REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 101 • janeiro-março de 1996

Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

Supervisor Geral: PROF. WALDÍRIO BULGARELLI

Comitê de Redação: MAURO RODRIGUES PENTEADO, HAROLDO D. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

ANO XXXV (Nova Série) n. 101 Janeiro-Março/1996

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 101 • janeiro-março de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

LIVRARIA TRIBUTARIA
Rua Cel. Xavier de Toledo, 210
7o. Andar - Conj. 74 - CEP 01048-000
Fone/Fax: 214-3716
3120. 3761

Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor: ROBERTO GALVANE

Gerente de Marketing: MELISSA TREVIZAN CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Eurotexto Informática Ltda. – ME. Av. Sete de Setembro, 1000, CEP 18245-000 - Campina do Monte Alegre – São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

AVISO AOS LEITORES

Havendo dirigido a Revista ininterruptamente desde o primeiro número de sua nova série, em 1971, deixo agora as funções de Diretor Executivo, esclarecendo que não participei da redação do nº 100 (outubro-dezembro/1995).

Fábio Konder Comparato

SUMÁRIO

DOUTRINA

Distribuição secundária no Brasil e no exterior de ações pertencentes à administração pública — LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES 9

A teoria dos grupos de sociedades e a competência do juízo arbitral — ARNOLDO WALD 21

A debênture como instrumento de aplicação e captação de recursos — DURVAL JOSÉ SOLEDADE SANTOS 27

Emissão de debêntures — NELSON EIZIRIK 37

Os débitos tributários das empresas. Responsabilidade de diretores, sócios-gerentes e controladores — JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 49

As hipóteses de recesso na Lei das Sociedades Anônimas — RENATA BRANDÃO MORITZ 56

As instituições financeiras e a taxa de juros — PEDRO FREDERICO CALDAS 76

ATUALIDADES

Inquérito administrativo CVM e recurso de ofício — LUIZ ALFREDO PAULIN 97

Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica: a experiência portuguesa — LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ 109

Representação comercial e distribuição comercial — Importância dos traços distintos — JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 114

Criação e desenvolvimento de uma sociedade de capital — Investimento: as lições do modelo francês — FRANÇOISE MONOD 119

JURISPRUDÊNCIA

As cooperativas e o direito dos cooperados retirantes ao valor atualizado de suas quotas-partes — JORGE EDUARDO PRADA LEVY 122

NOTICIÁRIO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI 133

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 135

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Association Henri Capitant; Ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários — CVM; Ex-Membro do Conselho Monetário Nacional.

DURVAL JOSÉ SOLEDADE SANTOS

Advogado; Consultor Jurídico e Superintendente de Operações da BNDES Participações S.A. — BNDESPAR.

FRANÇOISE MONOD

Master of Laws da Universidade de Harvard e advogada em Paris (associada de Sokolow, Dunaud, Mercadier & Carreras).

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JORGE EDUARDO PRADA LEVY

Advogado em São Paulo.

LUIZ ALFREDO PAULIN

Procurador da Fazenda Nacional junto ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional; Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo.

LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ

Mestre e Doutor em Direito; Professor de Direito Comercial da UNESP; Juiz de Direito da 9.ª Vara Cível de Ribeirão Preto.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro. Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários — CVM.

PEDRO FREDERICO CALDAS

Advogado em São Paulo.

RENATA BRANDÃO MORITZ

Advogada no Rio de Janeiro.

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM E RECURSO DE OFÍCIO

LUIZ ALFREDO PAULIN

Sumário: 1. Introdução — 2. Do recurso de ofício em procedimentos CVM: 2.1 Da adoção do recurso de ofício; 2.2 Decisões sujeitas ao duplo grau obrigatório; 2.3 Dos atos sujeitos ao recurso de ofício; 2.4 Da razão para existência do recurso de ofício; 2.5 Da impossibilidade do CRSFN determinar a devolução do inquérito à CVM — 3. Conclusão.

1. A partir de 1985, algumas decisões proferidas em Procedimentos Administrativos instaurados pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários contra Administrados, em decorrência do poder de polícia concedido a estas duas autarquias, passaram a se sujeitar ao denominado *recurso de ofício*.

O normativo que instituiu o denominado *recurso de ofício* era de clareza meridiana, não criando maiores problemas interpretativos. A única situação onde, pode-se dizer, dúvidas afloraram, refere-se à necessidade ou não de interposição de *recursos de ofício* em decisões de arquivamento proferidas pela Comissão de Valores Mobiliários, em Inquérito Administrativo. Em verdade, desde que foi introduzida esta nova sistemática, vem-se adotando posicionamento não absolutamente firme. Neste sentido, visa o presente trabalho analisar do cabimento de *recurso de ofício* contra decisões de arquivamento proferidas em Inquéritos Administrativos, levados a cabo pela Comissão de Valores Mobiliários.

2. Para análise de temática ora colocada, procurar-se-á, em um primeiro momento, fazer algumas colocações de caráter propedêutico, de sorte a evitar que ocorram mal-entendidos no decorrer do trabalho. Logo em seguida, procurar-se-á verificar que normativos introduziram o *recurso de ofício* nos procedimentos punitivos levados a efeito pela Comissão de Valores Mobiliários e pelo Banco Central do Brasil. Feito isto, dever-se-á interpretar o normativo em referência, para se constatar se o mesmo impõe o *recurso de ofício* contra as decisões de arquivamento de Inquérito Administrativo proferidas pela Comissão de Valores Mobiliários. Encerrado este aspecto, será o momento da analisar o assunto, a partir das regras processuais ordinárias, para que se saiba, até que ponto as regras processuais comuns impõem o *recurso de ofício* contra decisões como as ora tratadas. Em seguida, procurar-se-á estudar a questão de forma teleológica. Por último, dever-se-á perquerir da competência do Conselho de Recurso do Sistema Financeiro Nacional para conhecer de eventuais recursos de ofício interpostos em situações como as aqui descritas.

1. Introdução

3. Conforme já foi dito, antes de se ferir a temática propriamente dita, algumas advertências devem ser feitas.

4. Primeiramente, necessário que se diga que em momento algum, estar-se-á questionando quanto a constitucionalidade ou legalidade dos instrumentos normativos que embasam a ação da C.V.M., especialmente aquelas normas procedimentais que a Comissão de Valores Mobiliários emitiu inovando as Resoluções do Conselho Monetário Nacional.

5. Em segundo lugar, alerte-se que no transcrever deste trabalho estar-se-á empregando o termo *recurso de ofício*, posto que é esta a expressão de que se vale a Portaria n.º 346, de 3 de julho de 1985. Isto não quer dizer, de forma alguma, que se entenda que referido instituto tenha natureza de recurso ou que a expressão *recurso de ofício* seja a mais adequada para se referir a ele. Muito pelo contrário. Subscrevem-se, em sua totalidade, as críticas que a doutrina faz ao emprego desta expressão, comungando-se, desta maneira, com a maior parte dos tratadistas, que preferem denominar tal providência indispensável para validade da sentença por *duplo grau obrigatório* ou *reexame necessário*.[1] Entretanto, na medida em que o próprio normativo se vale da expressão *recurso de ofício*, forçosamente dever-se-á utilizar dela no decorrer do pronunciamento.

6. Outro alerta que deve ser previamente feito prende-se às peculiaridades dos procedimentos conduzidos pela Comissão de Valores Mobiliários. Tal alerta é feito, porque, no mercado financeiro e de capitais, a maior parte dos Procedimentos são originários do Banco Central do Brasil. Com isto, muitas vezes, erroneamente pretende-se atribuir a regras aplicáveis ao procedimento conduzidos pelo Banco Central do Brasil caráter de universidade, estendendo-se ao procedimento Comissão de Valores Mobiliários princípios aplicáveis exclusivamente a procedimentos instaurados pela autarquia federal criada pela Lei 4.595, de 31.12.64. Devido a isto, deve-se sublinhar que o procedimento levado a cabo pela Comissão de Valores Mobiliários, para verificação de violações às normas constantes da Lei 6.385, de 7.12.76, e normas complementares, difere, em muitos aspectos, dos procedimentos levados a cabo pelo Banco Central do Brasil, tendentes à constatação de violações aos objetivos da Lei 4.595, de 31.12.64.

7. Com efeito, dentre as várias diferenças existentes entre os dois procedimentos, uma é digna de nota, interessando, sobremaneira, para compreensão da presente controvérsia. É que, ao contrário do que ocorre com procedimentos regidos pelo Regulamento Anexo à Resolução 1.065, de 5.12.85, aqueles conduzidos com base no Regulamento Anexo à Resolução 454, de 16.11.77, comportam duas fases: uma de Inquérito e outra de Processo Administrativo propriamente dito. Assim, no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, verificada a ocorrência de fato que pode se caracterizar como prática não eqüitativa ou ato ilegal, a autarquia constitui uma comissão de inquérito, objetivando

(1) Alcides de Mendonça Lima. *Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed., S. Paulo, Ed. R. Tribs. 1994. Na p. 259., manifesta-se o autor, a respeito da natureza do *recurso de ofício*, nos seguintes termos: Apesar da denominação hoje relegada e que era tradicional, nunca foi recurso, mas, mera providência para eficácia, validade e, conseqüentemente, executividade da sentença, que tinha de ser apreciada pelo órgão superior, nos casos expressamente consignados em lei. Prevaleceu o ponto de vista do autor do Anteprojeto (Buzaid), com anuência da maioria dos processualistas (L. A. Andrade; W.M. Pimentel; R.L. Tucci; C.R. Dinamarco, também com nossa adesão).

apurar a eventual ilicitude da conduta e o envolvimento de pessoas submetidas ao poder de polícia do órgão. Esta comissão tem funções investigativas devendo, ao final de seus trabalhos, apresentar suas conclusões a respeito do assunto que lhe foi submetido. Com a entrega do relatório, por parte da comissão de inquérito, duas possibilidades se abrem à autarquia federal. Caso entenda pela inocorrência de ilícito administrativo ou pela inexistência de elementos que indiquem a responsabilidade dos indicados, determinará o arquivamento do inquérito. Caso contrário, intimará o indicado a oferecer defesa, iniciando-se, a partir daí, o contraditório propriamente dito.

8. Portanto, verifica-se especialmente no que tange a fase investigativa, haver profundas dissemelhanças entre procedimentos conduzidos pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários.

2. Do recurso de ofício em procedimentos CVM

9. Superados estes aspectos preliminares, cumpre adentrar ao questionamento propriamente dito. Como se viu acima, no procedimento conduzido pela Comissão de Valores Mobiliários, finda a fase investigativa, uma das possibilidades que surge é por se concluir pela ocorrência de indícios quanto à materialidade e autoria de uma dada irregularidade. Tal se dando, a autarquia federal intimará os administrados para apresentar defesa. Nesta hipótese, o Processo Administrativo terá curso normal, ensejando decisão terminativa, sujeita aos recursos voluntários ou de ofício estabelecidos em lei. Porém, como se viu, pode o inquérito concluir pela inexistência de fato típico ou pela inexistência de indícios quanto a sua autoria. Neste caso, o procedimento não ultrapassará a fase de inquérito. Vale dizer: apresentado o relatório do inquérito por parte de competente comissão cientificando a inexistência de figura típica ou indícios de autoria, a autarquia deverá optar pela não instauração do Processo Administrativo propriamente dito.

É, pois, quanto a este ato decisório que se instaura a polêmica relacionada à necessidade de se interpor *recurso de ofício* ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Entende-se evidenciado que da decisão prolatada pela CVM neste momento, não cabe *recurso de ofício*, conforme abaixo explicitado.

2.1 Da adoção do recurso de ofício

10. No momento em que foi conferido legalmente poder de polícia ao Banco Central do Brasil e à Comissão de Valores Mobiliários, não havia previsão de que suas decisões, prolatadas em procedimentos tendentes à punição de infrações ao objetivo da lei bancária ou a lei que regulamenta o mercado de capitais, estivessem sujeitas ao reexame necessário. De fato, tanto a Lei 4.595, de 31.12.64, como a Lei 6.385, de 7.12.76, são silentes a respeito do assunto. As normas regulamentares dos procedimentos punitivos expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, nada acrescentaram à temática. É somente com o advento do Regimento Interno do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, aprovado por meio da Portaria do Ministério da Fazenda 346, de 3.7.85, que certas decisões prolatadas pelas duas autarquias tornam-se sujeitas ao reexame obrigatório. Dita Portaria introduziu o *recurso de ofício* nos procedimentos punitivos conduzidos pelo Banco Central do Brasil e pela

Comissão de Valores Mobiliários, através de seu art. 9.º, *verbis:*

"Art. 9.º — Observados os prazos e efeitos previstos na legislação pertinente, o recurso será interposto:

I — pela parte, em petição dirigida ao Presidente do Conselho e apresentada perante o órgão ou entidade que houver aplicado a penalidade;

II — de ofício, por despacho no próprio ato que deixar de aplicar a penalidade.

Parágrafo único — Na ausência de disposição legal expressa, o prazo para interposição de recurso, sem efeito suspensivo, será de 30 (trinta) dias".

11. Conseqüentemente, com a entrada em vigor deste normativo, certas decisões prolatadas pelo BACEN ou pela CVM só são alcançadas pela preclusão, após serem reexaminados pelo órgão criado pelo Decreto 91.152, de 15.3.85. Faz-se mister, assim, estabelecer quais decisões estariam sujeitas ao *recurso de ofício.*

2.2 Decisões sujeitas ao duplo grau obrigatório

12. Dessume-se do texto legal retrotranscrito que o *recurso de ofício* é cabível, quando a autoridade *a quo* deixar de aplicar penalidade. Neste sentido, necessário que se constate se o despacho prolatado pela Comissão de Valores Mobiliários determinando o arquivamento do inquérito se qualifica como ato que deixa de aplicar penalidade, e, portanto, sujeito ao reexame obrigatório. Esposa-se o entendimento que *ex vi legis* o simples despacho, determinando a remessa dos autos ao arquivo, não pode ser classificado como ato com as características estipuladas pelo art. 9.º, II, acima reproduzido. As razões deste seu entendimento são a seguir expostas.

13. A interpretação de um texto legal merece certo cuidado. A leitura apressada de disposição legais, muitas vezes, conduzem a falsas conclusões. É o caso do art. 9.º, II, da Portaria 346, que, se tomado sem o devido cuidado, corre-se o risco de considerar que qualquer pronunciamento diverso daquele que aplica penalidade, estaria sujeito ao regime do reexame obrigatório. A mera exposição da idéia, por si só, já é um argumento *ab absurdum*[2] quanto à sua incorreção. Deveras, não é crível se atribuir ao legislador a adoção de um sistema processual absolutamente caótico, o qual feriria as regras mais elementares da lógica, bem como, e especialmente, o princípio da eficiência a que a Administração está sujeita. De fato, submeter a quase totalidade das manifestações processuais ao reexame necessário, implicaria em eternizar qualquer procedimento conduzido pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários. Descarte-se, desde logo, a possibilidade deste interpretação encontra-se correta, uma vez que, ao adotá-la estar-se-ia concebendo o legislador como um irresponsável, o que não é factível. Cumpre, pois, prosseguir no trabalho, tentando alcançar o adequado sentido do art. 9.º, II, da Portaria 346, de 3.7.85.

14. A leitura menos perfunctória do texto *sub exame* conduz a conclusões diferentes das expostas acima, e de

(2) Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Ed. Atlas, 1991. Na p. 307 assim se explica o argumento *ab absurdum*: "No plano da retórica fala-se em absurdo quando a demonstração conseqüente de uma proposição nos conduz a uma conclusão manifestamente inaceitável, o que nos obriga a reconhecer a "verdade" da proposição oposta. Este é, genericamente, o sentido da chamada prova pelo absurdo. Estritamente, portanto, como argumento, absurdo não é o destituído de sentido, mas o que tem um sentido falso (isto é, inaceitável para o senso comum)".

conteúdo bem mais razoável. Ora, o texto constante do art. 9.º, II, da Portaria 346, de 3.7.85, é claro ao afirmar que o *recurso de ofício* é interposto *no próprio ato que deixar de aplicar a penalidade*. Portanto, nos termos do texto legal, sujeitam-se ao *recurso de ofício* os atos que deixarem de aplicar penalidades. Neste passo, força é relembrar que só deixa de aplicar penalidade quem poderia fazê-lo e não o fez. Isto é, a faculdade de deixar de aplicar penalidade é unicamente daquele que estava autorizado a aplicar determinada sanção, e, com base na lei, opta por não o fazer. É este o exato sentido que tem o texto legal. Tendo alcançado este entendimento teórico, há de se aplicar as conclusões à questão prática da qual se ocupa este trabalho. Vale dizer: o despacho exarado pela Comissão de Valores Mobiliários determinando o arquivamento de um inquérito, é ato procedimental onde a autoridade deixou de aplicar uma penalidade?

15. A resposta à pergunta acima é, sem sombra de dúvida, negativa. O pronunciamento da Comissão de Valores Mobiliários, que determina a remessa do inquérito ao arquivo, não é ato onde se deixa de aplicar penalidade, posto que, *nesta fase do procedimento*, o agente público não estava legalmente autorizado a aplicar qualquer sanção. De fato, quando um dado inquérito, concluído por uma comissão, é enviado ao colegiado, este, à vista do relatório final poderá: a) remeter os autos ao arquivo; ou b) intimar o indicado a apresentar defesa. Verifica-se, então, que nesta fase não se permite à autoridade aplicar ou deixar de aplicar penalidades. Se assim o é, não apresenta esta Ato Administrativo as características necessárias para ensejar a interposição de um *recurso de ofício*.

16. De todo o exposto, pode-se concluir, a partir da interpretação dos termos do art. 9.º, II, da Portaria 346, de 3.7.85, que a decisão prolatada pela Comissão de Valores Mobiliários, determinando a remessa de inquérito ao arquivo, não se sujeita ao *recurso de ofício*.

2.3 Dos atos sujeitos ao recurso de ofício

17. Como já se viu, a interpretação do art. 9.º, II, da Portaria 346, de 3.7.85, conduz à certeza de que as decisões prolatadas pela Comissão de Valores Mobiliários, na fase de inquérito, não se sujeitam ao reexame obrigatório. Tal fato, por si só, seria suficiente para encerrar imediatamente o debate. Todavia, objetivando uma abordagem definitiva sobre o assunto, necessário que se analise a questão sobre outros ângulos, de sorte a comprovar a exatidão da conclusão a que se chegou nos itens anteriores. Para tanto, aconselha-se que, inicialmente, se verifique se a decisão prolatada pela CVM, em sede de inquérito, tem natureza tal que permita seja ela objeto de *recurso de ofício*.

18. Para uma conveniente análise do assunto, a pesquisa não poderá ficar restrita ao Direito Administrativo. Com efeito, o instituto não é originário do Direito Administrativo, que o tomou por empréstimo de outro ramo do direito. Destarte, é no ramo de Direito de onde se originou que se buscará compreender que espécie de decisões submete-se ao reexame necessário.

19. O *recurso de ofício* é instituto encontrado no processo comum. Surge ele no direito processual penal lusitano.[3] Segundo consta, o instituto teria imigrado para o processo civil, por conta do

[3] José Frederico Marques. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 364.

legislador pátrio. Buzaid[4] resume a temática, nos seguintes termos:

"Discute-se a questão de saber se tal apelação se justifica em face dos princípios da ciência moderna. Historicamente o instituto teve sua origem na época em que surgiram os primeiros acenos da concepção publicista do processo criminal, representando, por um lado, um reforço da autoridade real, em cuja Corte se desembargava a apelação e, por outo lado, uma garantia aos direitos de defesa do acusado. Evoluiu o instituto, no direito lusitano, sempre como figura do processo criminal, sem entrar em jogo qualquer consideração em favor da Real Fazenda, ou da Fazenda Pública, ou a defesa oficial do matrimônio, cuja anulação se pleiteava em juízo. Só no direito brasileiro é que se vai observar essa extensão, onde a matéria foi inovada e posta sob novos princípios".

20. Dispensável pesquisa mais elaborada nas obras dos processualistas para que se afirme categoricamente que o *recurso de ofício* se aplica primordialmente contra sentenças. Tanto assim o é, que a clássica monografia de Buzaid sobre o assunto intitula-se "*Da Apelação Ex-officio*".[5] Tendo escolhido este nome, o autor já faz transparecer que o objeto do *recurso de ofício* é justamente a sentença, eis que apelação é "recurso cabível contra sentença (art. 513), isto é, contra ato pelo qual o juiz põe fim ao procedimento de primeiro grau, decidindo ou não o mérito (art. 162, § 1.º)."[6]

21. No campo do Processo Civil é exatamente isto que acontece. Ou seja, o *recurso de ofício* (reexame obrigatório) se dirige exclusivamente contra as sentenças. Comentando o assunto, um antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal[7] lecionava:

"Visando, porém, ao resguardo de certos interesses de ordem pública (interesses de família, da União, do Estado ou do Município e da Fazenda Pública), a lei, no art. 475 do Código de Processo Civil, prescreve a exigibilidade do cumprimento do princípio do duplo grau de jurisdição, sempre que aqueles interesses não tenham prevalecido na sentença. *Isso se dá apenas relativamente à sentença*". (grifo nosso).

22. No campo do processo penal, situação semelhante se apresenta. Regra geral, o Código de Processo Penal estabelece, em seu art. 574, que se sujeitam ao reexame obrigatório tão-somente *sentenças*. Diz o mencionado diploma legal:

"Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:

I — da sentença que conceder *habeas corpus*;

II — da que absolver desde logo o réu, com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.

23. É certo que, no processo penal, legislação extravagante abre algumas exceções à regra, segundo a qual o *recurso de ofício* se dirige somente contra sentença. Todavia, são casos esparsos que não desnaturam o instituto.

24. Pelo que foi visto, conclui-se que ordinariamente o *recurso de ofício*

(4) Alfredo Buzaid. *Da Apelação Ex-officio*. São Paulo, Edições Saraiva, 1951, p. 38.

(5) *Op. cit.*

(6) José Carlos Barbosa Moreira. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense 1983, p. 181.

(7) Moacyr Amaral Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3.ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1979, 3.º v., p. 94.

(reexame obrigatório) se dirige contra sentenças. Ou seja, é da essência do *recurso de ofício* dirigir-se contra sentenças.

25. Alcançado o entendimento acima exposto, indispensável que se questione se a decisão proferida pela Comissão de Valores Mobiliários, determinando a remessa do inquérito ao arquivo, tem natureza de sentença. Neste passo, imprescindível relembrar a existência, na ciência jurídica, de princípio de caráter propedêutico, segundo o qual sentenças são prolatadas exclusivamente por órgãos judiciais. Logo, impróprio se caracterizar qualquer Ato Administrativo, ainda que decisório, como *sentença*. Conquanto tal seja verdadeiro, não é menos verdadeiro que certos Atos Administrativos, especialmente proferidos em processos administrativos jurisdicionalizados, apresentam similitude com a sentença. Destarte, haveria de se perquirir se o ato que determina a remessa de inquérito ao arquivo enquadra-se na categoria de atos assemelhados à sentença. É o que se fará, em prosseguimento.

26. Entende-se que, em processos punitivos como os aqui tratados, assemelham-se às sentenças aquelas decisões, especialmente as de mérito, proferidas após instaurado o contraditório, que põe fim ao procedimento. Nos procedimentos levados a cabo pela Comissão de Valores Mobiliários, com base na Resolução 454, de 16.11.77, não é necessário maior esforço para se concluir que típico ato decisório, que põe termo ao Processo, é aquele proferido, quando do julgamento do P.A. Tal julgamento se dá, como se sabe, após os acusados terem exercido seu direito de defesa. Para ser mais exato, o ato assemelhado à sentença é aquele proferido com base nos arts. 10 a 15 do Regulamento anexo à Resolução 454, de 16.11.77, cujo título denomina-se do "Julgamento em Primeira Instância" (art. 10 e seguintes).

27. Se o ato no Processo CVM que se assemelha à sentença é a decisão de primeira instância (arts. 10 ss. do Regulamento anexo à Resolução 454, de 16.11.77) seria ela que comportaria sujeitar-se ao duplo grau obrigatório.

