

SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 15/02

Acusados: Banco Real S/A

Flamarion Josué Nunes

Gamex Securities CCVM Ltda. (atual Millenium CCVM S/A)

Gilson de Araújo Júnior

Ementa: **Supostos descumprimento ao art. 16 da Instrução CVM nº 89/88 e infração ao disposto no item III, do art. 11, do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 1.655/89, combinado com o disposto nos incisos I e II do art. 1º da Instrução CVM nº 220/94: absoluções.**

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da CVM, com base na prova dos autos, decidiu **absolver** todos os acusados das imputações que lhes foram formuladas e determinou que se comunicasse o resultado do julgamento à Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

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

Presente a procuradora Ana Lúcia Rocha, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Presentes os advogados *Heloísa Monzillo de Almeida*, representando o Banco Real S.A.; *Renato Schermann Ximenes de Melo*, representando Flamarion Josué Nunes; e *Márcio Monteiro Gea*, representando a Gamex Securities CCVM Ltda.

Presentes os diretores Eli Loria, relator, Durval Soledade, Marcos Barbosa Pinto e Sergio Weguelin, que presidiu a sessão na ausência da presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2007.

Eli Loria

Diretor Relator

Sergio Weguelin

Presidente da Sessão de Julgamento

RELATÓRIO

Do andamento do feito

Este Processo Administrativo Sancionador CVM nº 15/02 teve por base os processos RJ98/4403 e SP99/0268 e foi instaurado com a finalidade de apurar denúncias de acionistas relativas à venda de ações, sem a devida autorização de seus proprietários.

Em 11/09/01, o Colegiado da CVM, com base em proposta da GMN e nas opiniões emitidas pela SGE, aprovou a abertura de inquérito (fls. 02/10).

A Comissão de Inquérito, designada pela PORTARIA/CVM/SGE/Nº 209 (fls.1), de 03/12/02, apresentou seu relatório em 13/07/06 (fls.1261/1288). Seguindo sugestão da Procuradoria Federal Especializada (fls.1293/1294) e objetivando atender ao disposto no art. 6º-B, parágrafo único¹, da Deliberação CVM nº 457/02, alterada pela Deliberação CVM nº 504/06, a Comissão de Inquérito realizou a oitiva, em 24/08/06, do diretor responsável pelos serviços de custódia do Banco Real S/A ("BANCO REAL"), à época dos fatos, Flamarion Josué Nunes (fls. 1317/1319), elaborando aditamento ao Relatório da Comissão de Inquérito (fls.1320/1323), datado de 12/01/07, reiterando o enquadramento do BANCO REAL e de seu diretor.

Após o aditamento, os Indiciados foram devidamente intimados (fls.1326/1333), sendo encaminhada correspondência à Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, OFÍCIO/CV/SGE/Nº252/07, de 16/02/07, acostada às fls.1334, encaminhando cópia dos relatórios da Comissão de Inquérito e da manifestação da Procuradoria Federal

Dos fatos

Em 21/10/98, um investidor, ADS, encaminhou a esta CVM cópia de documentação (fls.25) enviada em 07/10/98 à corretora Gamex Securities CCVM Ltda. ("GAMEX") e encaminhada a Câmara de Liquidação e Custódia da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro ("CLC"), solicitando o desbloqueio de ações de sua propriedade, custodiadas no BANCO REAL que teriam sido indevidamente bloqueadas para venda a pedido da GAMEX, sem a sua anuência, para atender pedido de uma pessoa que se apresentara na Corretora utilizando o seu nome e passando-se por ele com a utilização de documentos falsos.

Em 25/06/99, a CVM recebeu correspondência do BANCO REAL (fls. 564), relatando que, em 10/06/99, outro investidor, AFJ, enviara uma carta ao banco solicitando o bloqueio de suas ações para impedir a sua venda, alegando que havia pessoas tentando negociá-las sem a sua autorização (fls.565).

Ademais, que a Fair CCV Ltda. ("FAIR"), de São Paulo, em 18/06/99, atendendo a pedido da filial da GAMEX no Rio de Janeiro, remetera ao BANCO REAL ordem de transferência de ações do mesmo acionista, cuja documentação diferia daquela enviada na primeira correspondência (fls.566/575) e que, o banco, constatando a divergência dos documentos, não deu continuidade ao pedido da FAIR.

A Gerência de Análise de Negócios (GMN), em 20/07/99, solicitou à Bolsa de Valores Regional que realizasse auditoria na GAMEX, sociedade corretora membro daquela Bolsa (fls. 122) e, em 17/09/99, solicitou à BOVESPA que realizasse auditoria na FAIR (fls. 589).

A auditoria da Bolsa Regional, em 26/07/99, remeteu documentos (fls. 125/176) comprovando a negociação da posição acionária do investidor ADS na BVRJ, informando que as ordens haviam sido transmitidas verbalmente conforme autorização firmada na ficha cadastral do cliente autenticada pelo Cartório do 11º Ofício de Notas do Rio de Janeiro.

A BOVESPA informou, em 27/08/99 (fls. 598/599), que a venda das ações do investidor AFJ não chegou a ser executada, ocorrendo uma tentativa.

A GMN, em 26/08/99, solicitou a realização de fiscalização na GAMEX. Os relatórios estão acostados às fls. 181/201 e 610/623.

Observe-se que o Colegiado da CVM, após verificação pela GMN da atuação irregular do investidor ADS no mercado de valores mobiliários negociando ações do sistema Telebrás (fls. 544/545), editou "*stop order*", Deliberação CVM nº 363, de 22/09/00 (fls. 855/860).

