenação dos acusados.

A terceira e derradeira observação que eu tinha a registrar concerne à alegação, apresentada pela defesa em sua sustentação oral, de que se estaria incorrendo em *reformatio in pejus* caso venha a ser proferida uma sentença condenatória neste julgamento. Não obstante, com o intuito de rechaçar tal alegação, cumpre esclarecer que a *reformatio in pejus* ocorreria tão-somente na hipótese de se reformar uma decisão para agravar a situação dos acusados, tendo por substrato fático condutas que já foram objeto de julgamento anterior. Por conseguinte, não há que se falar em *reformatio in pejus* no presente caso, haja vista que os demais fatos apurados do processo de origem nº SP2000/0110 (infração ao art. 3º da Instrução CVM nº 301/99), já anteriormente julgados pela CVM e reapreciados, em grau de recurso, pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, não fazem parte do objeto deste julgamento.

É mais difícil ainda falar de *reformatio in pejus* na esfera administrativa, onde vige o princípio da hierarquia. Note-se que a vedação à *reformatio in pejus* no Conselho de Recursos exsurge do decreto presidencial que regula o processo administrativo naquele órgão, o qual não possui qualquer ascensão hierárquica sobre a CVM. O mesmo já não se pode dizer com relação ao COAF, órgão hierarquicamente superior, que coordena as atividades de combate à lavagem de dinheiro, ocultação de bens e financiamento ao terrorismo.

Ademais, a reapreciação dos fatos investigados no PAS nº SP2000/0110, determinada pelo COAF, cinge-se estritamente à conduta que não fora analisada na primeira oportunidade, capitulada como infração ao disposto no art. 7, II, da Instrução CVM nº 301/99. Destarte, não houve reforma de decisão nem se prejudicou em nada a situação dos recorrentes. Ressalte-se, aliás, que este processo poderia ter-se iniciado independentemente de determinação do COAF.

Por tudo quanto foi acima exposto, não merece prosperar a alegação de ocorrência de *reformatio in pejus*.

Feitas essas observações, reitero que acompanho o voto da Diretora Relatora.

Pedro Oliva Marcilio de Sousa

Diretor

Voto proferido pelo diretor Wladimir Castelo Branco Castro na Sessão de Julgamento do dia 05 de dezembro de 2006.

Eu também acompanho o voto da Relatora, senhor presidente.

Wladimir Castelo Branco Castro

Diretor

Voto proferido pelo presidente da CVM, Marcelo Fernandez Trindade, na Sessão de Julgamento do dia 05 de dezembro de 2006.

Com as observações feitas pelo diretor Pedro Marcilio, eu também acompanho o voto da Diretora Relatora e proclamo o resultado do julgamento nos termos constantes de seu voto.

Informo ainda que os acusados poderão interpor recurso voluntário, dentro do prazo legal, ao excelentíssimo senhor Ministro da Fazenda.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente