

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2018.

À

**COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM)**

Superintendência de Desenvolvimento de Mercado

Rua Sete de Setembro, nº 111, 23o andar

Centro, Rio de Janeiro/RJ

CEP 20050-901

**Att.:** Ilmo. Sr. Antônio Carlos Berwanger  
Superintendente de Desenvolvimento de Mercado  
[audpublicaSDM0218@cvm.gov.br](mailto:audpublicaSDM0218@cvm.gov.br)

**Ref: Edital de Audiência Pública SDM nº 02/18**

Ilustríssimo Senhor Superintendente,

1. O **ESCRITÓRIO BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA, RODRIGUES ADVOGADOS**, com sede na Capital do Estado do Rio de Janeiro, na Avenida Rio Branco, nº 110, 39º e 40º andares, Centro, CEP: 200.40-0001, inscrito no CNPJ sob o nº 03.486.424/0001-04 ("Bocater"), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, tecer algumas considerações em atenção ao Edital de Audiência Pública SDM n.º 02/18, datado de 18 de junho de 2018 ("Edital de Audiência Pública").

2. Inicialmente, cumprimos a CVM pela louvável e oportuna iniciativa da Audiência Pública SDM nº 02/18, contendo minuta de Instrução ("Minuta") que objetiva regulamentar a Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017 ("Lei 13506"), e instituir um novo marco regulatório do processo administrativo sancionador ("PAS"), consolidando as matérias reguladas em outros atos normativos da CVM, revogando as Deliberações CVM nº 390, de 08 de maio de 2001 (reguladora de termos de compromisso), nº 538, de 5 de março de 2008 (sobre processo administrativo sancionador – "DCVM 538"), e nº 542, de 9 de julho de 2008 (procedimentos

preventivos no âmbito da fiscalização da CVM) e Instrução CVM nº 491, de 22 de novembro de 2011 (sobre tipificação das infrações graves).

3. Na análise a que procedemos, partimos do pressuposto de que a Minuta em tela deve respeitar os princípios constitucionais que norteiam os processos administrativos sancionadores, com destaque para os direitos dos acusados ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal).
4. Adicionalmente, devem ser observados os preceitos constitucionais que informam a atuação da Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (impressos no art. 37 da Carta Constitucional vigente).
5. Em sede infraconstitucional, impõe-se o atendimento aos preceitos norteadores da disciplina legal dos processos administrativos (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – “Lei 9784”): finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público (impressos no art. 2º da Lei 9784).
6. Ainda, diante da convergência entre as normas de direito processual penal e as de direito processual administrativo, especialmente quando se trata de processo de cunho sancionador, crescem em importância, dentre outros, os princípios da presunção de inocência e o princípio do *nullum crimen sine lege*.
7. Com base nas premissas acima e no intuito de contribuir para o aperfeiçoamento das normas propostas na Minuta, apresentamos abaixo nossos comentários e nos colocamos ao inteiro dispor desta Autarquia para quaisquer adicionais esclarecimentos que venham a ser necessários, quanto ao conteúdo da nossa manifestação.





## I. COMENTÁRIOS AOS DISPOSITIVOS DA MINUTA

### **A) Revelia (§3º do art. 26, art. 30 e §2º do art. 32)**

8. Estão referidos na Minuta “revel” e “revelia” no §3º do art. 26, no art. 30 e no §2º do art. 32, inovando em relação à Lei 9784 e à Lei 13506.

9. Primeiramente, a Lei 9784 afasta, expressamente, eventual efeito da revelia – como disciplinado no Código Processo Civil, no sentido de presunção de veracidade das alegações de fato formuladas – ao dispor que “[o] *desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado*”<sup>1</sup>.

10. Ademais, a Lei 13506, apesar de mencionar o instituto da revelia, prevê a aplicação de tal instituto apenas ao processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Bacen, conforme leitura conjunta do art. 20, §2º<sup>2</sup> e art. 34<sup>3</sup> da Lei em comento. Em outras palavras, o art. 34 não lista o art. 20 entre os dispositivos aplicáveis ao processo administrativo sancionador CVM.

11. Assim, do ponto de vista formal (legalidade), conclui-se que a vontade do legislador foi excluir o instituto da revelia do processo administrativo sancionador na esfera de atuação da CVM, de modo que inexistente base legal para fundamentar a inserção de tal instituto por meio de disposições infralegais. Nesse sentido, a doutrina<sup>4</sup> e a jurisprudência<sup>5</sup> pátrias são pacíficas quanto ao limite imposto pela lei à Administração Pública.

<sup>1</sup> Vide art. 27 da Lei 9784.

<sup>2</sup> “Art. 20. (...) § 2º O acusado que, embora citado, não apresentar defesa no prazo previsto neste artigo, será considerado revel.”