Quando de sua reclamação, o investidor ADS juntou extratos de emissão do BANCO REAL havendo papéis com a descrição "bloqueados para venda" e outros "livres" e, em 11/01/99, foi enviada correspondência ao BANCO REAL (fls. 32) solicitando esclarecimentos sobre a reclamação, a identificação da instituição intermediadora do pedido de bloqueio, além de cópia dos documentos que legitimaram o procedimento, bem como correspondência para a GAMEX (fls.33) dando ciência da reclamação e solicitando esclarecimentos, bem como o envio a esta CVM da ficha cadastral do cliente e da documentação que legitimou o bloqueio das ações de sua propriedade.

Em 26/01/99 a CVM orientou o reclamante (fls.34/35) a buscar ressarcimento dos prejuízos ao Fundo de Garantia da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, com base no artigo 41 da Resolução CMN nº 1656/89, tendo o advogado do reclamante informado em 20/07/99 (fls. 123/124) que estaria acionando as empresas de telecomunicações de que seu cliente era acionista e o BANCO REAL perante a 40ª Vara Cível do Rio de Janeiro, cujo processo foi registrado sob o nº 98.001.192820-6.

O BANCO REAL, em 05/02/99, encaminhou os documentos de identificação exigidos da corretora para o cadastramento do cliente, os quais serviram de respaldo para a emissão de ordens de transferências de ações (OT1's) (fls. 37), e cópia das 24 OT1's emitidas pela intermediadora GAMEX (fls. 64/91 e 333), relativas aos pedidos de bloqueios de ações.

A acusação informou que a assinatura nela aposta, atribuída a Antonio Dias dos Santos, divergia daquela que constava da carta denúncia (fls.25) enviada pelo reclamante a esta Autarquia, consoante perícia encaminhada pelo BANCO REAL, em 26/11/02, às fls. 1184/1208.

A GAMEX, por seu turno, por meio de correspondência datada de 10/02/99 (fls.76), informou já ter enviado correspondência à CLC e que, em 14/10/98, tinha ocorrido uma reunião nas dependências da CLC entre os diretores

da GAMEX, Gilson Araújo e Afonso de Souza Filho e o reclamante, ADS, na presença do diretor da CLC, e que após a reunião o reclamante não mais procurou a Corretora.

O BANCO REAL, em 01/06/99, encaminhou correspondência para a CVM (fls.36) anexando cópia da ação impetrada pelo acionista reclamante, em 19/11/98, na 40ª Vara Cível (fls. 41/56).

A Comissão de Inquérito, com base nas já mencionadas OT1's remetidas pelo BANCO REAL (fls. 64/91 e 333), nas faturas e extratos de conta corrente de emissão da GAMEX (fls. 136/139 e 510/518) e nos extratos do BANCO REAL (fls. 335/360), que a liquidação financeira das vendas supostamente irregulares, realizadas entre os dias 03/07/98 e 02/10/98, envolveu a emissão de diversos cheques no montante de R\$4.276.211,66.

Foi realizada inspeção na GAMEX (fls. 181/201) entre 01/02 e 09/06/00 tendo a Corretora declarado (fls. 508/509) que uma pessoa havia telefonado, obtido informações das exigências cadastrais, dito que gostaria de vender ações escriturais do sistema Telebrás, tendo comparecido à Corretora preenchendo ficha cadastral com reconhecimento de firmas, tendo entregue cópia autenticada de célula de identidade, CPF e comprovante de endereço – conta de fornecimento de energia (fls. 128/135).

Assim, a GAMEX cadastrou o falso ADS na BVRJ sob o código 199.010.170-1 (fls.131), e, em 24/06/98, o falsário emitiu quatro OT1's em nome do investidor (fls. 77/78 e 318/319) que foram enviadas para o BANCO REAL que procedeu ao bloqueio das ações e transferiu os títulos para depósito, constando dos extratos encaminhados pelo investidor como "bloqueados para venda".

Conforme depoimento prestado pelo Diretor da GAMEX, Gilson Araújo (fls. 959/960), a partir de 10/07/98 o falso ADS passou a transmitir as ordens telefônicas de venda de ações, para alienar as posições de custódia que eram do reclamante (fls. 140/160 e 510). No período de 14 a 21/07/98, o falsário emitiu outras vinte OT1's, que respaldaram novas ordens de venda de ações entre os dias 10/08 e 23/09/98 (fls. 64/87, 333 e 511/518).

As operações de venda foram liquidadas por meio de 11 cheques, sacados contra o Banco Cruzeiro do Sul S/A (fls. 161/175), nominativos, cruzados em preto, totalizando R\$ 4.276.211,66, sendo dois cheques endossados e depositados, respectivamente, na Caixa Econômica Federal e no Unibanco, nos valores respectivos de R\$ 400.945,44 e R\$ 112.910,82, e os demais depositados pela própria corretora, a pedido do falso investidor, na Caixa Econômica Federal e no Banco Mercantil do Brasil S/A.

O advogado do reclamante enviou declaração a CVM (fls.519), informando que seu cliente não era e nunca tinha sido titular das contas relacionadas.

A Comissão de Inquérito, em 09/12/02, buscando identificar o destino final dos cheques, oficiou aos bancos (fls. 969, 977 e 990). O Banco Mercantil do Brasil informou que a conta era de titularidade de Antonio Dias dos Santos com data de cadastramento de 18/08/98 (fls. 986/989), enquanto o Unibanco e a CEF alegaram não poder atender a demanda em função do sigilo bancário previsto na Lei Complementar Nº105/01.

Assim, a Procuradoria Federal Especializada, no início de 2003, ingressou na 11ª Vara da Justiça Federal visando obter a identificação de titularidade de contas correntes como também de chamadas telefônicas (fls. 1170/1172).

