

SESSÃO DE JULGAMENTO
DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CVM Nº 09/93

Acusados: Arbi S.A. CCTVM

Daniel Benasayag Birmann

Ementa: **Prática não eqüitativa relacionada às operações de venda de ações efetuada pelos acusados à Marcopolo S.A. Carrocerias e Ônibus, em infração ao item I da Instrução CVM nº 08/79 e ao art. 2º, d, da Instrução CVM nº 10/80. Multa.**

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e no inciso II do *caput* do art. 11 da Lei nº 6.385/76, c/c o inciso II do § 1º do mesmo artigo, segundo a redação vigente à época, por unanimidade de votos decidiu:

1. **preliminarmente**, rejeitar a argüição de prescrição da pretensão punitiva, pelos motivos expostos em seu voto; e
2. com base no inciso II do *caput* do art. 11 da Lei nº 6.385/76, c/c o inciso II do § 1º do mesmo artigo, segundo a redação vigente à época, propor, para os acusados Daniel Benasayag Birmann e Arbi S.A. CCTVM, a **pena de multa pecuniária conjunta** no valor de R\$ 164.383,33 (cento e sessenta e quatro mil, trezentos e oitenta e três reais e trinta e três centavos), equivalente a 30% das operações irregulares, em virtude de violação do disposto no item I da Instrução CVM nº 08/79 por ambos os acusados e, com relação apenas a Daniel Benasayag Birmann, por violação também do disposto no art. 2º, d, da Instrução CVM nº 10/80.

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, nos termos do parágrafo único do artigo 14 da Resolução CMN nº 454/77.

Proferiu defesa oral o advogado dr. Marcos de Freitas Henriques, representante legal dos acusados Arbi S.A. CCTVM e Daniel Benasayag Birmann.

Presente à sessão de julgamento o procurador-federal Daniel Schiavoni Miller, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

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

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2006.

Marcelo Fernandez Trindade

Relator e Presidente da Sessão de Julgamento

RELATÓRIO

Senhores Membros do Colegiado

Objeto

1. Trata-se de acusação apresentada pela Comissão de Inquérito ("Comissão") designada através da PORTARIA/CVM/PTE/Nº 190, de 30 de agosto de 1993, contra os indiciados acima identificados, em decorrência de fatos relacionados à negociação de ações de emissão de Marcopolo S.A. Carrocerias e Ônibus ("Marcopolo" ou "Companhia").
2. De acordo com a Comissão, os indiciados, acionistas controladores ou pessoas a ele relacionadas, teriam

alienado à Companhia ações de sua emissão — o que por si só já violaria o art. 2º, alínea "d" da Instrução CVM nº 10/80¹ — e o fizeram em condições não equitativas, infringindo também o art. 8º, item I, da Instrução CVM nº 8/79².

Origem

3. No período de novembro de 1987 a setembro de 1988, a Companhia realizou sucessivas aquisições de ações de sua emissão. Ao analisar estas operações, a Gerência de Acompanhamento de Mercado ("GMA"), constatou os seguintes fatos, por ela considerados indícios de irregularidades (fls. 8/12):
 - i. em junho de 1988, foram realizadas pela Marcopolo diversas operações na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, todas intermediadas pela corretora Arbi S.A — Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários ("Arbi") e todas tendo por contraparte a própria Arbi, Daniel Benasayag Birmann, principal acionista da Arbi, ou Rahma Raquel Benasayag Birmann, mãe de Daniel Birmann. Nestas operações, a Marcopolo pagou pelas ações, invariavelmente, os preços máximos praticados nos respectivos dias. Em um dia específico, 02.06.1988, Daniel Birmann adquiriu no mercado as mesmas ações que poucos minutos depois venderia, por preço superior, à Marcopolo; e
 - ii. embora a Companhia tenha aprovado, em 23.06.88, a compra adicional de ações de sua emissão, seus administradores e acionistas controladores Paulo Pedro Bellini, Raul Tessari, José Antônio Fernandes Martins, Valter Antônio Gomes Pinto e, novamente, Daniel Birmann realizaram, entre 29.06.88 e 08.07.88, diversas operações de venda destas mesmas ações. Em algumas das operações, a contraparte foi a própria Marcopolo.
4. O processo em seguida foi submetido ao Colegiado, que decidiu, em 30.08.93, instaurar inquérito administrativo para apurar aprofundar a análise dos fatos acima descritos.

Comissão de Inquérito

5. A investigação conduzida pela Comissão de Inquérito comprovou a realização das negociações apontadas pela GMA, conforme se pode verificar pelos quadros explicativos de fls. 613/615, aos quais me reporto, que discriminam a espécie, quantidade, valor, datas e contrapartes das operações conduzidas pela Marcopolo no período em análise.
6. Adicionalmente, a Comissão intimou os indiciados para que prestassem depoimentos. Os defendentes Paulo Pedro Bellini, Raul Tessari, José Antonio Fernandes Martins e Valter Antonio Gomes Pinto prestaram afirmações praticamente de igual teor, das quais extraio os seguintes pontos:
 - i. as operações investigadas foram motivadas por razões de planejamento tributário e sua implementação levou em consideração a baixa cotação das ações no mercado e a disponibilidade de caixa da companhia;
 - ii. o Grupo Arbi não fazia parte do grupo de acionistas que possuía a maioria do capital ordinário da companhia, mas possuía, com este grupo, um acordo visando o fortalecimento do grupo de controle; e
 - iii. os administradores não tinham conhecimento da Instrução da CVM que proíbe a venda de ações de propriedade dos administradores à companhia.
7. Por seu turno, o indiciado Daniel Birmann declarou em seu depoimento o seguinte:
 - i. nos anos de 1987 e 1988 era acionista minoritário da Marcopolo, com aproximadamente 4% de seu capital votante, sem assento no Conselho de Administração e, portanto, não participou da deliberação que autorizou a compra das ações por parte da Companhia;
 - ii. o indiciado possuía a gestão discricionária da carteira de sua mãe;
 - iii. as vendas efetuadas por ele, por sua mãe e pela Arbi foram operações normais de mercado, como as que os vendedores regularmente efetuavam com tais ações há muitos anos;
 - iv. no que tange especificamente as operações do dia 02.06.88, em que o indiciado comprou ações do mercado e as vendeu à Marcopolo, as compras corresponderam a apenas 10% do volume

adquirido pela Companhia; e

- v. havia dois acordos de acionistas da Companhia, um que envolvia os quatro gestores, que era um acordo de controle, do qual o indiciado não participava, e outro suplementar, no qual o indiciado participava e se comprometia a votar em conjunto com os controladores, se necessário.
8. Ao final de sua investigação, a Comissão concluiu pela confirmação dos indícios originalmente detectados pela GMA.
 9. A argumentação dos indiciados no que tange ao desconhecimento da vedação contida na alínea "d" do art. 2º da Instrução CVM nº 10/80 foi considerada inaceitável, principalmente por parte do Diretor de Relações com o Mercado.
 10. Quanto a Daniel Birmann, considerou-se que o acordo pelo qual este se obrigava a votar em conjunto com os acionistas detentores da maioria do capital votante era suficiente para elevá-lo à condição de acionista controlador, portanto também sujeito à vedação da alínea "d" do art. 2º da Instrução CVM nº 10/80. Além disto, concluiu-se que sua atuação teria configurado prática não eqüitativa, na medida em que o indiciado deixou de atribuir à Marcopolo os melhores preços de aquisição das ações. Ao contrário, tomou as oportunidades de negócio para si, com a finalidade de em seguida revender as ações à Marcopolo por preço mais elevado.
 11. Conseqüentemente, a Comissão de Inquérito fez as seguintes imputações aos indiciados:
 - i. Paulo Pedro Bellini, Raul Tessari, José Antônio Fernandes Martins e Valter Antônio Gomes Pinto, na qualidade de acionistas controladores e membros dos órgãos da administração da Marcopolo infringiram o disposto na alínea "d", do art. 2º da Instrução CVM 10/80;
 - ii. Arbi, tanto ao intermediar os negócios de seu acionista controlador, como ao negociar as ações para sua carteira própria, contrariou o item I, da Instrução CVM 08/79;
 - iii. Daniel Benasayag Birmann, na qualidade de integrante de acordo firmado com os acionistas controladores da Marcopolo, infringiu o disposto na alínea "d", do art. 2º da Instrução CVM 10/80 e o item I da Instrução CVM 08/79;
 1. Com relação a Rahma Raquel Benasayag Birmann, propôs-se sua exclusão do processo, uma vez que sua carteira era gerida discricionariamente pelo seu filho Daniel Birmann.
 2. O Relatório da Comissão foi aprovado pelo Colegiado em reunião realizada em 01.02.1994 (fls. 631/634).

Defesas

3. Devidamente intimados (fls. 635/640), os indiciados apresentaram defesa tempestivamente.

Administradores da Companhia

4. Embora não tenham apresentado defesa conjunta, os argumentos suscitados pelos indiciados que eram administradores da Companhia foram praticamente idênticos, razão pela qual passo a relatá-los conjuntamente. Saliento que estes argumentos de defesa serão expostos de forma bastante resumida, tendo em vista que, como será visto mais adiante, estes acusados celebraram Termo de Compromisso com a CVM, através do qual obtiveram a suspensão do processo.
5. A tese central da defesa é a prescrição. Alegam que entre os fatos que ensejaram a investigação (julho de 1988) e a efetiva instauração do inquérito (agosto de 1993) passaram-se mais de 5 anos, o que teria por conseqüência a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública.
6. À época, ainda não havia sido editada a Lei 9.873/99, de forma que, para sustentar a ocorrência da prescrição, os indiciados recorrem à analogia com a Lei 6.838/80, que estabelece prazo prescricional de 5 anos para aplicação de punições aos profissionais liberais. Adicionalmente, os defendentes invocam o prazo de 90 dias para a conclusão do inquérito, conforme estabelecido no art. 4º da Resolução CMN nº 454/77³, prazo este que também teria sido descumprido, uma vez que até a data da apresentação da defesa já teriam transcorrido aproximadamente 8 meses.
7. Com relação às vendas das ações, os indiciados alegam que a liquidez do mercado era suficiente para absorver as ofertas de venda apresentadas pelos indiciados, o que torna insubsistente a suposição de que as negociações teriam sido programadas para beneficiá-los. Acrescentam, ainda, que as aquisições de ações pela

Companhia se estenderam por mais tempo e alcançaram volumes maiores do que os verificados nas operações com os indiciados. Desta forma, a alienação das ações dos administradores e controladores para a Companhia não passou de um equívoco formal, que não vulnerou os princípios fundamentais da Instrução nº 10/80.

Arbi e Daniel Birmann

8. A corretora Arbi e Daniel Birmann também sustentam em sua defesa (fls. 710/730) a tese da prescrição. Alegam que, sobretudo após o advento da Constituição de 1988, a regra no ordenamento jurídico é a da existência da prescrição, ficando a imprescritibilidade restrita a hipóteses excepcionais e para as quais haja previsão expressa. Na ausência de uma lei a estipular o prazo prescricional para ilícitos administrativos no mercado financeiro, dever-se-ia recorrer a analogia, tomando-se por base os prazos previstos na Lei 6.838/80, na Lei 8.112/90, no Decreto 20.910/32 ou no Código Tributário Nacional, prazos que em nenhuma hipótese excederiam 5 anos.
9. Quanto à acusação de prática não eqüitativa, os defendentes alegam que a quantidade de ações adquiridas por Daniel Birmann e revendidas à Marcopolo em 02.06.1988 correspondeu a apenas 10% do que a Companhia adquiriu naquele dia e a diferença entre os preços praticados foi muito inexpressiva para que pudesse ser considerada indicativa de qualquer irregularidade.
10. E mais: seja nas operações ocorridas neste dia, seja nas demais operações, não há provas de que Daniel Birmann tenha dado ordens de compra, para ele, a um determinado preço e, para a Companhia, por um preço mais elevado. Tampouco caberia à Arbi verificar tais preços, já que este é um tema que compete exclusivamente às partes. À Arbi, como corretora, cabia somente executar as ordens recebidas.
11. Mesmo nas negociações em que a Arbi alienou ações de sua carteira própria, não teria havido irregularidade, uma vez que a Instrução CVM nº 117/90 não veda a atuação da corretora na contraparte das operações de carteiras por ela administradas.
12. Por fim, os indiciados sustentam que negócios em geral não são sempre eqüitativos, o que não significa que sejam ilícitos. Para que reste configurada a prática não eqüitativa prevista pela Instrução CVM nº 8/79, é necessário o elemento dolo, ou seja, é necessário que o agente tenha tido vontade livre e consciente de prejudicar a outra parte, o que não ocorreu no caso concreto.
13. Quanto à acusação de infração à alínea "d" do art. 2º da Instrução CVM nº 10/80, sustenta-se que Daniel Birmann não era controlador da Marcopolo e, portanto, nunca esteve impedido de alienar suas ações a esta sociedade. Embora o defendente fosse parte de um acordo com os acionistas controladores, sua capacidade de influir na direção e no funcionamento da companhia era muito reduzida. Bastava que outras partes do acordo decidissem para que, a despeito de sua vontade, fossem tomadas deliberações importantes, como eleição de diretoria, transferência de ações vinculadas ao acordo, reforma do estatuto, etc. Desta forma, a condição do acionista Daniel Birmann não se enquadrava na definição de acionista controlador fornecida pelo art. 116 da Lei 6.404/76.

Manifestação da Procuradoria

14. Após o recebimento das defesas, os autos foram remetidos à Superintendência Jurídica ("SJU"), cujo parecer (fls. 797/804) inaugurou neste processo uma longa fase de debates sobre a admissibilidade da prescrição.
15. De acordo com o exposto pela SJU, a prescrição é matéria de direito estrito e não pode ser ampliada por analogia. Somente a lei pode defini-la. Não havendo lei, por consequência, não há prazo prescricional.
16. Em reforço à possibilidade de prosseguimento do processo, argumentou-se que a prescrição, quando existe, não extingue direitos; a prescrição é uma mera faculdade, que pode inclusive não ser argüida pela parte que dela viria a se favorecer. No ramo do direito público, em que a Administração possui o poder-dever de agir, o reconhecimento da prescrição sem previsão legal pode caracterizar renúncia a este poder dever, um ato de mera liberalidade, que fere o princípio da legalidade, segundo o qual só se admite fazer o que a lei autoriza.
17. Quanto aos demais aspectos das defesas, a SJU salientou que o dolo exigido para configuração do ilícito previsto na Instrução CVM nº 10/80 esgota-se na mera venda intencional de ações para a companhia. Não há que se perquirir se a venda foi ou não justa, mesmo porque isto se insere na discussão relativa à outra infração de que se cuida, a de prática não eqüitativa. De todo modo, as condições não eqüitativas da operação — ou seja, o ganho de um em prejuízo de outro, sem que tal ganho ou prejuízo decorra do livre jogo do mercado — teria restado fartamente comprovado nos autos.

18. A SJU observou, ainda, que o pequeno poder de influência que um acionista exerça isoladamente dentro de um bloco de controle não é relevante para descaracterizá-lo como acionista controlador. Afinal, a própria existência de um bloco de controle só se justifica quando um acionista sozinho não é capaz de exercer tanta influência sobre a companhia ponto de dispensar a participação dos demais acionistas.
19. Após tomarem ciência da manifestação da SJU, os indiciados apresentaram parecer jurídico (fls. 806/823), no qual foram reiterados os argumentos em favor da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública ao fim do prazo de 5 (cinco) anos.

Julgamento pela CVM

20. O processo foi submetido à apreciação do Colegiado, que, em sessão de julgamento realizada em 17.11.1994, por maioria, acolheu a tese da prescrição e, conseqüentemente, absolveu os indiciados.
21. De acordo com o Diretor Relator do processo à época, autor do voto vencedor, poder-se-ia adotar a analogia com a Lei 6.838/80, que estabelece prazos prescricionais de 5 (cinco) anos após a ocorrência dos fatos e de 3 (três) anos para a prescrição intercorrente.
22. Em razão do acolhimento da preliminar, não foram apreciadas outras questões de mérito das acusações.

Julgamento pelo CRSFN

23. Por força da absolvição dos acusados, a CVM interpôs recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que, em 07.08.1996, veio a reformar a decisão da CVM. Filiando-se à tese da inexistência de prescrição para ilícitos administrativos, o CRSFN deu provimento ao recurso e determinou que a CVM analisasse as demais questões de mérito, preservando, assim, o duplo grau de jurisdição.

Suspensão do Processo por Decisão Judicial

24. Ao tomarem ciência da decisão do CRSFN, os indiciados Paulo Pedro Bellini, Raul Tessari, José Antônio Fernandes Martins e Valter Antônio Gomes Pinto ajuizaram a Ação Ordinária (nº 97.0013307-9) com Pedido de Antecipação de Tutela "*requerendo a extinção e o arquivamento do procedimento originado do inquérito administrativo CVM nº 09/93*" (fls.1.085/1.099).
25. Paralelamente à Ação Ordinária, prosseguiu na CVM o processamento do Processo Administrativo em questão, tendo sido marcado seu julgamento para 15.12.1997. Todavia, este julgamento não se realizou, já que, em 12.12.1997, o juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro deferiu parcialmente a tutela antecipada, suspendendo o processo administrativo (fl. 1.102).
26. Daniel Benasayag Birmann e Arbi ingressaram com pedido de intervenção no Processo, na qualidade de assistentes litisconsorciais dos Autores, a fim de que a decisão proferida no Processo Judicial também fosse a eles estendida. Entretanto, o juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro indeferiu a assistência litisconsorcial pleiteada. Contra essa decisão os Requerentes interpuseram Agravo de Instrumento julgado em 09.05.2006.
27. Atendendo solicitação do então Diretor Relator, a Procuradoria Federal Especializada ("PFE"), elaborou Relatório sobre a preliminar de prescrição e a possibilidade de prosseguimento do processo (fls. 1.110/1.118).
28. Neste relatório, a PFE sustenta que a edição da Lei 9.873/99 previu expressamente a prescrição da pretensão punitiva da Administração, acabando com as dúvidas que até então existiam. Quanto às repercussões desta lei sobre o caso em análise, a PFE ressalta que, embora se tenha fixado, no art. 4º, prazo prescricional de 2 (dois) anos a partir da edição da lei para as infrações ocorridas há mais de 3 (três) anos, não há que se falar em prescrição neste caso, uma vez que a CVM está impedida de agir por força de determinação judicial. Frisou-se, ainda, que tal decisão, apesar de ter sido concedida em processo no qual apenas alguns dos indiciados eram partes, foi genérica ao determinar a suspensão do processo, o que impedia a CVM de agir também contra os que não figuravam entre os autores da ação.
29. Em 18.03.2005, a CVM obteve a revogação da decisão que suspendia o processo. Em seguida, Daniel Birmann e Arbi apresentaram nova manifestação no processo, novamente sustentando a ocorrência da prescrição. Argumentaram, desta vez, que não eram partes na ação judicial que determinou a suspensão do processo (inclusive porque a CVM impugnou seus pedidos de assistência litisconsorcial aos autores), de forma que não poderiam agora serem alcançados pela alegação de que a CVM estava impedida de prosseguir o processo em relação a eles. Diante disto, e tendo em vista que desde a edição da Lei 9.873/99 até 01.07.2000 a CVM não

praticou qualquer ato que desse novo impulso à apuração dos fatos, a prescrição referida no art. 4º da referida lei já teria se operado. Os indiciados acrescentam que este entendimento foi adotado pela CVM no julgamento do PAS 01/88.

Termo de Compromisso

30. Os indiciados Paulo Pedro Bellini, José Antônio Fernandes Martins, Valter Antônio Gomes Pinto e Raul Tessari apresentaram proposta de termo de compromisso pela qual se comprometiam a:
- i. pagar R\$10.000,00 (dez mil reais) à CVM a título de ressarcimento por despesas incorridas no curso do inquérito administrativo;
 - ii. doar livros à biblioteca da CVM no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)
 - iii. desistir da ação ordinária proposta em face da CVM; e
 - iv. apresentar parecer de auditoria independente atestando que desde a ciência da abertura do inquérito administrativo até a presente data, os indiciados pautaram seus procedimentos pela estrita observância das normas da CVM.
31. Em reunião realizada em 11.04.06, o Colegiado da CVM, acompanhando manifestação da PFE (fls. 1.156/1.168), deliberou rejeitar a proposta, ao argumento de que, além de desproporcional à gravidade dos ilícitos praticados, tal proposta não preenchia o requisito previsto no art. 11, § 5º, II da Lei 6.404/76, ou seja, a indenização dos investidores prejudicados.
32. Os mesmos proponentes apresentaram então nova proposta, pela qual se comprometiam, resumidamente, a:
- i. cessar, corrigir e não mais reincidir nas irregularidades apontadas;
 - ii. indenizar a Marcopolo através do pagamento da quantia de R\$137.610,28 (cento e trinta e sete mil, seiscientos e dez reais e vinte e oito centavos), como indenização por eventuais prejuízos causados pelos proponentes no referido período, valor proposto com base nos maiores preços de venda — Cz\$ 39,00 e Cz\$ 38,00, obtidos pelos proponentes, tendo como contra parte a Marcopolo, e o menor preço praticado pelo mercado no período de 29/06/1988 a 08/07/1988 — Cz\$ 34,00;
 - iii. pagar à CVM a importância de R\$ 39.195,14 (trinta e nove mil, cento e noventa e cinco reais e quatorze centavos), em razão do tempo transcorrido e da dificuldade de atualmente identificar os possíveis prejudicados, a título de indenização aos acionistas não controladores, ou seja ao mercado, e como condição de eficácia do Termo de Compromisso;
 - iv. pagar à Marcopolo a importância de R\$ 547.944,44 (quinhentos e quarenta e sete mil, novecentos e quarenta e quatro reais e quarenta e quatro centavos) a título de indenização por prejuízos causados por Rahma R. B. Birman, Daniel Benasayag Birman e Arbi S/A — Corretora; e
 - v. desistir da ação ordinária proposta em face da CVM.
33. Em reunião realizada em 05.12.2006, o Colegiado aprovou a celebração de termo de compromisso, nas condições da nova proposta. Por esta razão, só serão julgados os indiciados Daniel Birman e Arbi.

É o Relatório.

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2006.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente e Relator

VOTO

Senhores Membros do Colegiado

Objeto da Acusação

1. Como visto, as acusações feitas a Daniel Birman e à corretora Arbi, indiciados remanescentes, estão

relacionadas a operações de venda, à Marcopolo, de ações de emissão desta própria companhia. Ambos são acusados de terem efetuado estas negociações em condições não eqüitativas. No caso de Daniel Birmann, a própria venda das ações à Companhia, independentemente se em condições eqüitativas ou não, é considerada irregular, tendo em vista que, como acionista controlador, não lhe seria permitida a realização deste tipo de operação.

- Os indiciados argumentam, basicamente, que: (i) a pretensão punitiva da Administração está prescrita, (ii) faltam elementos subjetivos que permitam a caracterização de negociações em bases não eqüitativas e (iii) Daniel Birmann não era acionista controlador da Companhia à época dos fatos.

Prescrição

Decisão inicial reconhecendo a prescrição, e sua reforma pelo CRSFN

- A questão da ocorrência de prescrição, neste processo, é bastante complexa. Os fatos aqui debatidos ocorreram em 1988. Em 1990 foi aprovada a abertura de inquérito, afinal instaurado em 1993. Por decisão de 17 de novembro de 1994, o Colegiado considerou prescrita a pretensão punitiva, por aplicação analógica da Lei 6.838/80 — tendo em vista que à época não existia norma específica regulando a prescrição em processos de competência da CVM.
- Tal decisão foi, entretanto, reformada pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional em agosto de 1996, e o processo baixou para novo julgamento das questões de mérito pela CVM. Assim, quanto à prescrição por retardamento anterior a agosto de 1996, nada resta a decidir nesta esfera administrativa.

Ação judicial e suspensão do processo sancionador

- Ocorre que em junho de 1997 quatro dos indiciados — mas não os indiciados ora remanescentes —, propuseram ação judicial visando ao reconhecimento da prescrição, e portanto à anulação da decisão do CRSFN. Marcado o julgamento do inquérito para o dia 15 de dezembro de 1997, tais indiciados obtiveram do juiz da causa, em 12 de dezembro, uma medida de antecipação de tutela, que determinou à CVM "sustar imediatamente o julgamento do Inquérito Administrativo CVM nº 09/93, bem como se abster da prática de quaisquer atos que importem em punição ou constrangimentos em razão do inquérito acima mencionado, até o desiderato desta ação, sob pena de responsabilidade" (fls. 1102 - grifei)

Indeferimento de pedido de litisconsórcio

- Os indiciados ora remanescentes apresentaram, então, em 16 de outubro de 1998, petição ao juízo que deferira a ordem de suspensão judicial, pleiteando sua admissão no processo como litisconsortes (na verdade, como assistentes litisconsorciais), com a extensão, a eles, dos efeitos da liminar deferida. Tal pedido, entretanto, foi impugnado pela CVM em 21 de outubro de 1998, e finalmente indeferido em 26 de março de 1999.
- Na decisão de indeferimento o Juízo de primeiro grau afirmou que *"a situação dos requerentes é distinta daquela enfrentada pelos autores. De fato, há diversidade quanto ao grau de responsabilidade dos envolvidos na investigação realizada pelo inquérito administrativo, não se podendo igualar a situação jurídica de todos os indiciados. Os fatos imputados aos assistidos, a meu ver, são condutas que podem ser analisadas 'isoladamente', não sendo necessária a intervenção dos requerentes para o transcurso regular do feito principal. Diante disso, cada um deles deve pleitear a defesa de seus 'alegados' direitos com argumentos cabíveis em relação a sua situação particular."*⁴.
- E prosseguia a decisão de primeiro grau: *"Já tendo sido antecipada parcialmente a tutela pela decisão de fls. 283, anterior ao presente pedido de assistência, parece-me que os requerentes pretendem se furtar ao Princípio do Juiz Natural, utilizando-se do presente pedido para 'escolher' um juízo onde exista uma maior probabilidade de êxito em seus pedidos. (...) Se os requerentes entendem que suas situações são idênticas àquelas dos autores, deveriam ter figurado na ação no pólo ativo, e não aguardarem mais de seis (06) meses após o ajuizamento da demanda e após a concessão da antecipação da Tutela, para só então adentrarem com pedido de Assistência Litisconsorcial."* (fls. 1.271 e 1.272)
- Tal decisão foi mantida, por seus próprios fundamentos, por acórdão recentemente proferido, à unanimidade, pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento do agravo de instrumento 99.02.287747-6, interposto pelos indiciados remanescentes, e julgado em 09 de maio de 2006 (fls. 1.268/1.276).

Revogação da decisão de suspensão, mais de sete anos depois

10. A decisão judicial que suspendera o processo administrativo somente veio a ser revista em 18 de março de 2005, mais de 7 (sete) anos depois, por decisão do juízo de primeiro grau (fls. 1.120), o qual, *"tendo em vista o que dispõe o art. 4º da Lei nº 9.873, de 23/11/99"*, revogou a decisão anterior, *"para que seja possível a continuidade do procedimento administrativo em relação a todos os indiciados"*.
11. Os indiciados remanescentes, alegando sua condição de terceiros prejudicados, interpuseram agravo de instrumento de tal decisão (processo 2005.02.01.004170-3), solicitando a concessão de efeito suspensivo. Tal pedido foi negado por decisão do Relator do processo, da 8ª Turma do TRF da 2ª Região, em 18 de maio de 2005. Em sua decisão o Relator relata os fundamentos utilizados pelos agravantes para solicitar a suspensão:

"Sustenta, a seguir, que foi instaurado pela agravada o Inquérito Administrativo CVM nº 09/93 contra os agravantes e os autores da mencionada ação ordinária para apuração de supostas irregularidades em operações de aquisição de ações realizadas em novembro de 1987 e maio e junho de 1988, o qual se encontrava suspenso por força de decisão concessiva de antecipação de tutela. Aduz que a retomada do processamento do Inquérito poderá causar danos irreparáveis aos agravantes no âmbito do mercado de valores mobiliários, tendo em vista uma eventual decisão condenatória proferida pela CVM enquanto ainda estiver em discussão, nos autos da ação judicial, a questão referente à prescrição das infrações objeto do referido processo administrativo".⁵

12. Ao negar o efeito suspensivo, o ilustre Relator do agravo afirmou:

"Ressalte-se, ainda, que o prejuízo alegado pelos agravantes baseia-se numa suposta decisão desfavorável aos mesmos no Inquérito Administrativo que poderá vir a ser proferida antes que haja uma solução definitiva na ação ordinária que discute a prescrição das infrações objeto do Inquérito. Dessa forma, não restou configurado, no momento, o pressuposto relacionado à lesão grave e de difícil reparação, pois como ensina Alexandre Câmara: "É preciso que o receio de dano esteja ligado a uma situação objetiva, demonstrável através de fatos concretos." ("Lições de Direito Processual Civil", 4ª ed., vol. III, p. 34)." (fls. 1.266).

