

Indiciados: Antônio Carlos Vieira

Arnaldo Ferreira dos Santos

Carlos Eduardo Ferreira

Hélio César Gama do Nascimento

José Lúcio Borini

Marcos Antônio Moser

Relator: Marcos Barbosa Pinto

RELATÓRIO

1. Objeto

1.1 Trata-se de inquérito administrativo instaurado através da Portaria CVM/SGE/Nº210/05 em face das pessoas acima referenciadas para apurar irregularidades no aumento de capital do Banco do Estado de Santa Catarina S/A - BESC deliberado em assembléia geral realizada em 27 de junho de 2000.

2. Origem

2.1 O inquérito teve origem em denúncia da *Latinvest Strategic Investment Fund Delaware, LLC*, que apontava as seguintes irregularidades no referido aumento de capital:

- i. os administradores e controladores do BESC realizaram ajustes indevidos nas demonstrações financeiras da companhia logo antes do aumento de capital, o que provocou uma redução indevida do preço de emissão das ações e a conseqüente diluição injustificada dos acionistas minoritários; e
- ii. os ajustes indevidos nas demonstrações financeiras mascararam o fato de que o aumento de capital era absolutamente desnecessário, o que foi implicitamente admitido pelos próprios administradores da companhia quando propuseram modificar a destinação dos recursos captados por meio dessa operação.

2.2 A comissão de inquérito instaurada pela Portaria CVM/SGE/Nº 210/05 concluiu que a denúncia era infundada, tendo em vista que:

- i. o preço de emissão das ações foi fixado com base na cotação das ações em bolsa nos 90 dias que precederam o aumento de capital, observando o disposto no art. 170, §1º da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 e no Parecer de Orientação CVM nº 1, de 27 de setembro de 1978; e
- ii. o aumento de capital não pode ser considerado desnecessário, pois decorreu de uma determinação do próprio Banco Central do Brasil, órgão responsável pela regulamentação e supervisão das atividades do BESC enquanto instituição financeira.

2.3 Todavia, durante o curso do inquérito, a comissão constatou outras irregularidades na conduta dos administradores do BESC, que resultaram na peça acusatória que hoje apreciamos, conforme relato a seguir¹.

3. Convocação do Conselho Fiscal

3.1 Segundo a comissão de inquérito, os membros do conselho fiscal do BESC deveriam ter sido convocados a participar da reunião do conselho de administração realizada em 15 de junho de 2000, na qual se deliberou a respeito do aumento de capital.

3.2 Como a ata da referida reunião não registra sua presença, a comissão de inquérito concluiu pelo descumprimento do art. 163, §3º, da Lei nº 6.404/76, segundo o qual os membros do conselho fiscal devem participar das reuniões do conselho de administração em que se delibere sobre assuntos sobre os quais devam opinar.

3.3 Segundo a comissão de inquérito, o presidente do conselho de administração do BESC deveria ter convocado os membros do conselho fiscal para participar da referida reunião. Como isso não ocorreu, ele deve ser responsabilizado

administrativamente.

4. Divulgação de Fato Relevante

4.1 Na opinião da comissão de inquérito, a reunião do conselho de administração do BESC, realizada em 15 de junho de 2000, que deliberou sobre o aumento de capital, constituía fato relevante, conforme prevê o §4º do art. 157 da Lei nº 6.404/76 e o art. 1º da Instrução CVM nº 31, de 8 de fevereiro de 1984, vigente à época.

4.2 Com o objetivo de verificar se a referida decisão do conselho havia sido comunicada ao mercado, a comissão de inquérito solicitou ao BESC a relação de fatos relevantes divulgados no período de janeiro de 1997 a dezembro de 2003.

4.3 Analisando os documentos enviados, a comissão de inquérito concluiu que a decisão do conselho de administração não foi comunicada ao mercado, o que deve ensejar a punição administrativa dos indiciados.

5. Deliberação CVM nº 234/97

5.1 A Deliberação CVM nº 234/97 tornou obrigatória a apresentação à CVM do formulário "aumento de capital por subscrição particular" sempre que um aumento de capital dessa natureza fosse realizado.

5.2 Para averiguar se esta obrigação havia sido cumprida, a comissão de inquérito consultou a Superintendência de Registros da CVM, que informou não ter sido digitada no sistema a informação sobre o aumento de capital.

5.3 Com base nesta resposta, a comissão concluiu que os administradores descumpriram a obrigação prevista na Deliberação CVM nº 234/97, devendo ser responsabilizados por essa omissão.

6. Acusação

6.1 Desta forma, a comissão de inquérito propôs a responsabilização de Antônio Carlos Vieira, na qualidade de presidente do conselho de administração do BESC, por não ter convocado os membros do conselho fiscal para a reunião do conselho de administração realizada em 15 de junho de 2000, em infração ao disposto no §3º do art. 163 da Lei 6.404/76.

6.2 Também foram acusados os membros da diretoria da companhia Carlos Eduardo Ferreira, Marcos Antônio Moser, Hélio César Gama do Nascimento, Arnaldo Ferreira dos Santos e José Lúcio Borini por:

- i. não terem procedido à publicação de fato relevante quando da deliberação pelo conselho de administração de aumento de capital em 15 de junho de 2000, em infração ao disposto no caput do art. 2º da Instrução CVM nº 31/84, combinado com o § 4º do artigo 157 da Lei nº 6.404/76; e
- ii. não terem apresentado à CVM as informações referentes ao aumento de capital deliberado na assembléia realizada em 27 de junho de 2000, em infração ao disposto no inciso I da Deliberação CVM nº 234/97.

7. Defesas

7.1 Antônio Carlos Vieira apresentou as seguintes razões de defesa:

- i. o § 3º do art. 163 da Lei 6.404/76 não obriga expressamente o presidente do conselho a convocar os membros do conselho fiscal para a reunião;
- ii. de qualquer forma, o conselho fiscal tomou conhecimento da reunião do conselho de administração;
- iii. os membros do conselho fiscal estavam presentes à reunião do conselho de administração; e
- iv. as reuniões do conselho de administração e do conselho fiscal ocorreram na mesma data e local, com intervalo de apenas 30 minutos.

7.2 Marcos Antônio Moser apresentou as seguintes alegações:

- i. operou-se prescrição, pois a intimação do acusado ocorreu em 24 de agosto de 2006, mais de 5 anos depois dos fatos investigados, que ocorreram entre 15 de junho e 30 de agosto de 2000;
- ii. a portaria datada de 22 de novembro de 2005, que instituiu a comissão de inquérito e que poderia ser considerada como ato inequívoco na apuração do fato, também foi expedida quando já havia transcorrido o período de 5 anos;

- iii. de acordo com a referida portaria, o ato investigado cingia-se à ocorrência de desvio de poder, por conta de pretensa diluição injustificada, não abrangendo em momento algum a falta de publicação de fato relevante ou a falta de comunicação à CVM;
- iv. chamar alguém a se defender sobre fatos ocorridos há mais de 5 anos, quando a obrigação de manter documentos se limita a esse prazo, atenta contra o princípio da ampla defesa;
- v. o processo pelo qual passou o BESC era público e notório, sendo objeto de ampla divulgação pela imprensa e acompanhamento pelos órgãos fiscalizadores;
- vi. a assembléia geral da companhia foi convocada pela imprensa no segundo dia útil após a reunião do conselho de administração que decidiu pela propositura do aumento de capital;
- vii. o edital de convocação da assembléia continha todos os dados que deveriam ser reproduzidos em fato relevante;
- viii. na medida em que foi assegurado a um só tempo o mesmo nível de informação a todos os agentes do mercado, o objetivo da Instrução CVM nº 31/84 foi atingido;
- ix. a imprensa também deu ampla cobertura à informação, não se justificando, por conseguinte, a publicação de fato relevante;
- x. a própria Deliberação CVM nº 234 estabelece no inciso VI que "a companhia ficará sujeita à multa diária de R\$100,00 (cem reais) por dia de atraso na apresentação de cada formulário", daí se inferindo que somente a companhia pode ser sancionada pela infração;
- xi. mesmo que fosse possível desprezar essa conclusão, não haveria como sancionar o acusado porque nem a norma nem o estatuto da companhia atribuía a ele a obrigação de encaminhar o formulário;
- xii. no processo administrativo punitivo não cabe responsabilidade solidária nem coletiva, exigindo-se a demonstração de culpa;
- xiii. o acusado se desligou do BESC na manhã do dia 15 de agosto de 2000, quando vencia o prazo para a remessa das informações à CVM; e
- xiv. a informação do aumento de capital já havia sido transmitida oficialmente à CVM de várias outras formas.

7.3 Carlos Eduardo Ferreira, Hélio César Gama do Nascimento, Arnaldo Ferreira dos Santos e José Lúcio Borini apresentaram as seguintes razões de defesa, além daquelas já apresentadas por Marcos Antônio Moser:

- i. o memorando interno de 4 de agosto de 2003 só pode ser considerado ato inequívoco de interrupção da prescrição em relação aos fatos mencionados nas denúncias e que serviram de motivo para a abertura de inquérito;
- ii. a obrigatoriedade de divulgar fato relevante, à época, segundo a Instrução CVM nº 31/84, era do diretor de relações com o mercado;
- iii. em 4 de janeiro de 1999, o conselho de administração elegeu o acusado Marcos Antônio Moser para ocupar cargo na diretoria, conferindo-lhe expressamente a função de relações com o mercado;
- iv. os acusados não podem responder solidariamente pelos fatos que lhe são imputados, porquanto a competência é privativa do diretor de relações com o mercado;
- v. sendo obrigatória a existência de um diretor de relações com o mercado, a menção expressa no estatuto é irrelevante;
- vi. os autos não provam que houve conivência ou negligência dos acusados ou de que, tendo conhecimento dos fatos mencionados no relatório, deixaram de agir para evitá-los;
- vii. a verdade é que os acusados desconheciam inteiramente os fatos, descobertos acidentalmente em 2006 no processo investigatório instaurado para apurar outras irregularidades; e
- viii. a acusação de que os formulários referentes ao aumento de capital não foram apresentados é irregularidade formal insignificante, uma vez que as informações foram prestadas, embora não sob a forma de formulários.

É o relatório.

VOTO

1. Prescrição

1.1 Inicialmente, é preciso reconhecer que todas as infrações imputadas aos indiciados encontram-se prescritas. Não há como concluir o contrário à luz do disposto nos artigos 1º e 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999:

"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.

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;"

1.2 Segundo o art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.873/99, interrompe-se a prescrição "por qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato". Por fato, neste contexto, devemos entender cada irregularidade específica imputada aos acusados.

1.3 Embora a CVM tenha começado a investigar o aumento de capital do BESC dentro dos 5 anos previstos em lei, como demonstra o Memo SEP/GEA-1/Nº 20/2003 (fls. 346 a 392), as irregularidades específicas imputadas aos acusados só foram investigadas após o término desse prazo.

1.4 Com efeito, o Memo SEP/GEA-1/Nº 20/2003 trata apenas dos seguintes tópicos: (a) ajustes indevidos nas demonstrações financeiras, (b) realização de aumento de capital desnecessário; (c) diluição injustificada dos acionistas minoritários; e (d) não-realização de oferta pública obrigatória. Como já relatei, estas investigações foram arquivadas pela comissão de inquérito.

5. Examinando os autos, percebemos que o Memo GFE-5/Nº 19/2005 e os Ofícios CVM/SFI/GFE-5/Nº 26/2006 e 27/2006 são os primeiros atos inequívocos de apuração das três infrações que hoje julgamos – (a) não-convocação dos membros do conselho fiscal, (b) não-divulgação de fato relevante e (c) não-comunicação de informações à CVM (fls. 1475 e 1598 a 1601).

1.6 Pois bem. Na data em que esses documentos foram expedidos: 30 de novembro de 2005, 23 de maio de 2006 e 23 de maio de 2006, respectivamente – já haviam se passado mais de 5 anos das três irregularidades apontadas, que ocorreram entre junho e agosto de 2000. Portanto, a prescrição não foi interrompida a tempo.

1.7 Não nos adianta sustentar, sequer, que a não-divulgação de fato relevante e a não-comunicação de informações à CVM são infrações de caráter permanente ou continuado, cujo prazo prescricional só se inicia com a interrupção da prática. Este argumento é procedente, mas inaplicável ao caso em exame.

1.8 Divulgar ou comunicar uma informação ao mercado ou à CVM deixa de fazer sentido depois de uma certa data, seja porque os prejuízos já se materializaram, seja por que a informação perdeu a relevância. No momento em que isso ocorre, a infração administrativa de caráter continuado cessa, tendo início a contagem do prazo prescricional.

1.9 Determinar esse momento com precisão nem sempre é fácil. Felizmente, o caso em exame facilita nossa tarefa. Com efeito, as infrações dessa natureza que hoje julgamos estariam prescritas ainda que iniciássemos a contagem do prazo prescricional 4 meses depois do aumento de capital, data em que – não tenho a menor dúvida – eventuais prejuízos para o mercado já teriam se tornado irreversíveis.

1.10 Concluo, em vista disso, que todas as infrações imputadas aos indiciados se encontram prescritas de acordo com os artigos 1º e 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.873/99. Não obstante, passo à análise do mérito do caso, pois pode haver discordância entre os membros do colegiado a respeito desta preliminar.

2. Convocação do Conselho Fiscal

2.1 O indiciado Antônio Carlos Vieira foi acusado, na qualidade de presidente do conselho de administração do BESC,

por não ter convocado os membros do conselho fiscal para participar da reunião do conselho de administração em que foi apreciada a proposta de aumento de capital.

2.2 A participação dos conselheiros fiscais nessa reunião é obrigatória, segundo dispõe o art. 163 da Lei n.º 6.404/76:

"Art. 163. Compete ao conselho fiscal:

(...)

III – opinar sobre as propostas dos órgãos da administração, a serem submetidas à assembléia geral, relativas a modificação do capital social, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamento de capital, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão ou cisão;

(...)

§3º Os membros do conselho fiscal assistirão às reuniões do conselho de administração, se houver, ou da diretoria, em que se deliberar sobre os assuntos em que devam opinar (nsº II, III e VII)."

2.3 Antes de passarmos à análise dos fatos, precisamos responder a duas questões jurídicas:

- i. O art. 163, § 3º, da Lei n.º 6.404/76 tem como destinatários somente os membros do conselho fiscal ou também os membros dos demais órgãos da administração?
- ii. Uma violação art. 163, §3º, da Lei n.º 6.404/76 deve ensejar a aplicação de penalidades administrativas ou somente sanções na esfera civil?

2.4 No que tange à primeira questão, entendo que a comissão de inquérito interpretou o art. 163, § 3º, de maneira correta. Esse dispositivo tem, obviamente, dois destinatários. De um lado, ele confere aos membros do conselho fiscal a obrigação de participar das reuniões da administração. De outro, ele impõe um dever aos administradores, qual seja, tomar as medidas necessárias para que os membros do conselho fiscal possam desincumbir-se de sua obrigação.

5. Neste sentido, há violação do dispositivo citado não só quando os membros do conselho fiscal deixam de participar da reunião voluntariamente, mas também quando sua participação é de qualquer forma obstada pelos administradores. Isso ocorre, por exemplo, quando os órgãos da administração deixam de comunicar a data e o local da reunião aos conselheiros fiscais.

2.6 Passo à segunda questão: Uma violação ao art. 163, § 3º, da Lei n.º 6.404/76 pode ensejar a punição administrativa dos infratores ou somente sanções civis? Neste ponto, tenho maiores dificuldades com a conclusão da comissão de inquérito. Acho difícil aplicar sanções administrativas ao presidente do conselho de administração do BESC com base neste dispositivo legal.

2.7 A competência dupla atribuída à CVM no regime brasileiro, que abrange não só a legislação do mercado de capitais mas também o direito societário, requer que atuemos com bastante cuidado. Nem sempre será necessário ou eficiente, do ponto de vista da proteção dos investidores e da preservação do mercado de capitais, punir controladores e administradores por inobservância da Lei nº 6.404/76.

2.8 Cabe lembrar que a Lei nº 6.404/76 estabelece regras de direito privado, cuja violação acarreta, em princípio, conseqüências meramente civis. Embora seja possível utilizar estas normas como substrato para punições de direito público, nem todos os dispositivos da legislação societária se prestam a este tipo de apropriação.

2.9 É óbvio que, à luz do art. 11 da Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a CVM pode punir controladores e administradores de companhias abertas por infração à lei das sociedades por ações. É igualmente óbvio, todavia, que a CVM pode e deve deixar de fazê-lo sempre que a punição administrativa for inadequada ou desnecessária para o cumprimento de suas finalidades.

2.10 Transcrevo os dispositivos da lei para que não haja qualquer dúvida:

"Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades: (...)

Art. 4º O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições

previstas na lei para o fim de:

I - estimular a formação de poupanças e a sua aplicação em valores mobiliários;

II - promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais;

III - assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e de balcão;

IV - proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra:

a) emissões irregulares de valores mobiliários;

b) atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários.

c) o uso de informação relevante não divulgada no mercado de valores mobiliários."

2.11 Nesses dispositivos, a lei expressa um binômio clássico do direito administrativo. De um lado, ela confere um poder à CVM, qual seja, o poder de impor penalidades. De outro, ela especifica as finalidades para as quais esse poder deve ser exercido. Ou seja: os poderes conferidos à CVM devem ser utilizados somente para a consecução das finalidades previstas no art. 4º da Lei nº 6.385/76.

2.12 Mas esse binômio não esgota a questão. Há ainda um outro princípio a pautar a atuação da CVM, sobretudo quando ela aplica sanções administrativas. Falo do princípio da proporcionalidade, previsto expressamente no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999:²

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

13. Em uma de suas mais importantes facetas, o princípio da proporcionalidade obriga a administração a perseguir o interesse público da maneira menos gravosa possível para os indivíduos.³ Ou seja: ao tomar uma medida que implique ônus para os cidadãos, o Poder Público deve verificar não apenas se tal medida serve para a consecução de suas finalidades, mas também se ela é necessária para tanto.

2.14. É isso o que prescreve, de forma inequívoca, o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784/99:

"Art. 2º (...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;"

2.15 É certo que, em alguns casos, a CVM precisa punir administradores de companhias abertas para que o mercado funcione corretamente e para que os interesses dos investidores sejam protegidos. Existem casos, porém, em que esses objetivos podem ser atingidos por outros meios menos gravosos, como manifestações de entendimento e sanções civis no âmbito judicial. Em tais situações, a aplicação de penalidades administrativas impõe um ônus desnecessário aos administrados, em desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

2.16 À luz dessas considerações, pergunto: É realmente necessário para a consecução das finalidades da CVM e proporcional para com os administrados encarar qualquer violação ao art. 163, § 3º da Lei nº 6.404/76 como infração administrativa? Ou será que uma violação a esse artigo não seria remediada de maneira adequada e suficiente através do Judiciário, que é capaz de avaliar, inclusive, se os acionistas minoritários foram de fato prejudicados pela infração?

2.17 É claro que, para responder a essas perguntas, precisamos fazer um juízo de valor ou, se preferirem, tomar uma decisão de política regulatória. Todavia, não temos como escapar desse juízo ou decisão. Como a lei nos confere não apenas o poder mas também o dever de julgar, somos obrigados a tomar posição. Pois mesmo se punirmos os acusados, estaremos decidindo, de forma implícita, que a sanção administrativa é uma medida necessária à

consecução de nossas finalidades.

2.18 Em se tratando de uma violação indireta do art. 163, § 3º, reluto em chegar a essa conclusão. Tenho dúvidas de que o interesse público exija que penalizemos os administradores da companhia por não terem convocado os membros do conselho fiscal. A meu ver, os remédios previstos em direito privado são adequados e suficientes para lidar com essa situação.

2.19 Discorro sobre esse tema apenas para oferecer algumas balizas para nossa área técnica, em particular, para ressaltar que nem toda infração à Lei nº 6.404/76 deve ser objeto de um processo administrativo sancionador. Antes de formular uma acusação, a área técnica deve se convencer de que a punição administrativa é uma medida necessária e adequada para a consecução das finalidades elencadas no art. 4º da Lei nº 6.385/76.

2.20 De uma certa forma, as considerações acima são irrelevantes para o caso em exame, pois as provas que constam dos autos não nos permitem condenar os indiciados por violação ao art. 163, § 3º da Lei nº 6.404/76. A única prova de que dispomos é uma ata de reunião do conselho de administração que não menciona a presença dos membros do conselho fiscal. Essa prova me parece insuficiente, por duas razões.

2.21 Primeiro, porque a ausência do registro em ata não é conclusiva, podendo decorrer de um simples lapso do secretário da reunião. Segundo, porque os membros do conselho fiscal podem ter sido informados da reunião e, ainda assim, faltado a ela. De sua ausência, ainda que comprovada, não se poderia inferir, por si só, que o presidente do conselho descumpriu seu dever legal de convocá-los a participar.

22. Note-se que a comissão de inquérito não enviou sequer um ofício aos membros do conselho fiscal perguntando se eles haviam sido convocados para a reunião. Esta providência era indispensável, pois o indiciado afirma, em sua defesa, que os membros do conselho fiscal não só estavam cientes da reunião, como participaram dela.

2.23 Esta afirmação da defesa parece tanto mais verossímil quando verificamos que as atas apontam um intervalo de apenas trinta minutos entre a reunião do conselho de administração e a reunião do conselho fiscal. Tudo indica, portanto, que as reuniões foram realizadas em conjunto, já que havia apenas um item em pauta.

2.24 Concluo, em vista disso, que a acusação não satisfaz o ônus da prova que lhe cabe, pois ainda pairam dúvidas razoáveis a respeito da convocação e também da própria participação dos membros do conselho fiscal na reunião do conselho de administração que decidiu propor o aumento de capital do BESC.

3. Publicação de Fato Relevante

3.1 A segunda imputação diz respeito à não-publicação de fato relevante por ocasião da deliberação do conselho de administração que propôs o aumento de capital do BESC. Analisemos esta imputação por partes.

3.2 Preliminarmente, parece inquestionável que a decisão de aumentar o capital no montante de R\$780 milhões era uma informação relevante, nos termos o art. 1º da Instrução CVM nº 31/84, então vigente:

"Art. 1º - Considera-se fato relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer deliberação da assembléia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ocorrido nos seus negócios que possa influir de modo ponderável:

I – na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta; ou

II – na decisão dos investidores em negociar com aqueles valores mobiliários; ou

III – na determinação de os investidores exercerem quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia."

3. Também não há dúvida de que, ausentes razões para sigilo, tal decisão deveria ser imediatamente divulgada ao mercado por força do disposto no § 4º do art. 157 da Lei nº 6.404/76 e no art. 2º dessa mesma Instrução:

"Lei nº 6.404/76

Art. 157. (...)

§ 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da Assembléia Geral ou dos órgãos

de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia."

"Instrução CVM nº 31/84

Art. 2º - Cumpre aos administradores da companhia aberta comunicar, imediatamente, à CVM e à Bolsa de Valores em que seus valores mobiliários sejam mais negociados, bem como divulgar pela imprensa, ato ou fato relevante ocorrido nos negócios da companhia."

3.4. Se nenhuma informação houvesse sido comunicada à CVM e divulgada pela imprensa, eu não teria dúvida nenhuma em condenar os indiciados. Todavia, o diretor de relações com investidores enviou à CVM, no dia seguinte à reunião do conselho, e publicou na imprensa, no segundo dia útil após a reunião, o edital de convocação de assembléia geral, que incluía informações detalhadas a respeito do aumento de capital (fls. 1754 e 1756).

3.5 O simples fato de que essas informações não foram publicadas com o carimbo de "fato relevante", como é praxe no mercado, não é suficiente para condenar os indiciados. Antes de concluirmos que o art. 157 da Lei nº 6.404/76 foi violado, precisamos ter certeza de que as informações prestadas eram incompletas ou que a forma de divulgação prevista na Instrução CVM nº 31/84 não foi observada.

6. Ora, quando analisamos o edital de convocação e os documentos enviados à CVM, percebemos que as informações disponíveis a respeito do aumento foram prestadas e que a publicação pela imprensa ocorreu na forma prescrita pelo art. 2º da Instrução CVM nº 31/84. Logo, tanto os investidores quanto o regulador foram devidamente informados a respeito do aumento de capital.

3.7 Resta a comunicação à bolsa de valores. Quanto a esta, não existe prova nos autos de que foi feita. Todavia, também inexistente prova do contrário. A comissão de inquérito não perguntou à companhia, nem à bolsa de valores, se os mesmos documentos enviados à CVM haviam sido encaminhados à bolsa, como prescreve o art. 2º da Instrução CVM nº 31/84. Por ausência de provas, então, concluiu pela absolvição dos indiciados.

4. Deliberação CVM nº 234/97

4.1 A Comissão de Inquérito também acusou os indiciados pela não-apresentação à CVM do formulário "aumento de capital por subscrição particular", no prazo de 3 dias após o encerramento da subscrição, conforme exigido pela Deliberação CVM nº 234/97:

I – Tornar obrigatória a apresentação dos formulários "aumento de capital por subscrição particular" e "subscrição particular de debêntures", anexos à presente Deliberação, a partir de janeiro de 1998, inclusive.

II – Os formulários deverão ser apresentados até o terceiro dia útil após o encerramento da subscrição."

4.2 A acusação foi formulada com base em resposta dada pela área de registros da CVM de que o formulário em questão não foi digitado em nossos sistemas eletrônicos. Todavia, a própria área de registros ressaltou, em comunicação interna, que não era possível ter certeza de que o formulário não havia sido entregue em papel ou disquete.

4.3 Essa dúvida foi eliminada posteriormente por um dos indiciados, que reconheceu, em correspondência à CVM, que o formulário não fora apresentado (fls. 1747). Entretanto, o indiciado alega e demonstra documentalmente que todas as informações exigidas no formulário constavam de diversos documentos entregues à CVM (fls. 1747 a 1785).

4.4 Isoladamente, essa alegação não pode prosperar. É claro que a CVM tem o poder de determinar a forma em que as informações que lhe interessam devem ser prestadas. E os administrados devem cumprir essa determinação, sob pena de inviabilizarem o trabalho desta autarquia. Isoladamente, portanto, a prestação de informações por outros meios não isenta os infratores.

4.5 Contudo, este argumento da defesa ganha mais força quando o analisamos em conjunto com outra alegação. A defesa argumenta, com perspicácia, que a CVM não poderia punir os administradores pela infração, pois o inciso VI da Deliberação CVM nº 234/97 prevê não só a sanção para o caso de descumprimento da norma – multa diária de R\$100,00 por dia de atraso – como a quem esta sanção deve ser aplicada – a companhia.

4.6 Vale a pena transcrever o dispositivo em questão:

"VI - A companhia ficará sujeita à multa diária de R\$100,00 (cem reais) por dia de atraso na apresentação de cada formulário."

4.7 Isoladamente, eu também não aceitaria essa alegação. Desde o Parecer CVM/SJU/nº19/79, a CVM reconhece que a multa diária é apenas um mecanismo destinado a coibir atrasos no cumprimento de obrigações. Quando uma norma da CVM utiliza tal mecanismo, ela não impede a aplicação das penalidades previstas no art. 11 da Lei nº 6.385/76, que podem ser impostas tão logo o atraso que se pretende evitar se torne insanável.

4.8 Portanto, a CVM pode, em tese, punir administradores por descumprimento da Deliberação CVM nº 234/97. Apenas não acho adequado que isso seja feito no caso em exame. E não porque a mora ainda seja sanável, mas porque as informações exigidas foram prestadas de forma equivocada sem que a CVM tivesse aplicado multa diária à companhia. Ou seja, os acusados prestaram as informações irregularmente, mas a CVM não os obrigou a corrigir o erro.

9. Agindo de boa-fé, os acusados presumiram que a CVM estava satisfeita com as informações apresentadas, ainda que as formalidades da Deliberação nº 234/97 não houvessem sido cumpridas. Se os puníssemos agora, estaríamos desrespeitando o art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 9.784/99, que nos obriga a levar em conta a boa-fé dos indiciados.

4.10 Transcrevo esse dispositivo e, com ele, encerro meu voto:

"Art. 2º (...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;"

5. **Conclusão**

5.1 Ante o exposto, voto pelo acolhimento da preliminar de prescrição e, no mérito, pela absolvição dos acusados de todas as infrações a eles imputadas.

É como voto.

Rio de Janeiro, 2 de outubro de 2007.

Marcos Barbosa Pinto

DIRETOR-RELATOR

1 Além dos fatos narrados na denúncia e das irregularidades relatadas abaixo, que foram objeto de acusação, a comissão de inquérito investigou outras possíveis infrações durante o processo de aumento de capital do BESC, a saber: infração a normas contábeis, não-realização de oferta pública obrigatória e atraso na publicação de demonstrações financeiras. Todas essas investigações foram arquivadas.

2 Sobre esse princípio, MENDES, Gilmar Ferreira. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ, v. 1, nº 5. O princípio da proporcionalidade vem sendo aplicado com relativa frequência pelo Supremo Tribunal Federal, como demonstram os seguintes julgados: **ADI-MC nº 1407/DF**. Julgada em 7.3.1996 e **ADC-MC nº 9**. Julgada em 13.12.2001. Também aqui, no colegiado da CVM, o princípio já foi discutido, e.g. **Proc. RJ 2004/2618**. Julgado em 25.10.2004; **Proc. RJ 2002/4932**. Julgado em 21.10.2002; **Proc. RJ 2001/11505**. Julgado em 30.8.2002.

3 Esse aspecto do princípio da proporcionalidade é chamado exigibilidade ou necessidade, "que coloca a tônica na idéia de que o cidadão *terdireito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão." CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1999, p. 264.

Acusados: Antônio Carlos Vieira
Arnaldo Ferreira dos Santos
Carlos Eduardo Ferreira
Hélio César Gama do Nascimento
José Lúcio Borini
Marcos Antônio Moser

Ementa: Não proceder à publicação de fato relevante quando da deliberação pelo conselho de administração de aumento de capital. Absoluções.

Não apresentar à CVM as informações referentes ao aumento de capital deliberado em assembléia. Absoluções.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, por unanimidade de votos, decidiu acolher a preliminar de prescrição e, no mérito, absolver os acusados de todas as infrações a eles imputadas.

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

Presente a procuradora Lina Maria Continelli, representante da Procuradoria-Federal Especializada da CVM.

Presente o advogado Luiz Alfredo Ribeiro da Silva Paulin, representante do acusado Marcos Antônio Moser.

Ausentes os demais acusados, bem como seus advogados.

Presentes os Diretores Marcos Barbosa Pinto, Relator, Durval Soledade, Eli Loria, Sergio Weguelin e a Presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana, que presidiu a sessão.

Rio de Janeiro, 02 de outubro de 2007.

Marcos Barbosa Pinto

DIRETOR-RELATOR

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

PRESIDENTE DA SESSÃO DE JULGAMENTO

Voto proferido pelo Diretor Eli Loria na Sessão de Julgamento

do Processo Administrativo Sancionador CVM Nº 23/05

realizada no dia 2 de outubro de 2007.

Esclareço, de plano, que concordo com o voto proferido pelo Diretor-Relator quanto à absolvição de todos os indiciados com relação às infrações imputadas no âmbito desse processo sancionador.

No entanto, discordo do Diretor-Relator quando ele conclui não ser necessário, nem para a consecução das finalidades da CVM nem para atender ao princípio da proporcionalidade, encarar como infração administrativa qualquer violação ao disposto no art. 163, § 3º, da Lei nº 6.404/76.

No meu entender, uma vez que, em um caso determinado, a infração ao descrito no referido artigo esteja caracterizada, envolvendo culpa própria, concreta e individual do indiciado, cabe aplicação de penalidade pela CVM; pois, à luz dos artigos 11 e 4º, III, alínea "c", da Lei nº 6.385/76, dispositivos já citados pelo próprio Senhor Diretor-Relator, a Autarquia pode impor penalidades aos infratores da Lei das Sociedades por Ações a fim de proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra atos ilegais de administradores e acionistas

controladores das companhias abertas.

Assim, penso que a violação do art. 163, § 3º, da Lei nº 6.404/76 deve ser vista como infração administrativa e deve ser passível de punição pela CVM, atendidos os requisitos acima descritos, ainda que o Poder Judiciário também tenha remédios adequados para lidar com a situação.

Rio de Janeiro, 02 de outubro de 2007.

Eli Loria

DIRETOR

**Voto proferido pelo Diretor Durval Soledade na Sessão de Julgamento
do Processo Administrativo Sancionador CVM Nº 23/05
realizada no dia 2 de outubro de 2007.**

Eu acompanho o voto do Relator, senhora presidente, com o adendo feito pelo Diretor Eli Loria.

Durval Soledade

DIRETOR

**Voto proferido pelo Diretor Sergio Weguelin na Sessão de Julgamento
do Processo Administrativo Sancionador CVM Nº 23/05
realizada no dia 2 de outubro de 2007.**

Eu também acompanho voto do Relator, senhora Presidente, com a ressalva feita pelo Diretor Eli Loria.

Sergio Weguelin

DIRETOR

**Voto proferido pela Presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana, na Sessão de
Julgamento do Processo Administrativo Sancionador
CVM nº 23/05 realizada no dia 2 de outubro de 2007.**

Eu acompanho o voto do diretor-relator e quero deixar registrado que, embora não necessariamente produza efeitos para o presente caso, também concordo com a orientação do relator, que reputo sábia, dirigida à área técnica desta Comissão no sentido de que a mesma deve, antes de formular uma acusação, se convencer de que a punição é uma medida necessária e adequada para a consecução das finalidades relacionadas no art. 4º da Lei nº 6.385/76.

Entendo que estamos respaldados para agir dessa forma, na medida em que a atuação da CVM foi oficialmente autorizada a se conduzir com base na supervisão baseada em risco, numa política que avalie risco e resultado na hora de decidir as medidas e adotá-las, em quaisquer das suas esferas.

Mas entendo que, no presente caso, se a acusação fosse válida, com a devida comprovação e identificação do responsável, seria o caso, sim, de se punir o responsável. Dessa forma, acompanho a ressalva feita pelo diretor Eli Loria e, feitas as observações, proclamo o resultado do julgamento, em que o Colegiado, por unanimidade de votos, decidiu pela absolvição dos acusados, ressaltando que a CVM oferecerá recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional em virtude das absolvições proferidas.

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

PRESIDENTE

