

SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CVM Nº RJ2005/5272

Acusados: Luís Stuhlberger

Hedging-Griffo Corretora de Valores S.A.

Ementa: **Aquisição de ações preferenciais em subscrição privada, configurando infração ao disposto no inciso V, do art. 55, da Instrução CVM nº 302/99, que veda operações realizadas fora de bolsa de valores, ou de mercado de balcão, por entidade autorizada pela CVM. Absolvição**

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 de voto, decidiu **absolver** os acusados.

A CVM oferecerá recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional em virtude das absolvições proferidas.

Proferiu defesa oral o advogado dr. Julian Fonseca Peña Chediak, representante legal dos acusados.

Presente o procurador-federal Arnaldo Almeida de Amorim, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Participaram do julgamento os diretores Maria Helena de Santana, relatora, Pedro Oliva Marcilio de Sousa, Wladimir Castelo Branco e o presidente da CVM, Marcelo Fernandez Trindade.

Rio de Janeiro, 06 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 elaborado pela Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários ("SMI"), datado de 18.08.05 ("Termo de Acusação"), em face de Hedging Griffo Corretora de Valores S.A. ("Administradora") e seu diretor Luís Stuhlberger ("Diretor-Responsável" e, em conjunto com a Administradora, "Indiciados").

02. Em 23.09.02, foi realizada assembléia geral extraordinária ("AGE") da Alium Participações S.A. ("Companhia"), na qual os acionistas da Companhia renunciaram ao direito de preferência à subscrição das ações preferenciais representativas do aumento de capital. Essas ações foram subscritas privadamente pelo Kol Fundo de Investimento em Ações ("Fundo") (fls. 04/07).

03. À época da AGE, o Fundo era administrado pela Administradora, sob responsabilidade do Diretor-Responsável. Em 01.10.02, a administração foi transferida para a BMC Asset Management DTVM Ltda. (fls. 21/24).

04. O parecer dos auditores independentes sobre as demonstrações financeiras do Fundo, relativas ao período terminado em 30.03.03, contém em sua nota explicativa 6 informações referentes à aplicação do Fundo em ações preferenciais da Companhia (fls. 18).

05. Diante dos fatos acima expostos, a SMI entendeu que (fls.02):

(i) a aquisição das ações preferenciais de emissão da Companhia pelo Fundo, a qual teria ocorrido em subscrição privada e não envolveria direito de preferência por parte do Fundo, estaria infringindo o estabelecido no inciso V do art. 55 da Instrução CVM nº 302/99 (fls. 02); e

(ii) em conformidade com a legislação aplicável (art.7º, inciso II, e art. 17 da Instrução CVM

nº 306/99), a administração da carteira do Fundo estaria sob a supervisão e responsabilidade direta do diretor responsável da instituição administradora, no caso concreto o Diretor-Responsável e a Administradora, respectivamente.

06. Por tais razões, foram imputadas pela SMI as seguintes responsabilidades (fls. 03):

(i) à Administradora, por infração ao disposto no inciso V do art. 55 da Instrução CVM nº 302/99; e

ii. ao Diretor-Responsável, por infração ao disposto no inciso V do art. 55 da Instrução CVM nº 302/99.

07. Na defesa, os Indiciados apresentaram as seguintes preliminares:

(i) Ofensa ao Princípio da Ampla Defesa. A SMI teria cerceado o direito constitucional de ampla defesa dos Indiciados, uma vez que, embora constasse nas fls. 25 dos autos que o presente processo teria origem no Processo nº RJ 2004/1899, estes documentos não teriam sido franqueados aos Indiciados;

(ii) Ausência de Caracterização de Culpa Concreta e Individual. O Termo de Acusação teria tratado com simplicidade a pretensa infração por parte dos Indiciados, o que demonstraria que a SMI teria se preocupado apenas em apresentar a existência do fato típico, deixando de verificar a culpabilidade dos Indiciados;

08. No mérito, os principais argumentos apresentados foram:

(i) Gestão do Fundo. À época dos fatos, o Fundo seria gerido por Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa ("Gestor"), que teria competência exclusiva para decidir sobre a compra de ativos financeiros para compor a carteira do fundo, bem como para representá-lo nos atos próprios de subscrição, conforme Contrato de Prestação de Serviços ("Contrato") anexo aos autos (fls. 66/72). O boletim de subscrição referente à AGE de 23.09.02 teria sido assinado pelo Gestor (fls. 07);