Em 26/06/03, foi deferido parcialmente o pedido de antecipação de tutela, sendo expedidos ofícios para a CEF, Unibanco e Telefônica Celular, para que prestassem as informações requeridas pela CVM.

O Unibanco, em 11/04/03, informou que a conta corrente encontrava-se encerrada e era de titularidade de Gemco Administração e Corretagem de Seguros sendo que o CNPJ informado pertencia à empresa Gemco Viagens Ltda., tendo a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro informado não haver nenhuma empresa registrada com aquelas denominações (fls. 1098 e 1101).

Em 08/05/06 foi realizada diligência no endereço apontado e foi verificado que a empresa não era conhecida e que a sala estaria sendo alugada naquela ocasião para uma empresa de telemarketing.

Como a CEF contestou a determinação judicial e até a data do relatório não havia respondido ao ofício expedido pela justiça e considerando o tempo que iria transcorrer até a decisão final e por dispor de dados nos autos que já seriam suficientes para formalizar as acusações cabíveis, a Comissão de Inquérito optou por dar prosseguimento ao feito (fls.1260).

A Comissão de Inquérito, no item 64 do relatório, comparou as informações cadastrais prestadas pela pessoa que se apresentou na GAMEX e aquelas relativas ao reclamante e constatou inúmeras divergências tais como:

- a. a nacionalidade, o estado civil, o nome do pai, a profissão, o número da carteira de identidade, o endereço residencial eram diferentes. As únicas informações coincidentes eram o CPF e o nome da mãe (fls. 133, 103 e 210);
- b. a ficha cadastral na Gamex, em nome de Antonio Dias dos Santos (fls. 128/132) apresentava reconhecimento de firma, por semelhança, realizado pelo Cartório do 11º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, em 24/06/98. No entanto, no item 3 da alínea B do Relatório de Inspeção da Bolsa Regional, datado de 26/07/99 (fls. 126 e 127), os diretores da Gamex afirmaram para o auditor que, dentre os procedimentos obrigatórios adotados estava o de "exigir do cliente reconhecimento de firma na OT1 por autenticidade". Este ato exige identificação e obriga a assinatura perante o oficial do cartório, procedimento que não foi observado;
- c. a cópia da cédula de identidade (fls. 133) foi muito mal reproduzida dificultando a identificação da fisionomia da pessoa fotografada. Este documento de identidade teve a sua cópia autenticada por três vezes: em 13/05/98 pelo Cartório do 11º Ofício de Notas; em 09/06/98 e 23/06/98 pelo Cartório do 21º Ofício de Notas do Rio de Janeiro;
- d. a cópia do comprovante de residência (fls. 134/135) também apresentou dupla autenticação: em 13/05/98 pelo 11º Ofício de Notas do Rio de Janeiro e 23/06/98 pelo 21º Ofício de Notas do Rio de Janeiro; e
- e. no cadastro do falsário (fls. 128), foi fornecido um número de telefone celular do Rio de Janeiro, enquanto na reclamação enviada para a CVM (fls. 25), o reclamante forneceu outros números de Curitiba.

No decorrer da investigação foi tentado, sem sucesso, contato com o telefone celular constante da ficha cadastral, sendo oficiada, em 09/12/02, a Telefônica Celular para identificar o proprietário do telefone (fls. 966) a qual, entretanto, informou não poder prestar a informação, nos termos do Código Brasileiro de Telecomunicações (fls. 967/968).

Tendo em vista o deferimento parcial do pedido de antecipação de tutela relativo à ação impetrada pela PFE, a Telefônica Celular, em 20/03/03, consoante correspondência acostada às fls. 1229, informou o nome titular do direito de uso da linha telefônica celular, com habilitação em 14/02/97, e que a mesma se encontrava rescindida desde 31/01/00.

Em diligências efetivadas pela Comissão de Inquérito, a pessoa indicada não foi encontrada no endereço registrado. A Comissão verificou junto ao SERPRO que o CPF do titular do número de celular estava pendente de regularização e que o endereço constante da ficha cadastral não estava relacionado no catálogo telefônico (fls. 520).

O BANCO REAL, em atenção ao Ofício/CVM/SFI/GFE-6/nº 058/2002 (fls. 990/992) que solicitou justificativa para a divergência de endereços entre aquele constante dos arquivos e o informado pela GAMEX, atribuiu a responsabilidade pela conferência de toda a documentação apresentada pelo acionista à corretora, nos termos do art. 40, da Resolução CMN nº 1.656, às fls. 993/1096.

A Comissão de Inquérito tomou a termo as declarações dos diretores da Gamex, Afonso de Souza Filho, Gilson Araújo e Gilson Araújo Junior, bem como do tesoureiro, Marco Antonio Martins Henriques, e do reclamante (fls. 948/962) e, ainda, do Diretor do Serviço de Custódia do BANCO REAL, à época dos fatos, Flamarion Josué Nunes (fls. 1317/1319).

A Comissão de Inquérito concluiu que as vendas das ações de propriedade do reclamante fundamentaram-se em atuações negligentes tanto da GAMEX quanto do BANCO REAL.

Com relação ao BANCO REAL que o mesmo não poderia ter aceitado como válidas as falsas OT1's originárias da Gamex, que apresentavam um endereço completamente diferente daquele constante em seu cadastro além de assinaturas e números de telefones completamente divergentes (fls. 303/334). Ademais, que as assinaturas apostas às OT1's de emissão da GAMEX foram definitivamente caracterizadas como falsas conforme Laudo de Exame Documentoscópico, de 09/03/01, (fls. 1184/1208).

Quanto a GAMEX, a Comissão de Inquérito entendeu ter ficado provado que os controles operacionais por ela adotados não foram suficientes para evitar a fraude que culminou com o bloqueio indevido e a venda das ações de propriedade do reclamante, não havendo indícios de que a corretora tivesse se beneficiado do produto desses negócios irregulares ou que tivesse participado dos atos de forma dolosa.