<sup>3</sup> “Art. 34. Aos processos administrativos sancionadores conduzidos no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 19 e nos arts. 21, 22, 24, 25, 29, 30, 31 e 32 desta Lei, observada regulamentação editada pela Comissão de Valores Mobiliários.”

<sup>4</sup> Sobre o princípio da legalidade (reserva legal), importante destacar as lições do Prof. Egon Bockmann Moreira: “Qualquer ação estatal sem o correspondente amparo legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação, pois a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei; na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal, só é permitido fazer o que a lei autoriza.” Moreira, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais*, a Lei 9784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. – 5 ed. atual., rev. e aum. de acordo com o Código de Processo Civil/2015 – São Paulo: Malheiros, 2017. p. 109.

<sup>5</sup> O STJ manifestou-se da seguinte forma em precedente que deu ensejo à edição da Súmula 199: “A resolução administrativa, ato de hierarquia inferior a lei, não pode invadir a reserva legal, revogando, modificando ou



12. Ressalta-se, inclusive que, a DCVM 538, não prevê o instituto da revelia, limitando-se a dispor que, esgotado o prazo para apresentação da defesa, a CVM poderá aplicar ao acusado as penalidades previstas em lei<sup>6</sup>.

13. Anote-se que, no processo civil, a revelia, além de denotar a situação do réu que mesmo citado não apresenta defesa, tem como efeito a presunção de veracidade das alegações de fato formuladas pelo autor<sup>7</sup>. O que se observa da leitura dos dispositivos da Minuta é a utilização do instituto de revelia apenas para denotar o acusado que não apresenta defesa (art. 26, §2º), afastando-se a aplicação dos seus efeitos (art. 30). Essa “aplicação parcial”, além de caracterizar desvirtuamento do instituto jurídico (aplicação sem rigor técnico), tem o potencial de causar dúvidas e insegurança sobre sua delimitação e alcance.

14. Analisando-se o instituto da revelia no âmbito do processo penal, verificou-se que nele não se contempla a revelia em sentido próprio, em virtude da incompatibilidade do instituto com as garantias previstas em tal ramo do Direito, como se extrai das lições de Aury Lopes Jr.<sup>8</sup>.

---

*desvirtuando disposições expressas de texto legislativo.” Trecho da ementa do EREsp 23387-SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, julgado em 09/05/1995 e publicado no DJ 02/10/1995.*

<sup>6</sup> “Art. 13. O acusado será intimado, por escrito, para apresentação de defesa no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da intimação. (...) § 3º Esgotado o prazo mencionado no **caput** sem que haja a apresentação de defesa, a CVM ficará legitimada a aplicar ao acusado as penalidades previstas na Lei nº 6.385/76.”

<sup>7</sup> Vide art. 344 do Código de Processo Civil: “Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”

<sup>8</sup> Lopes Junior, Aury. Direito processual penal, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 560, 561 e 562. Afirma o Autor: “No processo penal, não existe distribuição de cargas, pois o réu – ao ser (constitucionalmente) presumidamente inocente – não tem qualquer dever de atividade processual. Mais do que isso, de sua inércia nenhum prejuízo jurídico-processual pode brotar. Assim, toda carga está nas mãos do acusador. (...) Inclusive, quando o art. 367 do CPP permite que o processo prossiga sem a presença do réu citado, essa omissão processual gera apenas, risco. Não se trata de prejuízo processual, pois não existe uma carga, de modo que não se pode presumir nada em sentido diverso da sua inocência.

É completamente diferente do fenômeno do processo civil, em que se operam verdadeiras distribuições de cargas e a decorrente necessidade de liberar-se delas. (...)”

Não existe, no processo penal, revelia em sentido próprio. A inatividade processual (incluindo a omissão e ausência) não encontra qualquer tipo de reprovação jurídica. Não conduz a nenhuma presunção, exceto a de inocência, que continua inabalável. Nada de presumir-se a autoria porque o réu não compareceu...! Jamais.

Também se deve ponderar que admitir a revelia e seus efeitos conduziria a admitir um processo penal contumacial, absolutamente incompatível com o processo penal contraditório assegurado no art. 5º, LV, da Constituição e também no art. 261 do CPP:

A presença da defesa técnica, ainda que o acusado esteja ausente (ou seja, citado não comparece nem constitui defensor), é uma imposição inarredável, fruto da opção constitucional por um procedimento em contraditório, que impede a produção dos efeitos da revelia.

Em suma, por qualquer lado que se aborde, a revelia e a contumácia são incompatíveis com o processo penal brasileiro.



15. Nesse sentido, recentemente, o STJ se manifestou no sentido de que se aplicam os princípios, garantias e normas do processo penal à atividade sancionatória da Administração Pública<sup>9</sup>. Ainda que se pudesse argumentar que os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal não possam (ou não devam) ser transpostos sem adaptações<sup>10</sup>, não há que se falar em revelia no processo administrativo sancionador na esfera da CVM, por força do disposto no art. 27 da Lei 9784<sup>11</sup>, dispositivo que não foi revogado ou derogado pela Lei 13506. Ademais, o princípio da busca da verdade material ou real, que norteia o processo administrativo sancionador, afastaria qualquer ônus que pudesse ser aplicado ao acusado em virtude do desatendimento da citação feita pela Administração.

16. Pareceu-nos que a Minuta pretende disciplinar as seguintes hipóteses: **(i)** acusado que, devidamente citado, não se manifesta nos autos do processo (isto é, não apresenta defesa), caso no qual se sugere a utilização da locução acusado ausente; e **(ii)** a própria ausência de apresentação de defesa, caso no qual se sugere a utilização da locução ausência de apresentação de defesa.

17. Considerando-se, diante do exposto acima, que o instituto da revelia se revela incompatível com o processo administrativo sancionador da CVM, sugere-se, com relação à Minuta, a substituição do termo “revel” por “ausente” e do termo “revelia” por “ausência de apresentação de defesa”.

18. À luz do acima exposto, propõe-se que o §3º do art. 26 e art. 30 da Minuta sejam alterados no seguinte sentido:

---

Infelizmente, por falta de rigor técnico, é bastante comum a utilização pelos tribunais brasileiros do termo ‘revelia’, quando na verdade estamos diante de mera ausência.”

<sup>9</sup> “STJ, Recurso em Mandado de Segurança n° 24.559-PR, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em: 03/12/2009, publicação em: 01/02/2010. Trecho do Acórdão: “ à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina. (...)”. (.)

<sup>10</sup> Dito de outra forma, que essa transposição, embora impositiva, deva ser feita com matizes, uma vez que, p.ex., a ausência de manifestação do acusado, devidamente citado no processo administrativo sancionador, não importa em nomeação de defensor dativo, tal como previsto no Processo Penal.

<sup>11</sup> “Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado.”

Art. 26. § 3º O acusado que, embora citado, não apresentar defesa será considerado **revel ausente**.

Art. 30. A **revelia ausência de apresentação de defesa** não importa em confissão quanto à matéria de fato e não torna incontroversas as alegações da acusação, podendo o **revel ausente** intervir em qualquer fase, recebendo o processo no estado em que se encontrar, sem direito à repetição dos atos já praticados.

## **B) Citação Eletrônica (art. 27, caput e § 1º)**

19. A citação se traduz no ato processual pelo qual o acusado é informado sobre o processo do qual integra o polo passivo, sendo chamado a comparecer aos autos e exercer seu direito de defesa.

20. Mister, portanto, que a citação seja procedida de forma segura, garantindo a ciência do interessado. É neste sentido que dispõe a Lei 9784<sup>12</sup>.

21. Entende-se que a citação eletrônica nos moldes previstos pela Minuta, por outro lado, não possui a devida segurança. Isso porque, nem todos os usuários de e-mail possuem a opção de aviso de leitura em seus servidores e, mesmo os que a possuem, podem optar por não enviar a confirmação de leitura.

22. Por essa razão, sugere-se que seja utilizado um sistema operacional eletrônico próprio que permita a interface entre o regulador e o regulado, nos moldes do processo eletrônico judicial e da Receita Federal do Brasil ("RFB"), contendo ferramentas de comunicação, citação e outras que esta d. Autarquia entender primordiais.

23. Inicialmente, seria realizado um cadastramento<sup>13</sup> dos agentes regulados, solicitando as informações necessárias e disponibilizando acesso ao referido software do sistema operacional eletrônico. Criar-se-ia, então, um domicílio

<sup>12</sup> "Art. 26, § 3o A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado."

<sup>13</sup> Cabe ressaltar a obrigatoriedade prevista no Código de Processo Civil no sentido de que as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro no sistema de processo eletrônico, para efeito de citações e intimações. *In verbis*: "Art. 246, § 1º-Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio."



eletrônico especificamente para a interação da CVM e dos agentes regulados, como ocorre na RFB, por exemplo, com o E-CAC (Centro Virtual de Atendimento).

24. A citação do regulado para ciência de atos processuais de forma eletrônica ocorreria via domicílio eletrônico quando precedida de expressa autorização para tanto. Caso contrário, para assegurar a certeza da ciência do interessado, a citação deverá ser por via postal com aviso de recebimento, conforme art. 26, § 3º da Lei 9784.

25. Ainda a respeito da citação, verifica-se que a Minuta traz uma inovação ao prever a possibilidade de que a citação do acusado, para apresentação de defesa, ocorra por meio de seus representantes legais, conforme disposto no § 1º, I do art. 27.

26. Imagina-se que a constituição de um representante legal previamente à formulação da acusação se daria quando da apresentação da manifestação prévia, prevista no art. 20 da Minuta. No entanto, não é possível determinar se o representante legal contratado no momento da manifestação prévia continuará prestando serviços para o investigado no momento de elaboração da defesa, de maneira que não seria adequado que tal representante legal pudesse ser citado em nome do investigado, caso esta d. Autarquia entenda que os elementos de autoria e materialidade permitam a formulação de uma acusação.

27. Além do exposto, cabe ressaltar que para que um representante legal receba citações em nome do representado é necessário que o instrumento do mandato preveja poderes específicos, com base no art. 105 do Código de Processo Civil<sup>14</sup>.

28. De modo a refletir os comentários aduzidos acima, propõe-se a adaptação do art. 27 da Minuta no seguinte sentido:

~~Art. 27. A citação deverá ser efetuada por meio de correspondência eletrônica dirigida ao endereço eletrônico existente na base cadastral~~

<sup>14</sup> "Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica."

~~da CVM ou informado pelo acusado no curso do procedimento que deu origem ao processo administrativo sancionador.~~

**Art. 27. A citação por meio eletrônico, com prova de recebimento, será efetuada pela Comissão de Valores Mobiliários mediante envio ao domicílio eletrônico do agente regulado em portal mantido pela Comissão de Valores Mobiliários quando expressamente autorizado pelo mesmo.**

§ 1º Não sendo **possível autorizada** a comunicação por meio eletrônico, a citação deverá ser realizada por via postal, com aviso de recebimento, remetida ao endereço do acusado disponível:

I – na base cadastral da CVM, quando se tratar de pessoa regulada ~~ou de seus representantes legais~~; ou

II – na base de dados da Receita Federal do Brasil, nos demais casos.

### **C) Preclusão (art. 29)**

29. Em relação ao instituto da preclusão, cabe a mesma consideração antes formulada, no sentido de que o art. 29 da Minuta inova aos termos da legislação aplicável, pois prevê a aplicação do instituto da preclusão ao processo administrativo sancionador na esfera de atuação da CVM, quando a Lei 9784 e a Lei 13506 não contêm previsão de aplicação do instituto ao processo administrativo sancionador CVM.

30. Ainda que se reconheça a importância da preclusão para a boa marcha processual, seja para preservar a duração razoável do processo, seja para proteger a segurança jurídica, a exclusão do instituto do processo administrativo sancionador CVM, trazida pelo legislador, encontra fundamento nos princípios norteadores do processo administrativo sancionador CVM, destacadamente: a busca pela verdade material ou real; o direito ao contraditório e à ampla defesa (impressos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal e materializados no art. 27, parágrafo único, da Lei 9784) e o direito de petição (previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal e consubstanciado no art. 3º, inciso III e no art. 38, ambos da Lei 9784).



31. Saliente-se que a jurisprudência da CVM reconhece e aplica o princípio da verdade material, “*que determina ao administrador público a utilização de todas as provas admitidas em direito na busca da verdade sobre o fato objeto de controvérsia*”. É o que reafirma o voto do relator Henrique Machado no âmbito do PAS CVM nº RJ2013/13172, julgado em 13/06/2017<sup>15</sup>. Destaque-se que o art. 29 da Minuta parece pretender disciplinar a preclusão lógica, consumativa e temporal.

32. No entanto, entende-se mais adequada a mitigação da aplicação da preclusão temporal no que se refere à apresentação de documentos e requerimentos de produção de provas, ainda que após a fase de produção de provas. Isso porque – além de encontrar fundamento no princípio da busca de verdade material ou real – respalda-se, ainda, no direito de ampla defesa e no direito de petição e manifestação pelo administrado a qualquer tempo antes da decisão do órgão administrativo julgador. Isso porque é dever da Administração considerar, na formação de sua convicção, todas as provas disponíveis nos autos, ainda que apresentadas “intempestivamente”, desde que antes da decisão do órgão julgador, tal como dispõem o art. 3º, inciso III e art. 38, ambos da Lei 9784.

33. Partindo da exposição acima, sugere-se a inclusão de um parágrafo único para o art. 29 da Minuta:

Art. 29. Opera-se a preclusão quando o acusado praticar determinado ato processual ou quando decorrido o prazo previsto para a sua realização.

<sup>15</sup> “5. A Lei nº 9784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê expressamente a possibilidade de juntada de provas até o momento do julgamento, conforme prevê o art. 38, transcrito a seguir:

Art. 38. O interessado poderá, na fase de instrução do processo, e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§1º - Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§2º - Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

6. De se notar que, por existir previsão em lei especial, a regra geral contida no Processo Civil fica derogada, aplicando-se o Processo Civil apenas subsidiariamente aos processos administrativos, ou seja, quando não houver regra específica tratando do tema.

7. Ademais, e em linha com o parecer da PFE acostado às fls. 607 a 611, os processos administrativos sancionadores são regidos pelo princípio da verdade material, que determina ao administrador público a utilização de todas as provas admitidas em direito na busca da verdade sobre o fato objeto de controvérsia. Assim, até o momento da decisão, mostra-se descabida a tentativa de retirar dos autos provas licitamente colhidas e compartilhadas nos autos.”

**Parágrafo único. Independentemente do prazo previsto para a produção de provas, o acusado poderá, até a data do julgamento, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias.**

**D) Unificação dos prazos de defesa (§ 3º do art. 31)**

34. Uma significativa alteração trazida pela Minuta diz respeito à unificação dos prazos de defesa.

35. O § 4º do art. 31 prevê que “*Os acusados que constituírem o mesmo procurador e apresentarem defesa conjunta terão o mesmo prazo para se manifestarem nos autos, contado da citação que for efetivada por último [...]*”.

36. No entanto, tal previsão restringe a posição que vem sendo adotado, por esta d. Autarquia atualmente. Explica-se: a CVM vem dando procedência aos pedidos de unificação de prazo em processos administrativos de sua competência envolvendo mais de um acusado, iniciando o cômputo do prazo de apresentação de defesa para todos os acusados a partir da juntada do último aviso de recebimento.

37. Quando a Minuta apenas prevê a unificação de prazo para acusados que constituírem o mesmo procurador e apresentarem defesa conjunta, a CVM coloca em risco a isonomia entre todos os acusados em um mesmo processo. Isso porque os acusados que tiverem procurador diferente terão prazos diferentes de resposta e, portanto, tempo maior ou menor (a depender da data da citação) para apresentar suas razões de defesa.

38. Ademais, em um cenário em que o prazo de cada acusado se encerre em momentos distintos, é possível que o último acusado a apresentar sua defesa tenha acesso a informações prestadas pelos outros acusados, que apresentaram sua defesa em data anterior. Considere-se, a título exemplificativo, que no interregno de tempo entre o fim do prazo de um acusado e de outro, apenas o acusado que ainda tiver prazo de defesa em aberto terá oportunidade de tomar conhecimento das alegações apresentadas pelo outro, que, se forem a seu desfavor, poderão acarretar uma vantagem relevante sobre os demais, permitindo que se refute tais alegações.



39. Cabe ressaltar, ainda, que a unificação é medida salutar até mesmo para o controle dos prazos pela própria CVM, que não terá que ramificar a contagem para cada um dos acusados e poderá realizar os trâmites necessários para a juntada das razões de defesa de uma só vez.

40. Conclui-se, portanto, que mesmo que a completa isonomia entre os acusados dificilmente seja alcançada, a manutenção da prática já consolidada por essa d. Autarquia de unificação dos prazos de defesa é a que mais privilegia tal princípio, vez que garante o mesmo corte temporal a todos os envolvidos e ainda permite o benefício da economia processual nos trâmites internos da CVM.

41. Neste sentido, sugere-se a inclusão de mais um parágrafo, ao art. 31, conforme abaixo:

Art. 31. (...)

**§ 4º Quando o processo administrativo sancionador envolver mais de um acusado, o cômputo do prazo para apresentação de defesa será considerado iniciado a partir da última citação comprovada nos autos.**

#### **E) Regularização de Mandato (§§ 1º e 2º do art. 32)**

42. O § 1º do art. 32 da Minuta estabelece prazo de 10 (dez) dias para juntada do instrumento de mandato pelo procurador que assinar defesa apresentada nos autos do processo administrativo sancionador, de forma a regularizar o vício formal de representação.

43. Observe-se que a Lei 13506 não dispõe sobre prazo para apresentação do instrumento de mandato, e que o dispositivo projetado cria prazo mais restrito do que o previsto na legislação federal. Já o art. 5º, §1º, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (“Estatuto da OAB”) prevê prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período para regularização da representação. Nesse mesmo sentido, dispõe o art. 104, § 1º do Código de Processo Civil.



44. Assim, para que o ato infralegal a ser editado pela CVM fique aderente à legislação federal, se torna imperiosa a alteração do prazo de 10 (dez) dias para 15 (quinze) dias, bem como a previsão legal de prorrogação do prazo.

45. Tendo em vista as observações acima, propõe-se a seguinte redação para o § 1º do art. 32 da Minuta:

Art. 32. (...)

§ 1º Será admitida defesa firmada por procurador que não esteja constituído nos autos desde que o respectivo instrumento de mandato seja apresentado à CVM ~~nos dez dias subsequentes à apresentação da defesa.~~ nos quinze dias subsequentes à apresentação da defesa, podendo tal prazo ser prorrogável por igual período.

46. Necessário apontar, ainda, a rigidez da previsão do §2º do art. 32 da Minuta. Tal dispositivo prevê que se o instrumento de mandato não for apresentado dentro do prazo de 10 dias (o qual, segundo sugerido acima, deve ser alterado para 15 dias, permitindo-se a prorrogação), a defesa apresentada será havida por inexistente e desentranhada dos autos.

47. Nesse cenário, vale ressaltar o disposto no art. 28 da Lei 9784, que dispõe acerca do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Determina a referida Lei que “*devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.*” Como se percebe, a não apresentação do instrumento de mandato pode acarretar ao acusado ônus e restrição ao exercício de direitos, vez que a defesa apresentada poderá ser desentranhada por mero vício formal de representação.

48. Os aprimoramentos e ajustes abaixo sugeridos são importantes sob a ótica de defesa do acusado, para quem o desentranhamento, sem que lhe seja dada oportunidade de sanar o vício formal de representação, pode significar a violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa,





albergados, respectivamente, pelos incisos LIV<sup>16</sup> e LV<sup>17</sup>, ambos do art. 5º da Constituição Federal.

49. Desta forma, é desejável e sugere-se que a Minuta contemple, a intimação do acusado e do procurador para possível regularização da representação, nos moldes do art. 28 da Lei 9784 e também do art. 76 do Código de Processo Civil<sup>18</sup>. Entende-se que, para os fins dessa regularização, o prazo de 10 (dez) dias é razoável.

50. Ademais, propõe-se a inserção de três incisos na redação do §2º do art. 32 da Minuta, contemplando os possíveis cenários de comportamento do acusado no prazo de 10 (dez) dias acima mencionado: **(i)** o acusado ou seu procurador comparece aos autos e apresenta regularmente o instrumento de mandato, suprindo o vício formal de representação; **(ii)** o acusado comparece aos autos e impugna a defesa apresentada (que deverá ser desentranhada dos autos), optando entre substituí-la por suas razões de defesa, até o término do prazo de 10 (dez) dias previsto, ou manter-se silente diante do termo de acusação; e **(iii)** o acusado e/ou o procurador não comparecem aos autos para sanar o vício formal, hipótese na qual a defesa também deverá ser desentranhada dos autos.

51. Sugere-se, assim, a seguinte redação:

Art. 32 (...)

§ 2º Decorrido o prazo referido no § 1º, sem que o instrumento de mandato seja exibido, ~~a defesa será havida por inexistente e desentranhada dos autos, ocorrendo a revelia~~ **o acusado e o procurador deverão ser intimados para sanar o vício formal de representação no prazo de 10 (dez) dias a contar do recebimento da intimação, admitindo-se as seguintes hipóteses:**

<sup>16</sup> "Art. 5º. (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...)"

<sup>17</sup> "Art. 5º. (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

<sup>18</sup> "Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício."

I - o acusado ou seu procurador comparece aos autos e apresenta regularmente o instrumento de mandato, suprindo o vício formal de representação;

II - o acusado comparece aos autos e impugna a defesa apresentada, devendo ser, neste caso, desentranhada dos autos, facultando-se ao acusado apresentar suas razões de defesa, até o término do prazo previsto no § 2º acima;

III - findo o prazo previsto no § 2º acima sem que o vício formal de representação seja sanado, a defesa apresentada deverá ser desentranhada dos autos, salvo motivo de caso fortuito ou força maior, a ser devidamente comprovado e examinado pelo relator.

**F) Voto de qualidade do presidente da sessão (§ único do art. 57)**

52. A minuta ratifica a previsão do art. 35 da DCVM 538<sup>19</sup>, em que se concede ao Presidente da sessão o voto de qualidade.

53. Diferentemente do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional ("CRSFN"), onde este instituto é utilizado rotineiramente, a CVM não é um órgão paritário e, portanto, o voto de qualidade só deveria ocorrer nos casos em que se der o empate devido à ausência de um diretor.

54. Além disso, o voto de qualidade vem gerando intensos debates, principalmente no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF"), onde, nos casos em que há um empate, o presidente da turma – que é sempre representante da Fazenda – profere o voto de desempate.

55. No caso do CARF, os advogados dos contribuintes afirmam que tal instituto gera uma grande desigualdade no processo, uma vez que, de acordo com dados de um recente relatório<sup>20</sup> do Instituto dos Advogados do Brasil ("IAB"), há um claro favorecimento à Fazenda Nacional.

---

<sup>19</sup> Art. 35. Na sessão de julgamento, a cada membro do Colegiado caberá um voto.

Parágrafo único. As deliberações serão tomadas pelo voto da maioria, cabendo ao Presidente da sessão o voto de qualidade.

<sup>20</sup> Indicação Nº. 026/2017 do IAB - Autor: Prof. Dr. Adilson Rodrigues Pires, Presidente da Comissão Permanente de Direito Financeiro e Tributário do IAB.



56. Em junho de 2017, a Ordem dos Advogados do Brasil (“OAB”) chegou a ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar junto ao STF, cujo objeto era justamente a previsão do voto de qualidade no âmbito do CARF.
57. Na ação, a OAB pede para que o Supremo determine a aplicação do artigo 112 do Código Tributário Nacional, segundo o qual a lei tributária deve ser sempre aplicada da maneira mais favorável ao acusado nos casos de dúvida quanto à sua aplicação.
58. Ainda no que diz respeito à aplicação da lei de maneira mais benéfica ao réu, a aplicação subsidiária do direito penal ao direito administrativo sancionador já foi objeto de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.
59. O tema já foi brilhantemente tratado pelo STJ<sup>21</sup>, oportunidade na qual se entendeu que à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.
60. No acórdão da referida decisão do STJ, estabeleceu-se que a teor dos arts. 615, § 1º. e 664, parágrafo único do Código de Processo Penal, somente se admite o voto de qualidade – voto de Minerva ou voto de desempate – nos julgamentos recursais e mandamentais colegiados, em que o Presidente do órgão plural não tenha proferido voto quantitativo; caso contrário, na ocorrência de empate nos votos do julgamento, tem-se como adotada a decisão mais favorável ao acusado.
61. A previsão normativa tem por suporte a assertiva de que o direito penal reclama, em qualquer sede, respeito ao princípio da não culpabilidade inscrito no art. 5º, LVII da Constituição Federal, que dá suporte jurídico-constitucional à regra decisória processual penal do *in dubio pro reo*.

---

<sup>21</sup> No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança No. 24.559-PR, em 3 de dezembro de 2009.

62. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli, ilustre mestre italiano, na sua obra *Direito e Razão*, estabelece que a presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade, decorrente de uma opção que visa à tutela da imunidade dos inocentes, ainda que acarrete na impunidade de algum culpado, pois basta que os culpados sejam geralmente punidos, desde que todos os inocentes, sem exceção, estejam a salvo de uma errônea condenação.

63. No âmbito dos processos administrativos sancionadores da CVM, o Colegiado já tratou da questão do voto de qualidade e do *in dubio pro reo*<sup>22</sup>. O colegiado, ao interpretar o seu regimento interno e a DCVM 538, decidiu por unanimidade que, no caso de empate entre votos de absolvição e condenação, o voto de qualidade pode ser exercido unicamente em benefício do réu, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*. Na prática, nessa situação, o voto de qualidade significa a declaração de absolvição do acusado pelo presidente da sessão.

64. Diante do exposto, sugere-se que a redação do dispositivo se desse da seguinte forma:

Art. 57. Na sessão de julgamento, a cada membro do Colegiado caberá um voto.

Parágrafo único. As deliberações serão tomadas pelo voto da maioria, cabendo ao Presidente da sessão o voto de qualidade, **exercido unicamente em benefício ao acusado.**

#### **G) Dosimetria das penas (art. 62 e seguintes)**

65. A Minuta proposta acompanha as disposições da Lei 13506, que agravou o limite máximo das penalidades a serem aplicadas aos infratores das normas reguladoras do mercado de valores mobiliários, que passaram a ser: **(i)** cinquenta milhões de reais; **(ii)** o dobro do valor da emissão ou da operação irregular; **(iii)** o triplo do montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em



<sup>22</sup> No julgamento do PAS nº RJ2014/10556



decorrência da infração; **(iv)** o dobro do prejuízo causado aos investidores em decorrência do ilícito.

66. Além disso, nos casos de reincidência, a CVM poderá até triplicar o valor da multa, bem como cumular as penalidades enunciadas no art. 11 da Lei nº 6.385/76.

67. A Minuta estabelece três procedimentos a serem observados, sequencialmente, para a dosimetria das penalidades: **(i)** fixação da pena-base; **(ii)** aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes, e **(iii)** aplicação de causa de redução da penalidade.

68. Apresenta a Minuta, ainda, uma proposta de regulamentação dos parâmetros a serem adotados para a fixação da pena-base. O Anexo 65 contém as principais infrações administrativas (considerando os julgamentos realizados na CVM nos últimos anos), classificadas em cinco grupos, atribuindo-se a cada um deles o valor máximo da pena pecuniária a ser aplicada. Para o primeiro grupo (infrações consideradas menos graves) foi fixado o valor máximo de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Os valores máximos vão crescendo, de acordo com o grupo em que estão classificadas as infrações, até R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), para infrações reputadas mais graves.

69. Se determinada infração, objeto de um PAS, não estiver prevista no Anexo 65, o Colegiado, com base no critério da gravidade da infração, deverá enquadrá-la em um dos grupos constantes deste Anexo. Assim, paulatinamente, a lista vai se tornando mais abrangente, como declara o Edital.

70. Nesse sentido, estabelece o Art. 65, no seu §2º :

*Na hipótese do § 1º em que a infração não esteja prevista no Anexo 65, o Colegiado deverá, com base na gravidade da conduta, enquadrá-la em um dos grupos previstos no referido Anexo.*

71. Entendemos que, tal como se acha concebido e redigido, o supra referido dispositivo regulamentar proposto pode suscitar questionamentos no sentido de que

ostenta afronta aos princípios constitucionais da legalidade<sup>23</sup> e da tipicidade<sup>24</sup>, além de gerar insegurança jurídica aos administrados, especialmente no tocante ao real conteúdo da tabela constante do Anexo 65, que seria ampliada de acordo com a jurisprudência administrativa.

72. Ademais, não está clara qual é a faixa variável na qual deve se basear o julgador no momento da fixação da pena-base. Apenas está previsto o “valor máximo da pena-base pecuniária”. Diante de tal redação, a autoridade julgadora, no momento de cálculo da pena-base pecuniária para infração prevista no Grupo II deve entender como limite mínimo o valor de R\$ 00,00 ou de R\$ 300.000,00 (limite máximo previsto para infrações do Grupo I)?

73. Em face do exposto acima, nossa sugestão de aperfeiçoamento das disposições atinentes à dosimetria das penas, consiste em **(i)** supressão do § 2º do art. 65 e **(ii)** substituição do quadro de penalidades constante do Anexo 65, por uma explicitação clara dos valores mínimos e máximos para cada tipo ilícito previsto na legislação sob a jurisdição da CVM<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> De acordo com Egon Bochmann: A Administração Pública não pode emanar provimentos administrativos que porventura distorçam o texto da lei – seja elastecendo-o para além de seus limites, seja alterando as disposições legais. **Como bem firmou o STJ: “A resolução administrativa, ato de hierarquia inferior à lei, não pode invadir a reserva legal, revogando, modificando ou desvirtuando disposições legais expressas de textos legislativo”.** (Moreira, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais*, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. – 5 ed. atual., rev. e aum. de acordo com o Código de Processo Civil/2015 – São Paulo: Malheiros, 2017. pp. 109-115)

<sup>24</sup> No que se refere ao princípio da tipicidade, Romeu Felipe Bacellar Filho apresenta a visão de Celso Delmanto sobre a taxatividade no direito penal, aplicável ao processo administrativo de natureza sancionatória: “as leis que definem crimes devem ser precisas, marcando exatamente a conduta que objetivam punir. Assim, em nome do princípio da legalidade, não podem ser aceitas as leis vagas ou imprecisas, que não deixam perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar – os chamados tipos penais abertos. Por outro lado, ao juiz que vai aplicar as leis penais é proibido o emprego da analogia ou da interpretação com efeitos extensivos para incriminar algum fato ou tornar mais severa sua punição. As eventuais falhas da lei incriminadora não podem ser preenchidas pelo juiz, pois é vedado a este completar o trabalho do legislador, para punir alguém.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar* / Romeu Felipe Bacellar Filho. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013)

<sup>25</sup> Observe-se, a título de exemplo, dentre outras normas regulamentares, a Circular Bacen nº 3.857, de 14/11/2017, editada em virtude das modificações trazidas pela Lei 13506, que, no seu art. 51, estabelece que “a pena-base de multa aplicável a cada infração deverá obedecer à seguinte graduação: I- de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) multiplicado pelo fator de ponderação constante do Anexo I, para as infrações previstas nos incisos I, IV, V, VII, XIV, XV e XVII do art. 3º da Lei nº 13.506, de 2017, nos incisos I, II, IV, V, VI e VIII do art. 47 desta Circular, na Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, ressalvado o disposto no inciso VI, e nas normas infralegais relativas a câmbio; II. (omissis)”.



74. Estes são os nossos comentários e sugestões, sempre com o exclusivo propósito de cooperar para o aprimoramento da regulamentação a ser editada pela CVM.

75. Reiteramos os votos de elevada estima e consideração e colocamo-nos à disposição para prestar quaisquer esclarecimentos adicionais que eventualmente se façam necessários.

Atenciosamente,



**BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA, RODRIGUES ADVOGADOS**