A atual alegação de prescrição

13. Os indiciados remanescentes continuam sustentando que a pretensão punitiva está prescrita, mas agora porque entendem que a suspensão do processo administrativo pela ordem judicial teria operado efeitos apenas entre as partes do processo judicial, que não os incluía. Por isto, a CVM poderia e deveria ter dado andamento ao processo administrativo quanto a eles, e em não o fazendo permitiu que se consumasse a prescrição.
14. Que os efeitos da relação processual somente se produziram entre as partes estaria comprovado, ademais, pelo fato de que eles, indiciados remanescentes, não foram admitidos no processo judicial como litisconsortes, exatamente porque se entendeu que as situações dos acusados eram autônomas.

Interpretação da decisão judicial de suspensão

15. Quanto a esse primeiro argumento da defesa, trata-se de ponderar entre duas interpretações possíveis quanto à extensão da decisão judicial que suspendeu, em dezembro de 1997, o andamento deste inquérito.
16. A Procuradoria Federal Especializada afirma que o teor da decisão judicial que suspendeu o processo administrativo sancionador é inequívoco quanto à sua extensão: *"sustar imediatamente o julgamento do Inquérito Administrativo CVM nº 09/93, bem como se abster da prática de quaisquer atos que importem em punição ou constrangimentos em razão do inquérito acima mencionado"*. A ordem era, real e indubitavelmente, de paralisar-se o processo, e não apenas de paralisar-se o processo quanto a um ou alguns dos indiciados.
17. É verdade que, como dizem os indiciados, eles não lograram sua admissão como litisconsortes no processo judicial. A CVM poderia, realmente, ter extraído, ou tentado extrair, desse fato, uma conclusão que permitisse interpretar a decisão de suspensão do processo sancionador como limitada às partes do processo. Mas não o fez, assim como tampouco o fizeram os próprios indiciados remanescentes. Estes, como visto, tão logo autorizada, em 2005, a retomada do curso do processo sancionador, interpuseram agravo daquela decisão, como terceiros prejudicados, afirmando, como narra o Relator do agravo, que este processo sancionador *"se encontrava suspenso por força de decisão concessiva de antecipação de tutela"*, e que *"a retomada do processamento do Inquérito poderá causar danos irreparáveis aos agravantes no âmbito do mercado de valores mobiliários, tendo em vista uma eventual decisão condenatória proferida pela CVM"*.
18. Em outras palavras: embora agora aleguem, administrativamente, que o processo sancionador poderia ter prosseguido quanto a eles, os indiciados remanescentes sustentaram, em juízo, que a suspensão alcançava

todo o processo, que seria, agora, retomado contra eles.

19. Assim, entendo que embora se pudesse, em tese, sustentar que o processo administrativo não estava suspenso contra os indiciados remanescentes, tal interpretação não foi a que prevaleceu no entendimento tanto da CVM quanto dos requerentes e do próprio Judiciário, devendo ser prestigiada a interpretação da decisão judicial de suspensão que prevaleceu ao longo de todos esses anos: o processo estava integralmente suspenso, contra todos os indiciados, e portanto o prazo de prescrição da pretensão punitiva não correu durante todo o período de suspensão.

Precedente inaplicável a este caso

20. Frise-se que os indiciados remanescentes citam, em prol de sua tese de que o processo sancionador não ficou suspenso quanto a eles, uma decisão proferida pelo Colegiado em 12 de abril de 2005, no julgamento do Processo Administrativo Sancionador 01/88. Naquela oportunidade o Colegiado acolheu arguição de prescrição da pretensão punitiva quanto a alguns dos indiciados, que não eram partes em processo judicial que, lá como aqui, suspendera o curso do processo administrativo.⁶
21. No processo judicial relativo àquele processo administrativo, o pedido formulado na petição inicial foi o seguinte:
"Os impetrantes, pelas razões de direito e de fato acima expostos (sic) pede (sic) a esse Juízo:

*a) que assegure o livre exercício profissional **dos mesmos** independente (sic) de cadastramento na Comissão de Valores Mobiliários, por este Cadastro ilegal e da competência exclusiva do Conselho Federal de Contabilidade, 'ex-vi' do Decreto-lei nº 9295/1945, lei de regência da profissão contábil;*

