

**EXTRATO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR CVM Nº RJ2010/9129**

Acusado: Luiz Gastão de Lara

Ementa: **Obrigação do administrador de fundo de investimento de manter, assinados e à disposição da CVM, os termos de adesão dos cotistas. *Advertência.***

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, na forma do art. 11, inciso I, da Lei nº 6.385/76, por unanimidade de votos, decidiu aplicar ao acusado Luiz Gastão de Lara a penalidade de advertência, por infração ao art. 30 da Instrução CVM nº 409/04.

O acusado punido terá um prazo de 30 dias, a contar do recebimento de comunicação da CVM, para interpor recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos termos dos artigos 37 e 38 da Deliberação CVM nº 538/08.

Presente a Procuradora Federal Adriana Cristina Dullius, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Ausentes o acusado e o representante constituído.

Participaram do julgamento os Diretores Otavio Yazbek, relator, Aleksandro Broedel Lopes, Luciana Pires Dias, e a Presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana, que presidiu a sessão.

Ausente o Diretor Eli Loria.

Rio de Janeiro, 09 de agosto de 2011.

Otavio Yazbek

Diretor-Relator

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

Presidente da Sessão de Julgamento

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2010/9129

Acusado: Luiz Gastão de Lara

Assunto Processo Administrativo Sancionador instaurado em face do Acusado com a finalidade de apurar suposta infração ao art. 30 da Instrução CVM n.º 409/2004.

Diretor relator: Otavio Yazbek

Relatório

I. Objeto

1. Trata-se de Processo Administrativo Sancionador instaurado em face de Luiz Gastão de Lara ("Acusado") com a finalidade de se apurar suposta infração ao art. 30¹ da Instrução CVM n.º 409, de 18.8.2004.

I. Fatos

1. Em junho de 2007, época dos fatos investigados, o fundo de investimento BB BESC Renda Fixa Prático Crédito Privado Fundo de Investimento ("BESC Prático" ou "Fundo") era administrado pelo Banco do Estado de Santa Catarina S/A ("BESC"), sendo Luiz Gastão de Lara o diretor responsável pela administração de carteiras de valores mobiliários do BESC. Ao fim deste mesmo mês de junho, o BESC Prático possuía 3.351 cotistas e patrimônio líquido de R\$ 382.571.023,26 (fl. 66).
2. Em 30.9.2008, o Banco do Brasil S.A. ("Banco do Brasil") incorporou o BESC e a BB Gestão de Recursos – Distribuidores de Títulos e Valores Mobiliários S.A. ("BB DTVM") tornou-se a nova administradora do BESC Prático.
3. Em 9.4.2009, Mário Rocha Meyer, Odete Rocha Meyer e Rocha Administradora de Imóveis Ltda. ("Reclamantes") protocolaram reclamação contra o Banco do Brasil S.A. e contra a BB DTVM (fls. 14-29). Em síntese, os investidores aduzem que incorreram em perdas em decorrência de o BESC ter aportado recursos deles no BESC Prático sem que eles tivessem concordado expressamente com este investimento. Tanto assim que nos "apócrifos" termos de adesão anexados à reclamação não constava a assinatura de nenhum deles.
4. Indagada em mais de uma ocasião sobre os termos de adesão dos reclamantes (fls. 67 e 71), a BB DTVM informou não ter logrado êxito na localização de tais documentos, pelo que estes não foram encaminhados à CVM (fls. 69 e 72).
5. A SIN, por meio do Ofício CVM/SIN/GIA/N.º 2.086, de 3.9.2009 (fls. 79-81), solicitou manifestação do Acusado sobre o teor da reclamação apresentada.
6. O Acusado argumentou, em carta protocolada em 1.10.2009 (fls. 82/84), que não lhe pode ser imputada responsabilidade pela não localização, por parte da BB DTVM, dos termos de adesão dos investidores, inclusive por quê:
 - i. durante todo o período em que respondeu pela diretoria responsável pela administração de carteiras de valores mobiliários do BESC, "sempre foram contundentes e determinantes as orientações para que nenhuma aplicação de cliente fosse efetuada sem a total observância de todas as determinações legais e regulamentares, em especial a da coleta do TERMO DE ADESÃO";
 - ii. além da emissão de comunicados e da realização de reuniões com gerentes e com os responsáveis pelas aplicações a fim de manifestar esse intuito, determinou ainda "o bloqueio, no sistema informatizado de grande porte do ex-BESC – *mainframe*, de aplicações de clientes que não tivessem assinado o Termo de Adesão e o Termo de Ciência de Risco, o que impossibilitaria a aplicação, pois requereria a anuência do Gerente da Agência ou de comissionado com competência, que naquele momento, ao anuir, se responsabilizava pela coleta do termo"; e por quê
 - iii. "a conduta exigida dos Gerentes e de todas as pessoas habilitadas a efetuar aplicações em fundos de investimento sempre foi a do mais completo rigor na observância de tais normas".
7. Também foram intimados o BB DTVM e o Banco do Brasil por meio, respectivamente, do Ofício CVM/SIN/GIA/N.º 2.087, de 3.9.2009 (fls. 85-87) e do CVM/SIN/GIA/N.º 2.764, de 23.10.2009 (fls. 91-93). Em suas respostas, a BB DTVM (fls. 88-90) e o Banco do Brasil (fls. 94-95) destacaram, entre outros, que:
 - i. os termos de adesão são documentos oriundos do BESC e que, até aquele momento, ainda não teriam sido encontrados; que