(ii) Inexistência de Solidariedade Administrativa. O Termo de Acusação não teria analisado a conduta que ensejava o ato entendido como ilícito e não teria considerado a existência de um gestor para administrar a carteira do Fundo. Portanto, a acusação formulada somente poderia prosperar em caso de responsabilidade administrativa solidária entre os Indiciados e o Gestor. Nesse sentido, a defesa argumenta que, como na esfera punitiva vigoraria o princípio constitucional (art. 5º, XVI) da individualização da pena, a solidariedade no âmbito punitivo seria inconstitucional, e não cabível por qualquer ente administrativo. Para fundamentar tal alegação, fez-se referência à decisão do Colegiado no âmbito do Inquérito Administrativo 23/88 e ao voto proferido pelo Diretor Wladimir Castelo Branco no Inquérito Administrativo 16/00. Com relação ao art. 51, §1º, da Instrução 302/99, alega a defesa que a leitura desse dispositivo indicaria que a CVM teria imposto responsabilidade solidária dos administradores e gestores apenas no âmbito civil. Com relação à Instrução CVM nº 409/04, a defesa considera que esta norma teria reconhecido, por meio do art. 57, §2º, a incompetência desta Autarquia para impor responsabilidade solidária aos administradores e gestores até mesmo na esfera civil. A defesa complementa esse argumento alegando que seria mais do que óbvio que o §5º do mesmo artigo se justificaria para esclarecer a inexistência de solidariedade, no âmbito da CVM, no que diz respeito à esfera dos ilícitos administrativos;

(iii) Retroatividade da Norma Mais Benéfica. Se aceita a solidariedade administrativa durante a vigência da Instrução CVM nº 302/99, a regra aplicável quando do julgamento do presente processo deveria ser a mais benéfica aos Indiciados, ou seja, a Instrução CVM nº 409/04. Tal requisição encontra-se fundamentada, principalmente, no princípio constitucional disposto no art. 5º, XL, e no art. 2º do Código Penal Brasileiro, além de acórdãos do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN); e

(iv) Diligência dos Indiciados. Quanto a eventual questionamento acerca da responsabilidade por falta de diligência, por parte dos Indiciados, na verificação dos atos praticados pelo Gestor, admitindo-se a possibilidade de realização pelo Gestor de ato que mereça censura da CVM, a defesa argumenta que, no presente processo, os Indiciados

não estariam sendo acusados de ter faltado com o dever de fiscalização, eles estariam sendo acusados exclusivamente pela infração ao art. 55, inciso V, da Instrução 302/99.

É o Relatório.

Voto

01. Antes das questões de mérito, faz-se necessário analisar as preliminares apresentadas pelos Indiciados em sua defesa. Os Indiciados alegaram que lhes teria sido negado o acesso às informações referentes à origem do Termo de Acusação, o que caracterizaria, segundo eles, ofensa ao princípio da ampla defesa pela CVM. Porém, não se encontra nos autos qualquer indício de que os Indiciados tenham solicitado cópias ou esclarecimentos acerca dessas informações. Se nada foi solicitado, não houve atuação da CVM que prejudicasse o direito de defesa dos Indiciados. É compreensível a ausência de pedido de vistas, pois, como é comum na CVM, durante um processo administrativo, muitas vezes de natureza não sancionadora, deriva-se outro, para apurar outros fatos ou outras infrações. Esse talvez tenha sido o motivo que levou os Indiciados a não solicitar vistas dos autos do outro processo.

02. Com relação à ausência de caracterização de culpa concreta e individual, tratarei desse assunto na análise do mérito. Devo notar, no entanto, que se a SMI tivesse contatado o Administrador antes da imputação, este processo poderia ter sido melhor instruído e teria produzido um resultado mais útil. Providências como essa, a propósito, são atualmente exigidas por meio da Deliberação CVM nº 457/02, conforme alterada pela Deliberação CVM nº 504, de 12.05.06¹.