*b) que cesse o constrangimento ilegal **de se virem sujeitos** a inquérito administrativo instaurado pela Comissão de Valores Mobiliários, só aplicável aos participantes do mercado de valores mobiliários, sendo certo que não são participantes do mercado de valores mobiliários e sim fiscais desse mercado e da própria CVM." (grifou-se)⁷*
22. Como se vê, o pedido no processo judicial discutido no PAS 01/88 referia-se expressamente à atuação da CVM com relação à pessoa do impetrante do mandado de segurança. E a sentença que resultou na suspensão do processo sancionador, concedeu a segurança **"nos termos em que foi requerida"**, sem qualquer referência à suspensão do processo sancionador como um todo.⁸
23. Já no caso do processo judicial em que foi suspenso este processo sancionador, a petição inicial pleiteava a antecipação de tutela nos seguintes termos: *"seja parcialmente antecipada a tutela aqui pleiteada, determinando-se à ré proceda à imediata suspensão do procedimento originado do inquérito administrativo CVM nº 09/93, **bem como se abstenha de praticar contra os autores** qualquer ato que importe sanção ou qualquer outro constrangimento em razão do procedimento administrativo instaurado"* (fls. 1.283 – grifou-se).
24. Vê-se, assim, que o pedido tinha duas partes: uma objetivamente formulada (a suspensão do processo administrativo) e outra com beneficiários identificados (a abstenção da CVM de praticar **contra os autores** ato de sanção ou constrangimento).
25. A decisão que deferiu liminarmente a antecipação de tutela, entretanto, embora vazada em termos muito semelhantes aos do pedido, dele diferiu exatamente para **excluir a referência aos autores daquela ação** : *"Defiro parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, a fim de determinar ao réu (CVM), como efetivamente determino, que suste imediatamente o julgamento do Inquérito Administrativo CVM nº 09/93, bem como se abstenha da prática de quaisquer atos que importem em punição ou constrangimentos **em razão do inquérito acima mencionado, até o desiderato desta ação, sob pena de responsabilidade"**.*
26. Assim, o precedente citado pelos indiciados e o caso concreto diferem claramente em razão dos termos do pedido formulado pelas partes, e pela extensão das decisões concessivas da suspensão dos processos sancionadores: no PAS 01/88 não havia lugar para dúvida quanto à extensão limitada da decisão de paralisação; aqui, essa dúvida poderia existir apesar dos termos expressamente amplos da decisão judicial, mas nunca existiu nem por parte da CVM nem dos indiciados, como se viu.

Processo e efeitos em relação a terceiros

27. Anoto que não me parece correta a afirmação dos indiciados de que as decisões proferidas em processo judicial somente produzem efeitos entre as partes. Afirmá-lo é desconhecer os efeitos indiretos, ou externos à relação processual, que muitas decisões judiciais produzem. Tais efeitos não são apenas de fato, mas, muito

freqüentemente, podem ser também de direito. Imagine-se, por exemplo, a decisão que, em mandado de segurança, interrompe o curso de um concurso público para o qual estejam inscritas várias pessoas, ou suspende os efeitos de uma decisão administrativa que concederia um benefício a certos servidores públicos.

28. Nesses exemplos, em que a decisão judicial produz um efeito jurídico em relação a terceiros, a lei processual admite, como se sabe, que o terceiro intervenha como *assistente* no processo. Com efeito, diz o art. 50 do Código de Processo Civil que *"pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la"*.⁹
29. Os indiciados remanescentes reconheceram sua qualidade de terceiros prejudicados ao interpor recurso contra a decisão que autorizou a retomada do inquérito, e portanto não estão autorizados a afirmar, como fazem agora, que a decisão judicial de suspensão não poderia beneficiá-los.
30. Por todas essas razões, e embora reconhecendo a complexidade do tema, que busquei analisar de maneira aprofundada e isenta, meu voto é no sentido de rejeitar a arguição de prescrição.

Mérito: Prática não eqüitativa

31. A acusação de prática não eqüitativa está relacionada às operações de venda de ações efetuadas pelos indiciados à Marcopolo. Apesar de atuar como intermediária da Marcopolo, a Arbi vendeu e intermediou vendas de seu acionista controlador à companhia, vendas que tiveram valores sistematicamente mais elevados que as médias de mercado.
32. Os defendentes alegam que não restou comprovado o dolo dos indiciados, isto é, a intenção de causar prejuízo à Marcopolo. Alegam, ainda, que tampouco se demonstrou que os indiciados tiveram influência direta e pessoal na definição dos preços pagos pelo Marcopolo ou na prioridade de execução das ordens.
33. Estas alegações, contudo, não resistem às evidências colhidas nos autos. Além de as operações intermediadas pela Arbi terem sido praticadas sempre pelos preços máximos verificados nos respectivos dias, o que não ocorreu em operações intermediadas por outras corretoras, as contrapartes eram freqüentemente – e quase que exclusivamente – os indiciados ou pessoas a eles relacionadas. Não bastasse isto, comprovou-se que em pelo menos uma oportunidade Daniel Birmann adquiriu as mesmas ações que poucos minutos depois venderia, com lucro, à Marcopolo.
34. Tais fatos não podem ser atribuídos a mera coincidência. Sem a interferência direta e intencional dos acusados, esta conjunção de eventos não poderia ter ocorrido, o que me leva a concluir que restou suficientemente demonstrada a acusação de infração à Instrução CVM nº 8/79.

Alienação à Companhia de Ações de sua Emissão

35. Em razão do acordo de acionistas que o vinculava aos demais indiciados, Daniel Birmann foi considerado acionista controlador da Marcopolo e, assim, ao alienar para essa companhia ações de sua própria emissão teria incorrido em infração ao art. 2º, alínea "d" da Instrução CVM nº 10/80. Em sua defesa, o indiciado alega que não era acionista controlador da Marcopolo.
36. Lê-se na cláusula 2ª do acordo de acionistas que sua finalidade era *" aglutinar os acordantes, acionistas da Marcopolo S.A. – Carrocerias e Ônibus, para, consolidando o controle acionário da mesma, promover a defesa dos seus direitos políticos e econômicos, os interesses da sociedade e sua estabilidade administrativa"* (grifei).
37. De forma a implementar essa finalidade, o acordo previa que os seus signatários deveriam deliberar em conjunto sobre matérias como: eleição dos administradores, eleições de membros do conselho fiscal, reforma estatutária e planos de investimentos relevantes no ativo permanente.
38. À toda evidência, o acordo do qual Daniel Birmann era signatário era um acordo para exercício do poder de controle. O art. 116 da Lei 6.404/76 reconhece como controlador o acionista que detenha o poder de controle por meio de acordo de votos com outros acionistas.
39. Nem se argumente que sua participação no conjunto de acionistas vinculado pelo acordo era inexpressiva.
40. Em primeiro lugar, esta afirmação não é verdadeira: os signatários do acordo foram divididos em 6 blocos, e a cada um destes blocos foi atribuído um voto nas deliberações internas do grupo, independentemente do número de ações reunidas pelos membros de cada bloco. Daniel Birmann e as pessoas a ele relacionadas compunham um destes blocos e, portanto, tinham tanta influência quanto os demais signatários do acordo.