- ii. ainda que os termos não estivessem assinados pelos Reclamantes, é certo que eles tiveram acesso aos respectivos documentos e que, por este motivo, a função daqueles teria sido cumprida; que
 - iii. os cotistas recebiam todos os informes relativos aos fundos e à conta-corrente para acompanhamento, razão porque o investimento de valores expressivos não poderia ter passado despercebido quando da conferência de saldo de suas contas-correntes; e que
 - iv. eventual indenização devida pelo Banco do Brasil (na qualidade de sucessor do BESC) estaria sob discussão no Poder Judiciário em razão de ação proposta pelos Reclamantes.
8. Com o objetivo de verificar se a falha na obtenção e manutenção dos termos de adesão seria um ato isolado ocorrido durante o período em que Luiz Gastão de Lara foi o diretor-responsável pela administração de carteiras do BESC, foi solicitado ao atual administrador do fundo, por meio do Ofício/CVM/SIN/GIA/N.º 465/10, de 23.2.2010 (fl. 96), a relação de cotistas na data base de 30.6.2007.
9. Em 15.3.2010, a BB DTVM encaminhou à CVM arquivo contendo relação com os nomes, CPF/CNPJ, e data de ingresso dos cotistas no BESC Prático (fl. 97). A partir daí foi selecionada de forma aleatória uma lista contendo 50 investidores que realizaram a primeira aplicação no fundo após 20.7.2005 (fl. 99). Por meio do Ofício/CVM/SIN/GIA/N.º 996/10, de 6.4.2010 (fls. 98-99), foi então solicitado que a BB DTVM apresentasse os termos de adesão referentes àqueles 50 cotistas selecionados aleatoriamente.
10. Em sua resposta, protocolada em 30.4.2010 (fl. 100), a BB DTVM apresentou um CD contendo os arquivos referentes a 28 termos de adesão. A instituição alegou que os "termos de adesão dos demais cotistas não foram localizados junto às agências oriundas do antigo BESC – Banco do Estado de Santa Catarina".
11. A SIN destaca que não se pode atribuir ao Banco do Brasil (sucessor do BESC), ou mesmo à BB DTVM (atual administradora do Fundo), qualquer desinteresse na busca dos referidos termos de adesão, uma vez que as instituições, até aquele momento, não tinham conhecimento da sua exclusão do rol de acusados. De fato, nem o Banco do Brasil, nem a BB DTVM tinha, naquele momento, conhecimento do teor do MEMO/PFE-CVM/GJU-4/N.º 70/09 (fls. 125-128), onde se expressava a opinião de que, com relação aos fatos objetos deste processo, não deveriam ser responsabilizados o Banco do Brasil (em razão de este não ter praticado o ilícito, cuja punibilidade deveria se ater à figura do infrator, e na medida da sua participação na produção do resultado), tampouco a BB DTVM (em razão de os fatos serem anteriores a sua administração).
12. A SIN concluiu, assim, que os processos e as rotinas de obtenção e guarda dos termos de adesão previstos no art. 30 da Instrução CVM n.º 409/2004 apresentavam graves deficiências no período em que Luiz Gastão de Lara esteve responsável pelos fundos de investimento administrados pelo BESC.
13. Em 13.7.10 foi enviado ao Acusado o Ofício/CVM/SIN/GIA/N.º 2.254/10 (fls. 146-147), solicitando que este se manifestasse acerca das deficiências nas rotinas de obtenção e guarda de termos de adesão dos cotistas dos fundos administrados pelo BESC, nos termos do disposto no art. 11 da Deliberação CVM n.º 538/2008.
14. Em resposta protocolada em 16.8.10 (fls. 148-155), Luiz Gastão de Lara argumentou:
 - i. ser impossível o exercício de seu direito de defesa, seja (i.a) pela imprecisão dos fatos a ele atribuídos, seja (i.b) por não mais pertencer ao quadro funcional do

BESC, seja (i.c) por desconhecer quais foram os cotistas cujos termos de adesão não foram localizados, as datas de ingresso desses cotistas nos fundos, onde se encontram hoje guardados os respectivos termos e quem eram e quem são os responsáveis pela guarda de tais documentos;

- ii. que por quase 40 anos o BESC esteve desprovido de controles adequados, tendo sido administrado por pessoas indicadas pelos sucessivos governos estaduais. A partir de 2000, teria se iniciado um rígido acompanhamento da instituição pelo Banco Central, Ministério da Fazenda e Conselhos de Administração e Fiscal. O esforço dos diretores do banco, a partir de 2002, teria sido testemunhado inclusive pela CVM. Além disso, os próprios diretores, em sua maioria, seriam oriundos do serviço público federal, com larga experiência na área de fiscalização, como seria o caso do próprio Acusado;
- iii. seria injusto responsabilizar uma única pessoa, que respondeu apenas temporariamente pela Diretoria de Recursos de Terceiros, por "questões relacionadas à desorganização institucional, fruto de desleixo e mau trato (...) da coisa pública por quase quarenta anos, aliado ao fato de que cerca de noventa por cento dos empregados (...) se encontravam inscritos no Programa de Dispensa Incentivada (...) sem qualquer comprometimento com a instituição". Os votos de dois membros do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional ("CRSFN") no âmbito do Processo CVM n.º RJ 2005/5204 já teriam reconhecido esta realidade e entendido que pena de advertência aplicada pela CVM ao Acusado seria despropositada, especialmente em razão da situação em que se encontrava a instituição;
- iv. que teria agido de forma diligente, ao (iv.a) "não tolerar quaisquer inobservâncias a normas, leis e regulamentos", ao (iv.b) expedir inúmeros comunicados e orientações para que as agências, responsáveis pela guarda dos documentos, cumprissem todas as determinações relacionadas aos termos de adesão, ao (iv.c) determinar "o bloqueio, via sistema informatizado, de aplicações de clientes, caso fosse constatada a falta de assinatura do termo de Adesão";
- v. quando do processo de incorporação do BESC pelo Banco do Brasil, as empresas de auditoria contratadas para realizar detalhado levantamento de contingências e riscos não registraram qualquer falha quanto aos controles adotados pela área de administração de recursos de terceiros. A partir da incorporação, a responsabilidade pela guarda da documentação do BESC seria do sucessor do banco, sendo possível presumir que os termos de adesão possam ter sido extraviados já sob a guarda do incorporador;
- vi. não lhe pode ser atribuída responsabilidade por falha na obtenção e guarda dos termos de adesão, uma vez que o prazo de cinco anos, "previsto no art. 36, parágrafo único da Instrução CVM 409/2004, para guarda da respectiva documentação, refere-se à responsabilidade do administrador, no caso o incorporador, e não do diretor responsável perante a CVM." E, embora não aplicável especificamente ao caso, o art. 1.146 do Código Civil prevê que em transações comerciais a responsabilização solidária do ex-administrador seria de no máximo um ano; e
- vii. os fundos do BESC possuíam cerca de 42.000 cotistas e a responsabilidade de guarda dos termos de adesão era dos gerentes de cada um dos 256 pontos de venda no Estado de Santa Catarina. Não haveria, pois, "comprovação efetiva da inexistência dos mesmos" ou de "total deficiência nas rotinas de controle dos documentos", devendo a imputação ser afastada à luz do disposto no art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29.1.1999, "*que adota o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade na defesa do interesse público*".