03. Passando para a análise do mérito, a principal alegação apresentada pelos Indiciados consiste no fato de que o fundo era gerido pelo Gestor. Embora a prova essencial para demonstrar esse argumento da defesa fosse o regulamento do Fundo, que deveria constar dos autos desde a acusação, comprovam ainda essa afirmação a cópia do Memorando de Entendimentos celebrado, em 04.01.02, entre a Sistel e a Administradora (fls. 74/76), e a cópia do Contrato de gestão (fls. 66/72). Além disso, há outras evidências que permitem concluir que os documentos foram implementados como previsto contratualmente, no caso, a cópia do Ato Declaratório, expedido pela CVM em 20.12.01, autorizando o Gestor a prestar serviços de administrador de carteira de valores mobiliários (fls. 73) e a ata da assembléia de cotistas do Fundo ocorrida 7 dias após a subscrição das ações, em que se altera o administrador, mas se menciona a manutenção do Gestor (item b.7² fls 86/88). Por esses motivos, pode-se dizer que o Gestor (i) foi devidamente contratado para o cargo, (ii) exercia tal função à época da subscrição das ações preferenciais e (iii) apresentava-se devidamente credenciado nos termos da Instrução CVM nº 306/99 para o exercício de tal função.

04. Nos termos do Contrato, e considerando a legislação aplicável, as decisões acerca dos investimentos a serem realizados pelo Fundo são de responsabilidade exclusiva do Gestor. Portanto, tudo indica que o autor e responsável exclusivo pela conduta apurada neste processo seria o Gestor. Assim, a responsabilidade pela decisão de subscrever ações da Companhia, em uma emissão privada, deveria ter sido imputada ao Gestor e não ao Administrador.

05. Eventualmente, ao Administrador poderia ser imputada ausência de diligência na administração do Fundo, ou mesmo o descumprimento da obrigação de fiscalizar terceiros contratados pelo Fundo, no caso, a instituição prestadora dos serviços de custódia e tesouraria - Citibank DTVM S/A - conforme dispõe o inciso XV do art. 65 da Instrução CVM nº 409/04, mas não foi esta a acusação feita. De fato, como instituição responsável pela liquidação das operações do Fundo, a Citibank poderia ter atuado para, até, impedir que a operação irregular se concretizasse, ou o próprio Administrador poderia, em sua rotina de fiscalização, ter identificado a operação e alertado para sua irregularidade antes da liquidação. É importante destacar que, mesmo sendo do Gestor a responsabilidade pela decisão que infringiu a regulamentação, a atuação dos demais prestadores de serviços, cada um em seu âmbito de responsabilidade, sob a vigilância do Administrador, é necessária e esperada, nos termos da regulamentação.

06. Por esses motivos, voto pela absolvição dos Indiciados, podendo a área técnica, se achar justificável, analisar a conduta do Gestor e propor novo termo de acusação.

Rio de Janeiro, 06 de dezembro de 2006.

Maria Helena Santana

Diretora-Relatora

¹ "Art. 3º Ressalvada a hipótese de que trata o art. 7º, a Comissão de Inquérito deverá elaborar relatório, do qual deverão constar: (...)

III – análise de autoria das infrações apuradas, contendo a individualização da conduta dos acusados, fazendo-se remissão expressa às provas que demonstrem sua participação nas infrações apuradas; e"

"Art. 6º-B Para formular a acusação, a Comissão de Inquérito e o Superintendente, na hipótese referida no art. 4º, deverão ter diligenciado no sentido de obter do acusado esclarecimentos sobre os fatos descritos no relatório ou no termo de acusação, conforme o caso.

Parágrafo único. Considerar-se-á atendido o disposto no "caput" sempre que o acusado:

I – tenha prestado depoimento pessoal ou se manifestado voluntariamente acerca dos atos a ele imputados; ou

II – tenha sido intimado para prestar esclarecimentos sobre os atos a ele imputados, ainda que não o faça."

2 Verbis: "O NOVO ADMINISTRADOR declara neste ato que manterá os poderes de gestão da carteira do FUNDO com o Sr. Roberto Alexandre de Alencar Araripe Quilelli Corrêa, doravante GESTOR, nos termos do art. 2º, §1º do regulamento do FUNDO".

Voto proferido pelo diretor Pedro Oliva Marcilio de Sousa na Sessão de Julgamento do dia 06 de dezembro de 2006.

Eu acompanho o voto da Relatora, senhor presidente.

Pedro Oliva Marcilio de Sousa

Diretor

Voto proferido pelo diretor Wladimir Castelo Branco Castro na Sessão de Julgamento do dia 06 de dezembro de 2006.

Eu 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 06 de dezembro de 2006.

Eu também acompanho o voto da Diretora Relatora e proclamo o resultado do julgamento, que consistiu em absolver os acusados, nos termos constantes de seu voto.

Informo ainda que a CVM interporá recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional em virtude das absolvições ora proferidas.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente