

EXTRATO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
CVM nº RJ2017/2225

- Acusados:** Nelson Marcelino
Paulo Celso Bertero
Transamérica Comercial e Serviços Ltda.
- Ementa:** Oferta pública de valores mobiliários em contratos de investimento coletivo relacionados a empreendimento hoteleiro sem a obtenção, ou dispensa, de registro na CVM. 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, com fulcro no art. 11 da Lei nº 6.385/76, decidiu absolver Nelson Marcelino, Paulo Celso Bertero e a Transamérica Comercial e Serviços Ltda. da imputação de realização de oferta pública de valores mobiliários sem o devido registro, ou dispensa de registro, na CVM, em suposta infração ao art. 19 da Lei nº 6.385/76 e aos artigos 2º e 4º da Instrução CVM nº 400/03.

Presentes os advogados Alex Hatanaka e Camila Rozzo Maruyama, representantes dos três acusados.

Presente a procuradora Luciana Dayer, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Participaram da Sessão de Julgamento os Diretores Gustavo Machado Gonzalez, Relator, Gustavo Borba, Henrique Balduino Machado Moreira, Pablo Renteria e o Presidente da CVM, Marcelo Barbosa, que presidiu a Sessão.

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2018.

Gustavo Machado Gonzalez
Diretor-Relator

Marcelo Barbosa
Presidente da Sessão de Julgamento

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2017/2225
(Processo Eletrônico nº 19957.004522/2017-66)

Acusados: Transamérica Comercial e Serviços Ltda.
Paulo Celso Bertero
Nelson Marcelino

Assunto: Apurar a eventual responsabilidade do operador hoteleiro e de seus administradores por realização de oferta de valores mobiliários de condo-hotéis sem a obtenção do registro previsto no art. 19 da Lei nº 6.385/76 e no art. 2º da Instrução CVM nº 400/2003 e sem a dispensa prevista no inciso I do §5º do art. 19 da Lei nº 6.385/76 e no art. 4º da Instrução CVM nº 400/2003.

Relator: Diretor Gustavo Machado Gonzalez

RELATÓRIO

I. OBJETO.

1. Este Processo Administrativo Sancionador foi instaurado pela Superintendência de Registros de Valores Mobiliários ("SRE") para apurar eventuais irregularidades na realização de oferta pública de contratos de investimento coletivo relacionados ao empreendimento Transamérica Executive Campos, também denominado Condomínio America Hotel & Residence Service ("Empreendimento").

2. Em 17.07.2018, a incorporadora do Empreendimento e seus administradores celebraram termo de compromisso, remanescendo, portanto, apenas a acusação contra a Transamérica Comercial e Serviços Ltda. ("TCS" ou "Operadora Hoteleira") e dos seus administradores Paulo Celso Bertero ("Paulo Bertero") e Nelson Marcelino (em conjunto com TCS e Paulo Bertero, "Acusados"), acusados de violação ao disposto no artigo 19 da Lei nº 6.385/1976 e no artigo 2º da Instrução CVM nº 400/2003, e ao disposto no inciso I do §5º do artigo 19 da Lei nº 6.385/1976 e no artigo 4º da Instrução CVM nº 400/2003, conforme responsabilidade prevista no artigo 56-B da Instrução CVM nº 400/2003, sendo considerada infração grave nos termos do inciso II do artigo 59 da Instrução CVM nº 400/2003.

3. Em resumo, as acusações formuladas se referem à realização de oferta de valores mobiliários sem obtenção e dispensa do registro.

II. ORIGEM E FATOS.

4. Este processo teve origem no Processo RJ2014/10299, que investigou indícios de oferta pública irregular de contratos de investimento coletivos ("CIC") relacionados ao Empreendimento através de materiais de divulgação, em inobservância ao disposto no artigo 19 da Lei nº 6.385/1976.

5. De acordo com a acusação, os CIC foram ofertados publicamente, inclusive por meio de site na internet, sem a prévia obtenção de registro ou de dispensa de registro para a referida oferta.

6. Em 02.08.2016, a TCS foi intimada a prestar informações¹. Em resposta datada de 26.09.2016², a Operadora Hoteleira afirmou que "a construção e a comercialização de unidades imobiliárias representam o cerne das atividades desempenhadas pelo incorporador, ao passo que a operadora hoteleira tende a atuar em um estágio posterior, já operacional, de administração do empreendimento propriamente dito".

7. Paulo Bertero e Nelson Marcelino, na qualidade de administradores da Transamérica Flats Ltda., foram intimados a prestar informações em 14.02.2017³. Na ocasião, informaram que a sociedade havia sido incorporada pela TCS em 30.01.2015 e reafirmaram as informações prestadas pela Operadora Hoteleira.

III. ACUSAÇÃO.

8. A partir do exame dos documentos da oferta, a SRE analisou a proposta de investimento a fim de observar a existência das características de valores mobiliários, conforme previsão do artigo 2º, IX, da Lei nº 6.385/1976, que dispõe:

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

(...)

IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

9. Nesse sentido, a área técnica entendeu que “como existe investimento, como o investimento está formalizado em contrato, como o investimento é coletivo, como foi oferecida remuneração aos investidores, como a remuneração tem origem no esforço do empreendedor ou de terceiros e como o contrato foi oferecido publicamente, o investimento no empreendimento Transamérica Executive Campos constitui contrato de investimento coletivo previsto no inciso IX, do art. 2º da Lei nº 6.385/76, sendo, portanto, valor mobiliário”.

10. Não obstante, a área assinala que 257 unidades do Empreendimento foram comercializadas após o Alerta ao Mercado de 12.12.2013⁴ sem que a oferta houvesse sido registrada na CVM ou obtido a dispensa de registro.

11. A Acusação concluiu que a responsabilidade pela realização de oferta pública de valores mobiliários sem o registro previsto no artigo 19 da Lei nº 6.385/1976 e no artigo 2º da Instrução CVM nº 400/2003 deveria recair sobre a incorporadora, a TCS e seus respectivos administradores.

12. A autoria da Transamérica Flats Ltda. decorreria de sua posição como operadora hoteleira do Empreendimento, que aparece como sócia ostensiva no contrato de constituição de sociedade em conta de participação (“SCP”), razão pela qual sua sucessora, a TSC, foi acusada.

13. Ainda, o artigo 56-B da Instrução CVM nº 400/2003 dispõe que os administradores dos ofertantes, dentro de suas competências legais e estatutárias, são responsáveis pelo cumprimento das obrigações impostas pela referida instrução. Dessa forma, Paulo Bertero e Nelson Marcelino, diretores da TCS e signatários do SCP, foram acusados por descumprir a referida instrução ao não obterem o registro previsto em seu artigo 2º ou a dispensa do registro prevista em seu artigo 4º antes de iniciar a oferta de CIC.

14. Por todo o exposto a SRE propôs responsabilizar os Acusados pela realização de oferta de valores mobiliários sem a obtenção do registro previsto no artigo 19 da Lei nº 6.385/1976 e no artigo 2º da Instrução CVM nº 400/2003 e sem a dispensa prevista no inciso I do § 5º do artigo 19 da Lei nº 6.385/1976 e no artigo 4º da Instrução CVM nº 400/2003, o que é considerado infração grave nos termos do inciso II do artigo 59 da mesma instrução.

15. Por fim, tendo em vista os indícios de crime de ação penal pública, a Acusação sugeriu o envio de comunicação ao Ministério Público Federal.

IV. MANIFESTAÇÃO DA PFE.

16. Em 21.06.2017, a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM (“PFE”) entendeu que a peça acusatória preenchia os requisitos constantes dos artigos 6º e 11 da Deliberação CVM nº 538/2008, ressaltando somente a existência de erro material no Termo de Acusação, posteriormente corrigido pela SRE.

17. Por fim, a PFE recomendou o envio de comunicação ao Ministério Público Federal em Campos dos Goytacazes, no Rio de Janeiro, em função da existência de indícios de prática de crime de ação penal pública.

V. DEFESA.

18. Em 11.12.2017, Transamérica Comercial e Serviços Ltda., Nelson Marcelino e Paulo Bertero apresentaram defesa conjunta⁵.

19. A defesa afirma que a TCS era apenas a administradora condominial e operadora hoteleira do Empreendimento, de modo que não era responsável pela venda das unidades autônomas.

20. Por esse motivo, o Termo de Acusação não teria conseguido demonstrar quais condutas específicas dos defendentes justificariam a imposição de qualquer sanção. Diante da ausência de individualização da conduta dos defendentes, a Acusação não poderia prosperar.

21. Ademais, alega a defesa que, no âmbito de processos administrativos sancionadores, o direito brasileiro adota a responsabilidade subjetiva, ou seja, a condenação depende de prova de culpa ou dolo, não tendo sido comprovada a conduta dolosa ou culposa dos defendentes, em especial de Nelson Marcelino e Paulo Bertero.

22. No mérito, a defesa afirma que a venda das unidades autônomas não caracterizava oferta de valor mobiliário, pois era atividade regulada pelo artigo 28 da Lei de Incorporações Imobiliárias, que estabelece rito próprio de registro.

23. Diferentemente dos valores mobiliários, as unidades autônomas do Empreendimento garantiriam ao investidor um direito de natureza real sobre o ativo adquirido, não existindo o risco de o investimento "simplesmente desaparecer".

24. A defesa alega, ainda, que os Acusados estariam incorrendo no chamado erro de proibição, por acreditarem estar agindo licitamente, sem conhecer a interpretação da lei que proibiria a conduta.

25. Nesse sentido, os defendentes afirmam que a interpretação da CVM de que os contratos coletivos de empreendimentos hoteleiros poderiam ser considerados valores mobiliários só foi estruturada em 2015, quando da publicação da Deliberação CVM nº 734/2015. Dessa forma, tal interpretação não poderia ser aplicada no presente caso, pois as vendas das unidades autônomas ocorreram em setembro de 2014.

26. Por todo o exposto, os defendentes requerem, preliminarmente, a extinção do processo por serem partes ilegítimas e, no mérito, que sejam julgadas improcedentes as acusações formuladas pela SRE.

27. Por fim, os Defendentes requerem a "produção de todos os tipos de prova admitidos em direito".

VII. DISTRIBUIÇÃO DO PROCESSO.

28. Em reunião do Colegiado ocorrida no dia 15.02.2018, fui sorteado relator deste processo.

É o relatório.

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2018

Gustavo Machado Gonzalez
Diretor-Relator

¹ Ofício/CVM/SRE/nº 179/2016 (fls. 275 e 276).

² Folhas 277 a 279.

³ Ofício nº 23/2017/CVM/SRE/GER-3 (fls. 287 e 288).

⁴ O referido Alerta ao Mercado participava a interpretação da CVM de que as ofertas públicas de investimentos em empreendimentos imobiliários que garantissem direito de participação nos resultados e, que não fossem previamente registradas na CVM, eram irregulares.

⁵ Documento SEI nº 0407900.

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2017/2225

(Processo Eletrônico nº 19957.004522/2017-66)

Acusados: Transamérica Comercial e Serviços Ltda.
Paulo Celso Bertero
Nelson Marcelino

Assunto: apurar a eventual responsabilidade da operadora hoteleira e dos seus administradores por realização de oferta de valores mobiliários de condo-hotéis sem a obtenção do registro previsto no art. 19 da Lei nº 6.385/76 e no art. 2º da Instrução CVM nº 400/2003 e sem a dispensa prevista no inciso I do §5º do art. 19 da Lei nº 6.385/76 e no art. 4º da Instrução CVM nº 400/2003.

Relator: Diretor Gustavo Machado Gonzalez

VOTO

I. Introdução.

1. Neste Processo Administrativo Sancionador, julgamos a responsabilidade de uma operadora hoteleira e dos seus administradores por uma oferta pública irregular de contratos de investimento coletivo hoteleiros, os chamados condo-hotéis.

2. A incorporadora e os seus administradores também foram acusados pela SRE¹, mas, apresentaram proposta de termo de compromisso, que foi aprovada pelo Colegiado, fazendo com que o processo fosse suspenso em relação a eles.

3. A responsabilidade da operadora hoteleira é matéria ainda não examinada pela CVM em sede de Processo Administrativo Sancionador, uma vez que, nos precedentes², as coisas transcorreram de modo oposto ao relatado: lá, apenas a operadora hoteleira propôs termo de compromisso, razão pela qual os casos já examinados cuidaram, somente, das condutas da incorporadora e do seu administrador.

4. Por tal motivo, este caso se apresenta como uma boa oportunidade para revisitarmos, com um escopo mais delimitado e um foco ligeiramente diferente, a forma como a CVM vem regulando as ofertas de contratos de investimento coletivo referentes a empreendimentos hoteleiros, os chamados condo-hotéis.

II. Pedido (genérico) de produção de provas.

5. Antes de passar ao exame do mérito, rejeito o pedido feito ao final da defesa para todos os tipos de prova admitidos em direito". O referido pedido foi claramente feito de forma genérica, sem a especificação e fundamentação necessárias, razão pela qual o indefiro, nos termos do art. 19 da Deliberação CVM nº 538/2008 e do art. 38, §2º, da Lei nº 9.874/99.

III. O papel dos operadores hoteleiros nas ofertas de distribuição pública de contratos de investimento coletivo hoteleiros.

6. Em benefício da síntese, não irei aqui me estender na discussão acerca da caracterização do condo-hotel como um contrato de investimento coletivo e da consequente necessidade de que as ofertas públicas de distribuição de tais contratos sejam feitas de acordo com as disposições da Lei nº 6.385/76 e dos normativos e pronunciamentos editados pela CVM. Sobre o assunto, reporto-me às decisões deste Colegiado nos precedentes acima mencionados.

7. Os fatos aqui analisados são, em seus aspectos nucleares, bastante similares aos dos precedentes. Assim como nos casos já examinados, a realização de oferta pública irregular encontra-se, a meu ver, bem caracterizada nos autos.

8. Difere, contudo, o papel desempenhado pelos acusados nas ofertas públicas irregulares tratadas neste caso e nos precedentes. Lá, como visto, se discutiu a responsabilidade do incorporador imobiliário; aqui, examina-se a da operadora hoteleira. Pelos motivos que declinarei a seguir, entendo que tal diferença impõe que, a despeito das similitudes factuais, cheguemos ao veredicto oposto ao dos precedentes.

9. Os operadores hoteleiros desempenham um papel-chave para o sucesso dos empreendimentos hoteleiros, pois são responsáveis pela administração do negócio quando em funcionamento. Por tal motivo, também cumprem uma função importante nas ofertas de contrato de investimento coletivo relacionados a esses empreendimentos, uma vez que o público investidor necessita de informações que lhe permitam, por exemplo, analisar a experiência daquele que irá administrar o hotel e as condições pelas quais a operadora hoteleira irá prestar o serviço de administração do condomínio e exploração hoteleira.

10. Não obstante, as atividades ordinariamente desempenhadas pelos operadores hoteleiros no contexto de uma oferta de condo-hotel não correspondem a verdadeiros atos de distribuição³. Consequentemente, parece-me de todo inadequado condenar uma operadora hoteleira que se limitou a exercer as atribuições que lhe são próprias por uma oferta de distribuição de valores mobiliários realizada de forma irregular.

11. É importante ressaltar, contudo, que as manifestações anteriores da CVM, que buscaram organizar um processo para a regular realização de ofertas de distribuição de cotas de condo-hotel, mediante dispensa de registro, atribuíam à operadora hoteleira o status de co-ofertante⁴. Essa opção, é importante que se diga, foi discutida com o mercado e, em certa medida, buscou atender a uma demanda dos próprios operadores hoteleiros, que pretendiam ter reconhecido um papel que lhe conferisse legitimidade para interferir no processo de elaboração dos documentos da oferta.

12. Esse breve esclarecimento é importante, em primeiro lugar, para esclarecer a razão pela qual as deliberações anteriormente editadas pela CVM davam às operadoras

hoteleiras o status de ofertante. Ademais, elucida as razões pelas quais a área técnica as vinha incluindo, bem como seus administradores, no rol de acusados nos processos sancionadores que instruiu até o momento para apurar responsabilidades por ofertas irregulares de condo-hotéis.

13. Ressalto, contudo, que, ao menos desde 2017, o Colegiado vem reconhecendo os diferentes papéis desempenhados pelas incorporadoras e pelos operadores hoteleiros nas distribuições públicas de CIC hoteleiro em casos de *stop orders* decorrentes da oferta irregular desses valores mobiliários. Assim, em mais de uma oportunidade, restou decidido que os operadores não deveriam ser incluídos nas *stop orders*, salvo se existissem indícios de que esses estavam efetivamente participando da oferta irregular⁵.

14. A experiência acumulada ao longo dos últimos anos demonstrou, portanto, que essa opção não foi a mais adequada. Um regime mais equilibrado deve, por um lado, obrigar a operadora hoteleira a colaborar no processo de elaboração dos documentos da oferta de distribuição pública dos condo-hotéis que for gerir, sem, contudo, lhe atribuir as responsabilidades que, a rigor, cabem apenas àqueles que, efetivamente, atuam na distribuição pública dos valores mobiliários.

15. Nesse sentido, a recém-editada Instrução CVM nº 602/2018, que dispõe sobre a oferta pública de distribuição de contratos de investimento coletivo hoteleiro, define como ofertante “a sociedade incorporadora ou qualquer outra pessoa que realize atos de distribuição pública de CIC hoteleiro” (art. 2º, II). Assim, a operadora hoteleira não é, a princípio, considerada ofertante, ao menos que venha a praticar ato de distribuição. De acordo com o Relatório da Audiência Pública:

“[O]fertante é aquele que, de fato, realiza esforços de distribuição do CIC hoteleiro. De ordinário, é a sociedade incorporadora que desempenha esse papel, embora seja possível, a depender das circunstâncias do caso, que outra pessoa venha a ser ofertante (e.g., aquele que permuta o terreno por CIC hoteleiros que são, em seguida, distribuídos publicamente). Diante disso, a Minuta passou a definir Ofertante como ‘a sociedade incorporadora, ou qualquer outra pessoa, que realize atos de distribuição pública de CIC hoteleiro’.

Com relação especificamente à operadora hoteleira, a CVM reconhece, inclusive em virtude da experiência acumulada nas suas rotinas de supervisão, que ela, usualmente, não é a responsável pelos esforços de venda dos CIC hoteleiros e, por consequência, não se enquadra no conceito de ofertante. Nada obstante, dada a sua importância para o empreendimento hoteleiro, a operadora deverá, nos termos da Minuta, atestar que considera corretas as informações que serão prestadas ao público durante a oferta.”

16. Note-se que a Instrução CVM nº 602/2018 não ignora a importância da participação da operadora hoteleira no processo de elaboração dos documentos que serão utilizados na oferta pública de CIC hoteleiro. Por esse motivo, a nova norma, ao mesmo tempo em que diferencia os atos desempenhados pela operadora hoteleira dos atos de distribuição, exige que a operadora revise o Prospecto e o Estudo de Viabilidade Econômica e Financeira e declare que as informações fornecidas nesses documentos, especificamente relacionadas ao empreendimento hoteleiro e aos riscos a ele associados, são verdadeiras, consistentes, corretas e suficientes, permitindo aos investidores uma tomada de decisão fundamentada a respeito da oferta (art. 6º, VI e Anexo 6-VI).

IV. Conclusão.

17. No caso em tela, não existe qualquer indicação de que a Transamérica Flats Ltda., sociedade incorporada pela TCS, tenha praticado qualquer ato de distribuição na oferta pública irregular dos CICs hoteleiros relacionados ao Empreendimento.

18. A toda evidência, o simples fato de a CVM ter, em manifestações anteriores, dado aos operadores hoteleiros o status de ofertante não é suficiente para condenar a operadora hoteleira e, conseqüentemente, os seus diretores.

19. Ainda que assim não fosse, fato é que, como visto acima, a Instrução CVM nº 602/2018 alterou a definição de ofertantes nas ofertas públicas de CIC Hoteleiro, que hoje inclui apenas aqueles que realizem atos de distribuição pública. Por tal motivo, deve-se reconhecer também a extinção da punibilidade por retroatividade de norma punitiva mais benéfica, à luz do princípio da retroatividade da lei mais favorável, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal.

20. Diante desse fato e por todo o exposto, voto pela absolvição de todos os acusados.

É como voto.

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2018.

Gustavo Machado Gonzalez
Diretor-Relator

¹ Os termos iniciados em letra maiúscula utilizados neste voto e que não estiverem aqui definidos têm o significado que lhes foi atribuído no relatório.

² Processo Administrativo Sancionador CVM SEI nº 19957.0003266/2017-90 e Processo Administrativo Sancionador CVM SEI nº 19957.008081/2016-91, Diretor-Relator Gustavo Borba, julgado em 07.08.2018.

³ Sobre o conceito de ato de distribuição, conforme o art. 19, §1º, da Lei nº 6.385/76, e o art. 3º da Instrução CVM nº 400/2003.

⁴ V. item I, "a" da Deliberação CVM nº 734/2015, que regulava as ofertas de condo-hotel até a edição da Instrução CVM nº 602/2018: "Para fins desta Deliberação, consideram-se: a) ofertantes: a sociedade administradora do empreendimento hoteleiro em conjunto com a sociedade incorporadora ou, na falta desta, a sociedade responsável pela oferta das partes ideais do condomínio geral; (...)".

⁵ V. Processo CVM nº SEI 19957.006895/2017-71 e Processo CVM nº SEI 19957.009101/2017-21, analisados respectivamente em 29.08.2017 e 19.09.2017.