A acusação entendeu que a Gamex deixou de conferir e averiguar as informações prestadas pelo falsário, o que possibilitou a concretização da venda irregular das ações reclamadas, caracterizando-se negligência e evidenciando

deficiências nos controles de cadastro adotados pela corretora.

Com relação à conduta do BANCO REAL, a Comissão de Inquérito aponta o artigo 103 da Lei nº 6.404/76 ², na segunda parte do *caput*, que estabelece caber à instituição depositária das ações escriturais a verificação da regularidade das transferências de valores mobiliários de emissão das companhias a que presta serviço.

Quanto à conduta da GAMEX, a acusação aponta a Nota Explicativa CVM/Nº 29/84 à Instrução CVM nº 33/84 no trecho "...o perfeito conhecimento do cliente deve competir, acima de tudo, ao intermediário que com ele irá operar no mercado bursátil...", bem como o artigo 11 da Resolução CMN nº 1.655/89 ³.

Ademais, que a BVRJ (fls. 525/532), em janeiro de 1999, recomendou procedimentos de controles internos e que a GAMEX não atendeu aos mesmos no que se refere ao segundo reclamante, tentativa de venda que se deu posteriormente a essa data.

Assim, a Comissão de Inquérito aponta que GAMEX não deveria ter se limitado a uma análise superficial dos documentos apresentados, destacando que o suposto cliente informara ser engenheiro aposentado que diferia da profissão de comerciante do reclamante.

A Comissão de Inquérito aponta, ainda, que a GAMEX não atendeu à Resolução nº 002/94 da Bolsa de Valores Regional (fls. 533/538) da qual era membro.

A acusação aponta que a GAMEX e seu diretor, Gilson Araujo Junior, foram punidos por inobservância das normas para cadastramento de clientes em operação similar as ora analisadas, com a pena de advertência no Processo CVM nº RJ1999/1053 – fls. 682/703 – julgado pelo Colegiado da CVM em 05/11/99, decisão mantida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional em 29/09/00.

Por fim, a Comissão de Inquérito registrou em seu relatório sua estranheza com a demora em agir do investidor lesado, ADS, uma vez que o mesmo seria pessoa atuante e com conhecimento de mercado e que tomou conhecimento do bloqueio de parte de suas ações em 03/07/98, conforme registro no extrato de posição (fls. 26/29), e aguardou até 07/10/98 (fls. 25) para tomar uma iniciativa, possibilitando com este comportamento que continuassem acontecendo bloqueios e vendas de suas ações até 21/07 e 23/09/98, respectivamente (fls. 305/334).

Das imputações

Diante do relatado, a Comissão de Inquérito concluiu pela responsabilização das seguintes pessoas:

- a. Gamex Securities Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários Ltda. (atual Millennium Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários S.A.) e seu diretor de relações com o mercado à época, Gilson de Araújo Junior, por infração ao disposto no item III do artigo 11 do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 1655/89, combinado com o disposto nos incisos I e II do art. 1º da Instrução CVM nº 220/94, pela não verificação da autenticidade dos endossos e legitimidade de documentos necessários para a transferência de valores mobiliários, por improbidade na condução das atividades no melhor interesse de seus clientes e na integridade do mercado, e por falta de diligência na execução de ordens de compra, venda ou permuta de valores mobiliários;
- b. Banco Real S/A e seu diretor responsável pelos serviços de custódia do Banco, Flamarion Josué Nunes, pelos erros e irregularidades cometidos, nos termos do artigo 16 da Instrução CVM nº 89/88.

Do aditamento à acusação

Em seu aditamento, a Comissão de Inquérito, após realizar a oitiva de Flamarion Josué Nunes, diretor do BANCO REAL, indicou ser o mesmo responsável pela área de prestação de serviços de ações escriturais do banco, no período de 28/12/82 a 03/04/00, apontando, no âmbito do Processo Administrativo Sancionador CVM nº SP2003/0444, julgado pelo Colegiado em 11/03/05, envolvendo a transferência de ações com documentação falsa (fls. 1301/1312), em que foram indiciados o BANCO REAL e seu diretor, Flamarion Josué Nunes, ter o próprio BANCO REAL, em 28/11/03, informado ser Flamarion Josué Nunes o diretor responsável pela área de prestação de serviços de ações escriturais no "período de 1998 até 01/2000".

O Colegiado, no caso, concluiu que a fraude teria sido "anterior à atuação tanto do comprador que figurou na procuração, como do Banco que transferiu as ações." (fls. 1309) e absolveu o BANCO REAL e seu diretor, entendendo que o banco "não tinha como perceber, diante de um instrumento público de procuração, a existência de fraude" e que o descumprimento ao artigo 16 da Instrução CVM nº 89/88 diz respeito à responsabilidade civil do agente, não se prestando para o fim de aplicação de penalidades administrativas.

A Comissão de Inquérito considera serem os casos substancialmente diferentes uma vez que os valores envolvidos no presente caso são bem mais expressivos do que no processo citado, e, ainda, que, pela cópia do cadastro de ADS solicitado ao BANCO REAL, constatou que a instituição tinha condições de comprovar que os documentos que suportavam as OT1's eram falsos apresentando endereços diferentes, principalmente quanto a UF e telefones e que o número da Carteira de Identidade e a assinatura também divergiam (fls. 1271/1272) e, ainda que no presente caso houve a intermediação de uma corretora.

A acusação ressalta que a CVM, com a edição da Instrução nº 333/00, demonstrou sua preocupação com as práticas envolvendo a existência de negociações com documentos e procurações falsas, e que estariam se tornando corriqueiras no mercado de valores mobiliários.

Ao final a Comissão de Inquérito, em seu Relatório de Aditamento (fls.1320/1323), datado de 12/01/07, reitera a imputação do BANCO REAL e de seu diretor, Flamarion Josué Nunes.

Das defesas

Devidamente intimados (fls.1326/1333), os indiciados apresentaram defesas tempestivas apresentadas em apertada síntese:

Banco Real S/A:

Em preliminar o BANCO REAL levanta a tese da extinção da punibilidade da pessoa jurídica pela incorporação, argumentando que o Banco Real S/A foi incorporado pelo Banco ABN AMRO em 28/01/00, enquanto as operações ocorreram em 03/07/98 e 02/10/98 (fls. 1266), citando como precedente o julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 16/02, em 10/10/06.

A defesa cita, no mesmo sentido, que o CRSFN reconhece a extinção da punibilidade devido à incorporação, citando o parecer do Procurador da Fazenda Nacional junto ao CRSFN, ao apreciar o Recurso de Ofício nº 4.320, no sentido de que se extinguindo a pessoa jurídica em virtude de incorporação, extingue-se a punibilidade, em vista do princípio constitucional da intranscendência das penas (art. 5º, XLV, da CF), salvo se a incorporação efetuada para burlar a lei ou para escapar à sanção, acrescentando, como precedentes, os Recursos de Ofício nº 2.191 e nº 1.805.

Em reforço de sua tese, a defesa acrescenta que, no caso, ocorreu, também a alienação do controle acionário do banco.

A defesa entende, ainda, estar prescrita a pretensão punitiva, não podendo prosperar o presente processo administrativo sancionador, pois os fatos objeto de apuração ocorreram entre 03/07/98 e 02/10/98 e o prazo prescricional de cinco anos previsto no *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.873/99 ter-se-ia findado em outubro de 2003, antes do recebimento da intimação para defesa no presente processo administrativo.

No mérito, aponta que a CVM já reconheceu, em precedente que tratava de fatos similares, que não há dispositivo legal estabelecendo responsabilidade objetiva do prestador de serviço de custódia fungível por operação realizada com base em documentos falsos (Processo Administrativo Sancionador CVM nº SP 2003/0444) e que o artigo 16 da Instrução CVM nº 89/99 não prevê punição administrativa com fundamento nesse fato.

Ademais, que a diferença entre o direito administrativo punitivo e o direito penal é apenas de grau, e não de natureza e, em ambos, não haveria ilícito culposos sem previsão expressa do elemento subjetivo, sendo a regra a punição por atos dolosos enquanto a punição por ação ou omissão culposa seria exceção que só é admitida se estiver expressamente prevista, conforme artigo 18, PU, do Código Penal.

A defesa acrescenta que a Comissão de Inquérito reconheceu que a conduta do Reclamante contribuiu para a proporção da fraude, lembrando que o reclamante teve suas atividades de compra e venda de valores mobiliários suspensas e que a eventual imputação de responsabilidade administrativa ao Defendente deveria considerar a culpa concorrente da suposta vítima.

O BANCO REAL comenta, por fim, que fraude da mesma natureza ocorrida à mesma época não se concretizou devido a sua diligência no âmbito do Processo CVM nº SP99/0268, demonstrando serem seus controles ágeis e que a fraude objeto deste Processo concretizou-se em função demora do reclamante em tomar providências básicas.

Flamarion Josué Nunes:

A defesa indica que não foi imputada de forma individualizada qualquer prática de ato irregular ou infração ao Defendente, nem foram acostadas aos autos quaisquer provas que demonstrassem sua efetiva participação nos acontecimentos narrados e que a sua responsabilização decorreu simplesmente de sua qualidade de diretor responsável, à época, pela prestação do serviço de escrituração de ações pelo BANCO REAL, sem considerar o contexto dos fatos, a impossibilidade de responsabilização do Banco Real e do Defendente ou a conduta atípica do reclamante.

Destaca que as ações objeto da fraude, ora em discussão, resultaram da reestruturação do Sistema Telebrás, com a cisão parcial em 12 novas companhias holding, além da própria Telebrás, que resultou em uma larga base de acionistas não voluntários que dada a sua dispersão resultaram em dificuldades às instituições custodiantes e escrituradoras em manter seus cadastros atualizados.

Ademais, que o Banco Real ou o Defendente não teriam quaisquer responsabilidades pela autenticidade da documentação que lhes foi apresentada pela corretora, que é responsável pela autenticidade da documentação, nos termos da regulamentação em vigor.

A defesa argumenta que se houvessem quaisquer indícios de fraude na emissão das ordens, a realização da operação teria sido questionada, como ocorreu quando da solicitação de bloqueio das ações do outro investidor.

No que se refere a afirmação da acusação de que as OT1s apresentadas ao BANCO REAL teriam assinaturas divergentes das do titular das ações, observa que referida assinatura foi, por diversas vezes, reconhecida por oficial de registro dotado de fé pública, não sendo cabível ao banco e nem ao Defendente questionar sua autenticidade ou suspeitar da ocorrência de fraude no caso.

Quanto á imputação (infração ao artigo 16 da Instrução CVM nº 89/99), a defesa argumenta que a responsabilidade nele tratada é civil e não administrativa, ensejando o dever de reparar por parte da instituição que tenha cometido erro ou irregularidade, citando decisão proferida pelo Colegiado desta Comissão no julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº SP2003/0444. Dessa maneira, não havendo previsão quanto à responsabilização administrativa do agente em relação aos fatos apurados no âmbito do Processo Administrativo, a aplicação de quaisquer penalidades seria desrespeito consciente ao princípio da legalidade.