I. Termo de Acusação

1. A SIN rebateu a manifestação do Acusado aduzindo que:

- i. embora Luiz Gastão de Lara alegue que seu direito à ampla defesa está sendo cerceado, o Acusado não solicitou vistas à investigação objeto do Processo Administrativo CVM n.º RJ 2009/8054;
- ii. o Processo CVM n.º RJ 2005/5204 se tratava de expediente aberto para cuidar de desenquadramento da carteira do próprio BESC Prático, observado em 2004 e 2005. Em julgamento realizado em 7.12.2005, o Colegiado decidiu impor pena de advertência ao Acusado. Quanto ao recurso interposto, apesar dos votos favoráveis ao recorrente dos Conselheiros Johan Albino Ribeiro e Darwin Corrêa, a pena aplicada pela CVM foi mantida pelo CRSFN em sessão de julgamento realizada nos dias 23, 24 e 25 de setembro de 2008;
- iii. a adaptação do BESC Prático às regras da Instrução CVM n.º 409/04 se deu em 20.7.05, de modo que, com relação aos sujeitos que realizaram investimento após esta data², pouco importariam as medidas tomadas pelo Acusado, já que, de um ponto de vista objetivo, dos 50 termos de adesão solicitados ao atual administrador, 22 não foram encontrados;
- iv. não existem provas nos autos da alegação de que as auditorias realizadas no BESC não registraram falhas quanto aos controles adotados pela área de administração de recursos de terceiros. De toda forma, dificilmente os auditores verificariam tal deficiência, quando o foco da auditoria estava direcionado para um processo maior de incorporação;
- v. a hipótese de perda dos termos de adesão pelo Banco do Brasil S.A. não seria razoável. No mais, os termos de adesão de Mário Rocha Meyer, Odete Rocha Meyer e Rocha Administradora de Imóveis Ltda. (fls. 77-79), foram datados e preenchidos com nome e matrícula de funcionário do BESC sem, no entanto, conter a assinatura dos investidores. Tal conduta na origem da obtenção dos referidos termo de adesão refletiria uma falha de procedimento do BESC, que não pode ser atribuída ao atual administrador do fundo; e
- vi. o parágrafo único do art. 36 da Instrução CVM n.º 409/2004, e o art. 1.146 do Código Civil não seriam aplicáveis à situação, que está expressamente prevista no art. 30 da Instrução CVM n.º 409/2004. O § 1º do art. 30 da Instrução CVM n.º 409/2004 determina que cabe ao administrador do fundo manter à disposição da CVM o termo de adesão, sendo Luiz Gastão de Lara, na qualidade de diretor responsável pela administração das carteiras de valores mobiliários do BESC à época dos fatos, a pessoa indicada na norma para assegurar o seu cumprimento em nome da pessoa jurídica; e
- vii. a responsabilidade regulamentar pela obtenção e guarda de termos de adesão dos cotistas de fundos de investimento não é dos gerentes de agências, mas sim da instituição administradora, cabendo ao diretor responsável pela administração de recursos de terceiros adotar rotinas e procedimentos que assegurem seu cumprimento. Com relação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade mencionados na Lei n.º 9.784/1999, a simples "falta de localização de alguns termos de adesão" não seria o motivo do presente Termo de Acusação. O que se observou das diligências efetuadas foi que as deficiências nas rotinas e procedimentos para a obtenção e guarda de tal documento pelo BESC eram generalizadas, e por isso, passíveis de punição.

2. Diante de todo o exposto, a SIN propõe, em Termo de Acusação datado de 6.10.2010, a responsabilização de Luiz Gastão de Lara, o diretor-responsável pela administração de carteiras do BESC à época dos fatos, por descumprimento do art. 30 da Instrução CVM n.º 409/2004.

3. Ainda nesta ocasião, a SIN, corroborando a posição da PFE³, entendeu que não deveriam ser responsabilizados o Banco do Brasil (em razão de este não ter praticado o ilícito, cuja punibilidade deveria se ater à figura do infrator, e na medida da sua participação na produção do resultado), tampouco a BB DTVM (em razão de os fatos serem anteriores à sua administração) ou o BESC (que não mais existiria).

I. Defesa

1. Regularmente intimado em 22.10.2010 (fl. 179), o Acusado apresentou defesa (fls. 190-200) tempestiva abordando, essencialmente, que eventual descumprimento do art. 30 da Instrução n.º 409/2004 dependeria da prova de que os termos de adesão não foram formalizados; e que o Acusado só poderia ser punido neste Processo caso se provasse que os termos de adesão não foram guardados a contento e, cumulativamente, que há um nexos causal entre a quebra deste "dever de guarda" e as ações do Acusado.
2. Nesse sentido, o Acusado alega que a não localização dos termos de adesão e dos termos de ciências de risco não prova que os mesmos não existiam. Mais do que isso: segundo o Acusado, os seguintes fatos seriam bons indícios de que os termos de adesão teriam sido formalizados:
 - i. os Reclamantes anexaram, em sua reclamação, cópia dos Termos de Adesão – a falta das assinaturas dos Reclamantes nas cópias dos termos por eles apresentadas não é um problema, pois, normalmente, apenas as cópias que ficam de posse da instituição financeira são assinadas, já que os investidores podem apor a assinatura em suas cópias quando lhes aprouver;
 - ii. as empresas de auditoria contratadas quando do processo de incorporação do BESC pelo Banco do Brasil não fizeram nenhum comentário ou ressalva quanto a eventuais irregularidades relacionadas a documentos essenciais de fundos de investimento – no escopo de trabalho destas empresas estava a identificação de todos os riscos, contingências, falhas em controles, irregularidades e informações que pudessem influenciar a decisão sobre o valor das empresas;
3. Também alega o Acusado que foi responsável pela guarda dos termos somente até 30.9.2008, data de sua exoneração dos quadros da diretoria do BESC. A partir de então, a responsabilidade pelos acervos patrimoniais do banco foi assumida pelo Banco do Brasil, que "desmontou" toda a área de recursos de terceiros do BESC e transferiu todos os documentos para outros locais, submetendo tal acervo ao risco de extravio. Assim, não haveria nexos causal entre a conduta do Acusado e a ocorrência da infração, por tratar-se o sumiço dos documentos de caso fortuito ou de força maior.
4. Por fim, afirma o Acusado que, por todo o exposto, a sua condenação redundaria em violação ao princípio da presunção de inocência.
5. O processo foi distribuído para o Relator em 28.12.2010.

É o relatório.

Otavio Yazbek

Diretor-relator

1 Art. 30. *Todo cotista ao ingressar no fundo deve atestar, mediante termo próprio, que:*

I – recebeu o regulamento e, se for o caso, o prospecto;

II – tomou ciência dos riscos envolvidos e da política de investimento;

III – tomou ciência da possibilidade de ocorrência de patrimônio líquido negativo, se for o caso, e, neste caso, de sua responsabilidade por conseqüentes aportes adicionais de recursos.

§1º O administrador deve manter à disposição da CVM o termo contendo as declarações referidas no caput deste artigo, devidamente assinado pelo investidor, ou registrado em sistema eletrônico que garanta o atendimento ao disposto no caput.

§2º O regulamento e, se for o caso, o prospecto deverão ser entregues pelo administrador em suas versões vigentes e atualizadas.

2 Corroborando a posição contida no voto proferido pelo Diretor Marcos Barbosa Pinto ao Processo Administrativo Sancionador n.º RJ 2007/3560, decidido em 21.8.2007, a SIN entendeu ser inaplicável a determinação do art. 30 da Instrução 409/2004 aos casos em que a aplicação de recursos se deu em momento anterior à adaptação do fundo às regras desta Instrução.

³ Cf. parágrafo 12 deste relatório.

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM nº 2010/9129

Acusado: Luiz Gastão de Lara

Assunto: Processo Administrativo Sancionador instaurado em face do Acusado com a finalidade de apurar suposta infração ao art. 30 da Instrução CVM n.º 409/2004.

Diretor-relator: Otavio Yazbek

V o t o

1. Em primeiro lugar, gostaria de deixar claro qual é o verdadeiro objeto do presente processo sancionador. Isso porque um dos pontos trazidos pela defesa foi o da imprecisão dos fatos pelos quais a área técnica da CVM procurou responsabilizar o Requerido. A despeito de não concordar com esta afirmação no presente caso (pois me parece, sim, que há clareza quanto à imputação que é feita ao Acusado), acredito que esse esclarecimento é necessário, pois, a meu ver, trata-se de uma questão de fundo para muitos outros casos, com a qual tenho, com freqüência, me deparado.
2. Não são raras as normas, emitidas pela CVM, em que se estabelecem obrigações procedimentais, aparentemente meramente de cunho formal, para os agentes que se encontram sob a jurisdição da autarquia. É o caso, por exemplo, de regras referentes a cadastramento de clientes, nas normas destinadas aos intermediários¹, ou da presente regra, que trata da obrigação de manutenção dos termos de adesão dos cotistas, pelo administrador do fundo de investimento.
3. Essas normas, e não seria difícil trazer outros exemplos, dizem respeito à estrutura e à organização das atividades dos jurisdicionados da CVM, ou seja, os procedimentos internos daqueles agentes devem ser com base nelas definidos. Não importa tanto, aqui, explorar as finalidades de cada uma delas, que variam a cada caso, mas muito mais falar da sua dinâmica.
4. O que seria, então, o descumprimento da obrigação de cadastramento de clientes estabelecida na Instrução CVM n.º 387/2003? E o descumprimento do art. 30 da Instrução CVM n.º 409/2004?