41. Em segundo lugar, o argumento da inexpressividade é irrelevante: como já afirmou a PFE, a mera participação no bloco de controle, expressiva ou não, já basta para considerar o acionista como sendo controlador, mesmo porque se um único acionista pudesse isoladamente exercer o controle, provavelmente não haveria necessidade de compor um bloco de controle.
42. Não há dúvidas, portanto, de que Daniel Birmann integrava o grupo controlador da Marcopolo. Assim como não há dúvidas de que ele alienou à Marcopolo ações de emissão desta sociedade, incorrendo, portanto, em infração à vedação prevista no art. 2º, alínea "d" da Instrução CVM nº 10/80.

Conclusão

43. Pelas razões expostas, e considerando que, à época da ocorrência dos fatos, a Lei 6.385/76 ainda não tinha sido alterada pela Lei 9.457/97, minha proposta é aplicar a Daniel Benasayag Birmann e à Arbi S.A. CCTVM, a pena de multa pecuniária total de R\$ 164.383,33 (cento e sessenta e quatro mil trezentos e oitenta e três reais e trinta e três centavos) equivalente a 30% das operações irregulares, com base no inciso II do caput do art. 11, c/c o inciso II do §1º do mesmo artigo, da Lei 6.385/76, segundo a redação vigente à época, por violação das normas citadas neste voto. A fixação do valor das operações irregulares praticadas pelos indicados seguiu o mesmo critério acolhido pelo Colegiado ao aprovar a celebração de termo de compromisso com os demais indicados, conforme descrito no item 43 do relatório.

É como voto.

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2006.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente e Relator

1 "Art. 2º A aquisição, de modo direto ou indireto, de ações de emissão da companhia, para permanência em tesouraria ou cancelamento, é vedada quando: d) tiver por objeto ações não integralizadas ou pertencentes ao acionista controlador;"

2 "I - É vedada aos administradores e acionistas de companhias abertas, aos intermediários e aos demais participantes do mercado de valores mobiliários, a criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, a manipulação de preço, a realização de operações fraudulentas e o uso de práticas não equitativas. II - Para os efeitos desta Instrução conceitua-se como: d) prática não equitativa no mercado de valores mobiliários, aquela de que resulte, direta ou indiretamente, efetiva ou potencialidade, um tratamento para qualquer das partes, em negociações com valores mobiliários, que a coloque em uma indevida posição de desequilíbrio ou desigualdade em face dos demais participantes da operação."

3 Art. 4º No prazo máximo de 90 (noventa) dias, contados de sua instauração, deverá o Inquérito estar concluído.

4 Determinei a juntada do acórdão de 09.05.2006 que, julgando o agravo de instrumento interposto daquela decisão de primeiro grau, a transcreve parcialmente (fls. 1.268/1.276).

5 Determinei a juntada aos autos da decisão que indeferiu o pedido de efeito suspensivo (fls. 1.265/1.267).

6 A decisão do Colegiado acolheu parecer da PFE, transcrito no voto do Diretor Relator, e que dizia: "Quanto aos demais indicados, no presente Inquérito, tem-se que, se eventual sanção sobre eles ainda pudesse recair, já teria sido alcançada pela prescrição administrativa. Isto porque, não obstante o presente Inquérito tivesse sido suspenso também em relação a eles – a nosso ver, equivocadamente – isto não linha o condão de suspender o curso do prazo prescricional em relação à pretensão punitiva do Estado aos ilícitos que pudessem ter cometido. Ora, os efeitos da decisão judicial somente se operam inter partes e como os outros indicados não figuravam como Impetrantes naquele mandado de segurança – não se tendo notícia de que tivessem figurado como parte em qualquer outra ação que pudesse irradiar esses mesmos efeitos sobre o Inquérito de que se trata – bem como não era hipótese da decisão judicial em comento aprovar fls. digressando-se que a suspensão da prescrição em favor da Administração não chegou a ocorrer."

7 Determinei a juntada da petição inicial daquele processo aos autos (fls. 1.251/1.253), para facilitar o exame pela Instância recursal, se for o caso.

8 Determinei a juntada da sentença concessiva da segurança aos autos, para facilitar o exame pela Instância recursal, se for o caso (fls. 1.279/1.283).

9 Determinei que a suspensão da execução em favor do acionista controlador, determinada pelo acórdão de 09.05.2006, não se aplica ao acionista controlador, pois este não possui o controle da companhia, sendo, portanto, não beneficiado pela suspensão da execução em favor do acionista controlador, conforme decidido pelo Colegiado em 14.12.2006 (fls. 1.279/1.283).

Voto proferido pelo diretor Wladimir Castelo Branco Castro na Sessão de Julgamento do dia 14 de dezembro de 2006.

Eu acompanho o seu voto, senhor presidente.

Wladimir Castelo Branco Castro

Diretor

Voto proferido pelo Diretor Pedro Oliva Marcilio de Sousa na Sessão de Julgamento do dia 14 de dezembro de 2006.

Eu acompanho o seu voto, senhor presidente.

Pedro Oliva Marcilio de Sousa

Diretor

Voto proferido pela Diretora Maria Helena de Santana na Sessão de Julgamento do dia 14 de dezembro de 2006.

Eu também acompanho o seu voto, senhor presidente .

Maria Helena de Santana

Diretora