Finaliza a defesa afirmando não ter sido individualizada a conduta dolosa ou culposa do Defendente, não tendo o mesmo praticado qualquer ato culposo ou doloso, não sendo aplicável a responsabilidade objetiva.

GameX Securities Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários Ltda. (atual Millennium Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários S/A):

A GAMEX aponta erro da Comissão de Inquérito ao imputar infração à Instrução nº 220, artigo 1º, uma vez que este é destinado às bolsas de valores e não às corretoras conforme reiterados julgados da CVM (Processos Administrativos Sancionadores 29/03, julgado em 16/01/07, SP2001/034, julgado em 12/08/04, e 32/98, julgado em 06/05/04).

A defesa acrescenta que a imputação de infração ao artigo 11 do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 1.655/98 também é imprópria, uma vez que o mencionado dispositivo tem por finalidade estabelecer que as corretoras deverão ressarcir o patrimônio de eventuais lesados, caso não sejam autênticos os endossos em valores mobiliários e legítimas as procurações ou documentos necessários para a transferência dos valores mobiliários, e não impor uma norma disciplinar às corretoras, ou seja, um dever de diligência.

Nesse sentido, a defesa traz como precedentes os seguintes julgados da CVM: Processos Administrativos Sancionadores 2001/072, SP2001/034 e 38/98.

A defesa argumenta, ainda, que a GAMEX teve seu tipo societário transformado em sociedade anônima em 03/07/00 e seu controle acionário alienado em 30/01/02, consoante despacho BACEN/DEORF/GTREC 2003/0050, de 20/01/03, e que a verificação da alienação de controle antes da instauração de qualquer processo sancionador é causa de exclusão de punibilidade, circunstância que o CRSFN tem denominado como elemento de cofatorialidade, trazendo, nesse sentido, os seguintes acórdãos do CRSFN: 3804/03, 3894/03, 3895/03, 3949/03, 4277/03, 4752/04, 4938/04, 5062/04, 5221/04.

Concluiu a defesa que, no caso, operou-se a "cofatorialidade", uma vez que a Portaria/CVM/SGE/Nº 209, que aprovou a abertura do presente processo é de 03/12/02, posterior à alienação do controle da corretora (30/01/02), e aponta manifestação de voto do Diretor Wladimir Castelo Branco Castro no julgamento do PAS CVM nº 05/01, em 21/06/04, excluindo a punibilidade ao não vislumbrar qualquer indício de fraude na alienação do controle acionário, ocorrida antes da instauração do processo administrativo.

A defesa argumenta que para determinar-se a ocorrência de eventuais infrações é necessário observar que os fatos ocorreram entre junho de 1998 e maio de 1999, quando ocorreram inúmeros casos de fraudes perpetradas via procurações falsas como forma de alienar ações de terceiros.

Que a CVM, visando alertar o mercado acerca da nova modalidade de fraude, posteriormente aos fatos objeto do presente processo, editou a Instrução CVM nº 333, em 06/04/00, mencionando voto do diretor Luiz Antônio, quando do julgamento do PAS SP/2001/0725 pela sua inaplicabilidade a fatos anteriores a sua edição, o voto do diretor Wladimir Castelo Branco Castro no âmbito do PAS SP2004/123 e da Diretora Norma Parente no julgamento do PAS SP2002/0197.

Acrescenta que a fraude não era de fácil identificação e que o Relatório da Comissão de Inquérito revela que os procedimentos utilizados eram complexos, envolvendo mais do que a falsificação de procuração, mencionando as investigações realizadas pela CVM. Assim, que a falsificação de documentos foi anterior ao procedimento de cadastramento por parte da corretora e que esta foi vítima, juntamente com o investidor.

Com relação à imputação de negligência, argumenta que os documentos utilizados pela fiscalização da CVM não eram os mesmos que a Defendente possuía quando do cadastramento dos falsos investidores, não tendo meios para verificar se os falsários eram os investidores de direito. Adiciona que a atuação dos supostos investidores, dispoñdo da documentação exigida, devidamente autenticada, com fichas cadastrais regularmente preenchidas não deu margem a qualquer suspeita.

No que se refere à verificação da documentação e sua autenticação, a defesa cita voto deste relator no caso da Égide Corretora e do Diretor Luiz Antônio de Sampaio Campos no PAS SP2001/0725 que entendeu que exigir que se desconfie, a princípio, da falsificação de instrumentos públicos, seria subverter o sistema.

Acrescenta que a corretora atuou diligentemente ao realizar o exame da documentação apresentada, mencionando voto do diretor Luiz Antônio de Sampaio Campos no Processo Administrativo Sancionador SP2002/0098 que considerou ter sido o intermediário, no caso, vítima de fraude, não caracterizando negligência ou falta de diligência.

Com relação ao princípio "conheça seu cliente", a defesa cita voto deste relator no PAS SP/2001/240 e do diretor Luiz Antônio de Sampaio Campos no PAS SP/2001/0725 no sentido de considerar-se não necessariamente e apenas a melhor conduta, mas sim a razoabilidade da conduta adotada e que a corretora demonstrou ser diligente como no caso do outro investidor, AFJ, enquanto no caso do investidor ADS a sua demora em agir teria contribuído para o êxito da fraude.

Gilson de Araújo Junior, diretor de relações com o mercado da GAMEX:

A defesa destaca o fato de que o Defendente não é mais diretor da GAMEX desde 2000 não tendo mais acesso aos arquivos e demais informações da corretora e que não foi observado o princípio da ampla defesa, uma vez que o defendente não foi intimado a prestar depoimento na condição de investigado.

Alega, ainda, ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva da CVM, pois o defendente foi formalmente acusado em 08/03/07, mais de sete anos após a ocorrência dos pretensos atos ilícitos.

No mérito, alega que a abertura de ficha cadastral do investidor ADS na GAMEX foi efetuada com documentação autenticada por cartório competente, não podendo se falar em negligência, não se podendo exigir que o defendente, ou seus prepostos, fossem capazes de verificar se determinada assinatura de documento é falsa ou não, não ficando demonstrada a existência de má-fé, culpa ou dolo do defendente.

É o relatório.

VOTO

Devem ser analisadas, de início, as alegações preliminares apresentadas pelos indiciados.

As defesas entendem estar prescrita a pretensão punitiva da CVM, sob o argumento de que os fatos objeto de apuração ocorreram entre 03/07/98 e 02/10/98 e o prazo prescricional de cinco anos, previsto no *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.873/99, ter-se-ia findado em outubro de 2003, antes do recebimento da intimação para defesa.

A Lei n.º 9.873/99 estabeleceu:

"Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor,

contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado."

Tal dispositivo, entretanto, deve ser lido em conjunto com o disposto no artigo 2º da mesma lei:

"Art. 2º Interrompe-se a prescrição:

I – pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II – por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato; (...)"

De fato, os indiciados foram intimados em 2005, no entanto, a CVM, antes do transcurso do prazo prescricional, conforme relatado, já havia praticado uma série de atos investigatórios que deixa evidente estarem os fatos objeto deste processo administrativo sancionador sendo apurados, destacando-se a designação da Comissão de Inquérito em 03/12/02.

Assim, no caso, não é possível concluir que a pretensão punitiva da CVM estaria prescrita, afastando-se, portanto, a preliminar.

Em outro ponto, o BANCO REAL levanta a tese da extinção da punibilidade da pessoa jurídica pela incorporação, enfatizando que teria ocorrido, também, a alienação do controle acionário do banco, argumentando que o mesmo foi incorporado pelo Banco ABN AMRO em 28/01/00, enquanto as operações inquinadas de irregulares ocorreram em 03/07/98 e 02/10/98.

A GAMEX, por seu turno, argumenta ter tido seu controle acionário alienado em 30/01/02 e que a verificação da alienação de controle antes da instauração de qualquer processo sancionador é causa de exclusão de punibilidade. A modificação do controle consta do despacho BACEN/DEORF/GTREC 2003/0050, de 20/01/03, acostado às fls.1457.

No caso do BANCO REAL os fatos ligados à alienação de controle do Banco Real ao ABN AMRO são conhecidos de todos, sendo que a incorporação do Banco Real S/A pelo Banco ABN AMRO Real S/A, ocorreu em 28/01/00 e os acusados foram indiciados em 13/10/05.

Ainda que a CVM e o CRSFN já tenham se manifestado no sentido de extinguir a responsabilidade de pessoa jurídica incorporada, entendo que a incorporação, de plano, não exime o sucessor pelos ilícitos administrativos praticados pela incorporada que, a princípio, responderá pelas irregularidades cometidas pela incorporada.

Para mim, entretanto, a alienação de controle já é suficiente para afastar a imposição de penalidades à mesma, desde que não haja indício de que a mesma tenha sido feita para fraudar a responsabilidade da pessoa jurídica e que o processo administrativo sancionador tenha sido instaurado após a transferência do controle.

Entendo que à época da alienação de controle, não sendo possível ao adquirente conhecer das infrações que após a alienação são imputadas à pessoa jurídica, não é razoável que o adquirente venha a responder por irregularidades das quais não participou.

Deve ser destacado que tais fatos produzem efeitos somente com relação às pessoas jurídicas, mantendo-se as acusações aos diretores responsáveis.

Com relação a Flamarion Josué Nunes, o mesmo era, à época dos fatos, diretor responsável perante a CVM pelos serviços de custódia do BANCO REAL, em atendimento ao disposto no artigo 3º da Instrução CVM nº 89/88⁴, respondendo pelas irregularidades ocorridas nessa atividade, devendo a sua conduta ser avaliada como adequada ou não, ainda que por omissão, podendo o indiciado, entretanto, afastar a imputação se comprovar ter agido com diligência.

Passarei a analisar os dispositivos citados na acusação.

Com relação ao BANCO REAL e a seu diretor Flamarion Josué Nunes, foi imputado o descumprimento ao artigo 16 da Instrução CVM nº 89/88⁵.

Conforme já decidido pelo Colegiado da CVM, no âmbito do PAS CVM nº SP2003/0444, julgado em 11/03/05, citado artigo se refere à responsabilidade civil do agente, posição com a qual concordo. Transcrevo trecho do voto da relatora Norma Jonssen Parente : "Além do mais, cabe esclarecer que o descumprimento ao artigo 16 da Instrução CVM Nº 89/88, imputado ao Banco ABN e a seu diretor Flamarion Josué Nunes, diz respeito à responsabilidade civil

do agente por erro ou irregularidade na prestação do serviço, não se prestando para o fim de aplicação de penalidades administrativas".

A GAMEX e seu diretor, Gilson de Araújo Junior, por seu turno, foram acusados de infração ao disposto no item III do artigo 11 do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 1655/89, combinado com o disposto nos incisos I e II do art. 1º da Instrução CVM nº 220/94.