5. Entendo que tal descumprimento não é a falha no cadastro de um cliente ou a inexistência do termo de adesão de um cotista – ou, da mesma maneira, a falha formal em um termo de adesão isolado. Tal fato pode corresponder a determinadas irregularidades, sim, mas, de um modo geral, não me parece que ele seja hábil a suportar uma acusação de descumprimento daquelas obrigações procedimentais.
6. O descumprimento de tais obrigações é evidenciado, isso sim, pela identificação de falhas ou de inexistência nos próprios procedimentos que cumpria, ao agente jurisdicionado, estabelecer. Assim, a falta generalizada de termos de adesão, na amostragem solicitada pela área técnica da CVM, evidencia falhas graves na estrutura de gestão de recursos de terceiros do BESC. Este, ao que parece, ignorava cuidados essenciais para o adequado desempenho de suas atividades.
7. E é muito sintomático que, em trecho já transcrito no Relatório acima, que vale novamente aqui transcrever, ainda que apenas parcialmente, o Acusado remeta a "questões relacionadas à desorganização institucional, fruto de desleixo e mau trato". Agora, por mais que essas questões tenham um caráter sistêmico, não me parece haver como negar que o diretor responsável pela administração de recursos de terceiros possa se esquivar de responsabilidade pelo quadro instalado.
8. A lógica de se estabelecer focos de responsabilização – diretores responsáveis por atividades específicas – é a de criar não apenas centros de imputação de responsabilidades, de modo que estas não fiquem sempre diluídas na pessoa jurídica, mas também a de, com isso, criar estímulos para a conduta diligente – ou protetiva – dos administradores designados para aquelas funções.
9. Assim, ainda que uma determinada instituição sempre tenha adotado más práticas, de maneira generalizada, cabe ao diretor responsável registrar seus esforços, tomar medidas hábeis tanto a resolver os problemas existentes, quanto a delimitar sua responsabilidade. E isso, vale dizer, é um dos elementos a diferenciar a responsabilidade de que aqui se está tratando de responsabilidade objetiva. Também não é de inversão do ônus da prova que se trata no presente caso, uma vez que a situação, de flagrante irregularidade, restou também comprovada.
10. Não há que se falar em injustiça, então, na atribuição de responsabilidade a uma única pessoa no caso vertente, mas sim no fruto de uma estratégia regulatória que sempre foi clara. E não há que se falar também, a meu ver, que, em caso como este, a responsabilidade deva caber, de forma exclusiva, à instituição administradora, eximindo-se, desta maneira, o diretor que teria assumido a área com problemas.
11. Em suma, apurou-se, no presente caso, uma situação de descontrole que corresponde, de fato, à adjetivação usada pelo Acusado e acima transcrita: da amostragem analisada, quase a metade dos termos de adesão não foi identificada. Diversos fatos comprovam tais descumprimentos ou reiteram as constatações da acusação. Ao lado deles, aponto que uma das medidas referidas pelo Acusado e que teria sido por ele imposta não teria nem mesmo sido plenamente adotada. Refiro-me ao bloqueio de aplicações de clientes que não tivessem assinado a documentação necessária. As evidências colhidas dão sérios indícios de que tal medida, se de fato tomada, não era amplamente adotada no BESC.
12. O Acusado, vale repisar, respondia pela área sob a qual deveriam ocorrer aqueles processos. Comprovado o descumprimento da regulamentação em vigor, nos termos acima descritos, impõe-se, então, a sua responsabilização.
13. Feitas essas considerações, gostaria de passar pelos argumentos trazidos pelo Acusado em sua defesa. Em breve síntese, ele apontou que:
 - i. os Reclamantes teriam, com o intuito de provar o quanto foi por eles alegado, trazido cópias de termos de adesão não assinados, quando, como se sabe, as cópias detidas pelos investidores usualmente não são mesmo assinadas. Tal argumento

não afasta o fato de que, nas diligências realizadas nos arquivos do BESC identificaram-se diversos casos em que inexisiam os termos devidos. Vale reiterar, não se está julgando, aqui, a falta de um ou de dois termos de adesão, mas a inadequação das práticas adotadas pelo BESC;

- ii. as empresas de auditoria contratadas quando da incorporação do BESC pelo Banco do Brasil não apresentaram nenhuma ressalva quanto a tais pontos, embora o escopo de seu trabalho fosse justamente a identificação de riscos, contingências, falhas em controles, irregularidades e outras informações capazes de influenciar a decisão sobre o valor da incorporada. Também não me parece que se deva levar tal argumento em consideração. Por mais que as falhas identificadas no presente processo sancionador sejam, efetivamente, falhas de controles internos, a auditoria destinava-se a identificar processos capazes de afetar as relações de troca da incorporação – ela tinha, então, cunho mais amplo, não precisando, necessariamente, adentrar em detalhes que, para aquele fim, não se consideravam essenciais;
 - iii. o Acusado foi responsável pelas atividades da área apenas até 30.09.2008, havendo o Banco do Brasil (e a BB DTVM), posteriormente, assumido todas as atividades, "desmontado" a área e transferido todos os documentos para outros locais. Tal fato faria com que se perdesse o nexo causal entre a atuação do Acusado e o desaparecimento dos documentos. Ora, como apontado pelo próprio Acusado, tais documentos nunca foram guardados em arquivo centralizado, ficando nas respectivas agências. A pesquisa realizada pelo Banco do Brasil (e pela BB DTVM), aliás, foi feita nas próprias agências. A partir do momento em que se assume um procedimento daquela natureza, se está assumindo o risco de que cada agência adote um padrão de conduta diferente, a menos que se façam esforços de harmonização de tais procedimentos – ainda assim, o controle mostra-se mais problemático. Ante esse quadro, não vejo como meramente assumir que o desaparecimento de documentos decorre de fatos ocorridos após a incorporação e em razão desta.
14. Reitero, assim, que não vejo como afastar a responsabilidade do Acusado ante o quadro acima descrito e discutido. Antes de tratar dos critérios que adotarei para a sua apenação, porém, creio que se deve explorar outro ponto que surge na análise do presente caso. É a questão da responsabilidade da pessoa jurídica sucessora do BESC pela guarda daqueles documentos.
 15. Com efeito, se o diretor responsável não pode se eximir, sem que tenha tomado maiores cuidados, da responsabilidade pela adequada estruturação da área que estava sob a sua responsabilidade, isso não significa que a entidade administradora esteja isenta de responsabilidade. E por que motivo, no presente caso, não se procurou responsabilizar nem o Banco do Brasil, instituição que incorporou o BESC, nem a BB DTVM, nova administradora? A questão foi tratada nos autos, havendo sido mesmo objeto de parecer da Procuradoria Federal Especializada.
 16. Esta, em sua manifestação, afastou a possibilidade de inclusão do Banco do Brasil no pólo passivo do presente feito, reconhecendo que, ainda que a incorporação seja a operação pela qual uma sociedade é absorvida por outra, que lhe sucede em todos os seus direitos e obrigações, a responsabilidade da sucessora não é tão ampla ou tão irrestrita assim. Sustenta, dessa maneira, que "em homenagem aos princípios da personalidade e da individualização da pena" a imputação deve se restringir à pessoa do ora acusado. Em seu despacho, a Subprocuradora-Chefe da GJU-4 acompanhou tal posição, ressaltando, porém, que entendia importante realçar que, em determinados casos, pode haver responsabilização administrativa da sucessora.
 17. A questão dos limites da responsabilidade da incorporadora, civil, administrativa e criminal, é problemática e pouco explorada na doutrina pátria, que, como é comum em questões mais tormentosas, não raro fica restrita à temática mais genérica. A solução

vem sendo dada, assim, a partir de casos concretos. E parece-me que, a pouco e pouco, vêm se consolidando alguns entendimentos. Creio que, correndo o risco de uma generalização desta ordem, pode-se asseverar que obrigações de natureza civil são, usualmente, transferidas no processo sucessório – é o que vale para indenizações devidas, por exemplo. A responsabilidade propriamente penal, em consonância com o princípio da individualização da pena, referido pela douta Procuradoria, de modo geral tende a se extinguir, ainda que mesmo este entendimento deva ser nuançado em face da evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial a respeito da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. Já no que tange à responsabilidade administrativa, o regime é mais flexível.

18. Creio que uma prova dessa maior flexibilidade existente nos processos administrativos se encontra no art. 52 da Lei n. 9.784, de 29.1.1999, que dispõe que "[o] órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente". Trata-se de solução coerente com a natureza dos processos administrativos, que permite uma avaliação, pelo órgão responsável, da adequação da manutenção de procedimento persecutório em determinadas ocasiões.
19. A Advocacia Geral da União já teve oportunidade de sustentar, na Nota Técnica CGCOB/DIGE VAT N.º 46/2009, que tal possibilidade decorre "da natureza mista da sanção administrativa, que, (...), ora pode ser pessoal (aproximando-se da sanção penal) e ora pode ser real (semelhante à obrigação civil)". Embora tenha algumas ressalvas quanto à possibilidade de aplicação de tal esquema para a resolução de todas as questões que surgem quando se está tratando do presente tema, creio que ele é mais do que suficiente para o presente caso.
20. Trata-se, aqui, de sanção de conteúdo antes de qualquer outra coisa penal, tipicamente sancionatório, em razão de práticas e procedimentos inadequados que eram preexistentes à incorporação. É bem verdade que pode haver casos em que caiba mesmo a sucessão na esfera administrativa: o então Diretor Wladimir Castelo Branco Castro fala, em voto apresentado no Processo Administrativo Sancionador n.º 34/00 (julgado em 16.9.2004), no momento da instauração do processo administrativo como um dos elementos a ser levado em conta; o despacho da Subprocuradora-Chefe da GJU-4, no presente feito, aponta casos em que haja flagrante fraude. Há, ainda, os casos em que se evidencia a inexistência de qualquer ato, pelo sucessor, capaz de fazer cessarem as práticas irregulares².
21. Tendo em vista a natureza dos ilícitos identificados no presente caso, porém, não me parece haver como, com razoabilidade, responsabilizar também o Banco do Brasil. Não há como negar a responsabilidade do BESC, é verdade. Mas tal constatação não permite que se conclua que o Banco do Brasil, que incorporou aquela instituição, seja, *a priori*, responsável pelos descumprimentos descritos nos autos. Isso tanto em razão do acima exposto, quanto em razão da subsequente implementação, na rede da sociedade incorporada, de novos mecanismos de contratação de operações e de controles internos.
22. Isto posto, deve-se passar à questão da pena proposta para o Acusado. E neste ponto destaco que, mesmo se os argumentos por ele apresentados não têm o condão de elidir a ilicitude da conduta por ele praticada, não há, por outro lado, como desconsiderá-los completamente na dosimetria da pena a ser aplicada. Não há como negar, por exemplo, o quadro preexistente, no BESC.
23. Por outro lado, deve-se atentar para os "antecedentes" do Acusado. Em decisão ao Processo CVM n.º RJ 2005/5204, a ele foi imposta pena de advertência por infração ao item I, do § 8º, do artigo 13, da Circular BACEN n.º 2.616, de 18.9.1995. Isto, contudo, não significa dizer que há reincidência por parte do Acusado, pois os fatos apurados abrangem período anterior, indo de meados de 2005 ao fim de setembro de 2008; e o trânsito em julgado desta decisão se deu após a sua confirmação pelo CRSFN, em 5.11.2008.

24. Assim, ante o exposto, voto pela aplicação ao Acusado de pena de advertência por infração ao art. 30 da Instrução CVM n.º 409/2004.

É o meu voto.

Rio de Janeiro, 9 de agosto de 2011.

Otavio Yazbek

Diretor-relator

¹ Cf. artigos. 9º e ss da Instrução CVM n.º 387, de 28.4.2003.

² Esta "ressalva", ainda que no contexto das transferências de controle, foi feita pelo então Diretor Pedro Oliva Marcílio de Sousa, em seu voto ao Processo Administrativo Sancionador n.º 14/03, julgado em 15.5.2007: "*não creio ser possível aceitar essa tese [da extinção da punibilidade em razão da transferência de controle], a não ser que (i) a transferência tenha se dado, com o incentivo da autoridade reguladora, justamente em razão de falhas encontradas nos procedimentos da entidade regulada ou (ii) o adquirente do controle comprove que estabeleceu novos controles e substituiu os responsáveis anteriores (isto é, tomou medidas efetivas para alterar o ambiente de negócios da instituição adquirida com, entre outros, o objetivo de fazê-la cumprir as normas)*".

Declaração de voto do Diretor Aleksandro Broedel Lopes na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2010/9129 realizada no dia 09 de agosto de 2011.

Senhora Presidente, eu acompanho o voto do Relator.

Aleksandro Broedel Lopes

DIRETOR

Declaração de voto da Diretora Luciana Pires Dias na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2010/9129 realizada no dia 09 de agosto de 2011.

Senhora Presidente, eu acompanho o voto do Relator.

Luciana Pires Dias

DIRETORA

Declaração de voto da Presidente da CVM, Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2010/9129 realizada no dia 09 de agosto de 2011.

Eu também acompanho o voto do Relator e proclamo o resultado do julgamento, em que o Colegiado desta Comissão, por unanimidade de votos, decidiu aplicar ao acusado Luiz Gastão de

Lara a penalidade de advertência e encerro esta sessão, informando que o acusado punido poderá interpor recurso voluntário, no prazo legal, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Maria Helena dos Santos Fernandes de Santana

PRESIDENTE