A Instrução CVM nº 220, de 15/09/94, foi revogada pela Instrução CVM nº 382/03, encontrando-se em vigor a Instrução CVM nº 387/03, e trazia a seguinte redação em seu artigo 1º:

"Art. 1º As bolsas de valores devem estabelecer regras de conduta a serem observadas pelas sociedades corretoras no relacionamento com seus clientes e com o mercado, em que deverão constar, no mínimo, os dispositivos que atendam aos seguintes princípios:

I - probidade na condução das atividades no melhor interesse de seus clientes e na integridade do mercado;

II - diligência na execução de ordens de compra, venda ou permuta de valores mobiliários;

III - capacitação para desempenho de suas atividades;

IV - obrigação de obter e apresentar a seus clientes informações, inclusive sobre riscos característicos do mercado, bem como de suprir seus clientes, em tempo hábil, com a documentação dos negócios realizados;

V - evitar conflitos de interesses e, quando não for possível, assegurar tratamento equitativo a seus clientes;

Parágrafo único. As regras de conduta a que se referem este artigo deverão ser submetidas à Comissão de Valores Mobiliários com antecedência mínima de 30 dias da respectiva aplicação.

Conforme já tive oportunidade de me pronunciar, no âmbito do julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº SP2001/034, em 12/08/04, "Os arts. 1º e 3º da citada Instrução [Instrução CVM nº 220/94] emitem comandos especificamente direcionados a um destinatário, as bolsas de valores, para que dentro de seus poderes de auto-regulação, imponham a seus membros sistemas de acompanhamento e cadastramento adequados ao regular funcionamento do mercado de capitais".

No julgamento do PAS CVM nº 29/03, em 16/01/07, o relator, Diretor Pedro Oliva Marcílio de Sousa, trouxe profunda pesquisa sobre o tema, nos seguintes termos: "Começando pela última das imputações, pois é a de mais fácil decisão, deve-se reconhecer que o Colegiado já estabilizou posicionamento no sentido de que o art. 1º, I da Instrução 220/94 é dirigido às bolsas de valores e não pode ser utilizado, isoladamente (*i.e.*, sem a norma eventualmente editada pela entidade auto-reguladora), para impor sanção a corretoras e outros intermediários (ver, entre tantos outros, os PAS 2003/0823, julgado em 20.05.05; 2003/8363, julgado em 28.03.05, 13/02; julgado em 19.07.06; e o recente, 13/01, julgado em 17.10.06; todos tratando especificamente do art. 1º, I. Existem diversos outros precedentes com relação ao disposto no art. 3º, em que se enfrenta problema similar, por exemplo, 2001/0799, julgado em 30.11.05; 2004/0154, julgado em 03.11.05; 2003/0445, julgado em 21.03.05; 2002/493, julgado em 21.09.05; 2004/0123, julgado em 18.10.04; 2004/0113, julgado em 21.09.05)".

Assim, resta evidenciado que o comando do artigo 1º da Instrução CVM nº 220/94 é destinado às bolsas de valores e não às corretoras, conforme reiterados julgados da CVM, afastando-se esta imputação.

Ademais, entendo que a imputação de infração ao artigo 11 do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 1.655/98 também é imprópria, como já me manifestei no julgamento do PAS CVM nº SP/2001/034, em 12/08/04, em que atuei como relator: "o art. 11, III do Regulamento Anexo à citada Resolução, ao mencionar a responsabilidade das corretoras pela legitimidade de documentos e procurações, parece dar azo apenas à possibilidade de ressarcimento patrimonial dos prejudicados junto às corretoras, não se prestando, em minha opinião, como dispositivo apto a respaldar a responsabilização administrativa, junto a esta CVM, de ditas instituições".

No mesmo sentido cito o PAS CVM nº SP2001/0240, julgado em 22/07/04, em que também atuei como relator.

Ante o exposto, voto pela absolvição de todos os acusados, devendo o resultado do julgamento ser comunicado à Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

É o voto.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2007.

Eli Loria

Diretor-Relator

1 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 Art. 103. Cabe à companhia verificar a regularidade das transferências e da constituição de direitos ou ônus sobre os valores mobiliários de sua emissão; nos casos dos artigos 27 e 34, essa atribuição compete, respectivamente, ao agente emissor de certificados e à instituição financeira depositária das ações escriturais.

3 Art. 11. A sociedade corretora é responsável, nas operações realizadas em bolsas de valores, para com seus comitentes e para com outras sociedades corretoras com as quais tenha operado ou esteja operando:

I - por sua liquidação;

II - pela legitimidade dos títulos ou valores mobiliários entregues;

III - pela autenticidade dos endossos em valores mobiliários e legitimidade de procuração ou documentos necessários para a transferência de valores mobiliários.

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

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

Voto proferido pelo diretor Durval Soledade na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 15/02 realizada no dia 21 de agosto de 2007.

Eu acompanho o voto do Relator, enfatizando, como ele mesmo já o fez, que a simples sucessão não serve como extinção do processo. É preciso perquirir mais a questão.

Durval Soledade

Diretor

Voto proferido pelo diretor Marcos Barbosa Pinto na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 15/02 realizada no dia 21 de agosto de 2007.

Eu acompanho o voto do Relator no mérito e quero deixar clara, assim como fez o Diretor Durval Soledade, a minha discordância em relação ao posicionamento, que vinha sendo adotado pelo Colegiado e pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, de que tanto a alienação de controle quanto a incorporação extinguem a punibilidade.

A meu ver, nenhum desses eventos extingue a punibilidade no caso de pessoas jurídicas, e, portanto, não acolheria essa preliminar. Mas, no caso, o resultado é indiferente, porque, no mérito, os acusados devem ser absolvidos.

Esse é o meu voto.

Marcos Barbosa Pinto

Diretor

Voto proferido pelo diretor Sergio Weguelin na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 15/02 realizada no dia 21 de agosto de 2007.

Eu também acompanho o voto do Diretor-Relator e proclamo o resultado do julgamento, que concluiu pela absolvição de todos os acusados.

Informo, por fim, que a CVM interporá recurso de ofício no tocante às absolvições ora proferidas ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional e que o resultado do julgamento deverá ser comunicado à Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Sergio Weguelin

Diretor