28. A decisão proferida pela Comissão de Valores Mobiliários determinando a remessa do inquérito para o arquivo não apresentaria as características e a natureza de ato decisório final, que comporte sujeição ao *recurso de ofício*. Ainda fazendo paralelo com a Teoria Geral do Processo, poder-se-ia qualificar o despacho que determina o arquivamento do inquérito como algo se dá em uma fase pré-processual. Para melhor compreensão, tomar-se-á como paradigma para o Processo Administrativo CVM, o Processo Penal comum. Fazendo-se um paralelo entre os dois procedimentos, o despacho que determina o arquivamento do inquérito CVM eqüivaleria à fase do processo penal onde a autoridade judiciária determina o arquivamento do inquérito policial. Este ato, ainda que proferido por autoridade judiciária, não é considerado sentença. Como bem reconhece a doutrina, tem natureza de despacho interlocutório.[8] Entende-se que a decisão determinando o arquivamento do inquérito CVM tem natureza assemelhada à proferida no inquérito policial, ou seja, tem natureza de despacho interlocutório. Não tendo, assim, natureza assemelhada à sentença, a decisão prolatada em inquérito conduzido pela CVM, não é o do tipo contra a qual seja possível a interposição de *recurso de ofício*.

(8) Júlio Fabbrini Mirabete. *Processo Penal*. S. Paulo, Ed., Atlas, 1991, p. 95.

29. Isto posto, estribando-se na Teoria Geral do Processo, conclui-se que, no presente caso, não seria próprio a propositura de *recurso de ofício*.

2.4 Da razão para existência do recurso de ofício

30. Como já se encontra demonstrado, decisões proferidas pela Comissão de Valores Mobiliários determinando a remessa de inquéritos ao arquivo não são objeto de reexame necessário. Os motivos que embasam tal conclusão encontram-se devidamente declinados nos itens precedentes. A despeito deste fato, existem outros argumentos que reforçam esta conclusão. Estas novas ponderações em favor da tese do não cabimento do *recurso de ofício* em situações como a aqui tratada, têm como suporte argumentos ligados à finalidade precípua do *recurso de ofício*, que passam a ser expostos.

31. Muitos tratadistas pátrios se dispuseram a analisar a finalidade do *recurso de ofício*. Por certo, uma das mais felizes abordagens é de Pontes de Miranda[9] que, em lição magistral, ensina:

A exigência do duplo grau de jurisdição derivou de se entender que se precisa evitar, por motivo objetivo (art. 475, I) ou subjetivo (art. 475, II e III), que um só juiz ou corpo julgador profira a sentença. Uma dessas espécies ligada à matéria, ao objeto, é a das ações de inexistência, nulidades ou anulação de casamento. Pareceu perigoso ao legislador que *tais ações pudessem ter sentença transitada em julgado* se só um juiz foi o prolator (grifo nosso).

32. Vê-se, pois, que a existência do *recurso de ofício* está intimamente ligada à necessidade de que ações que resguardem interesses relevantes para o Estado ou Sociedade ganhem o *status* de coisa julgada, sendo atingida, pois, pela imutabilidade, somente após terem sido revistas por um órgão colegiado. Esta opinião é compartilhada por Alcides de Mendonça Lima,[10] do qual meditando a respeito da conveniência do chamado *recurso de ofício*, assim se expressa:

"Com isso, previnem-se maiores prejuízos, mesmo sacrificando o possível desfecho rápido, mesmo que a parte vencida — e presuntivamente a maior lesada com a manutenção da sentença — se haja conformado com o resultado. Realmente, os órgãos do Ministério Público ou das Consultorias Gerais (da República, dos Estados, ou dos Municípios, quando agem como verdadeiros "advogados" daquelas entidades públicas), como fazia sentir João Monteiro, no lance transcrito, têm o dever de atuar com lisura na fiscalização e vigilância, sobretudo em tais processos. O Anteprojeto do Código prescrevia que, "intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público (...). III — apelará da sentença que anular o casamento" (art. 92). Desde o Projeto que o inciso foi suprimido, situação mantida no texto definitivo. Entretanto, o dispositivo era inócuo, *porque seu não cumprimento deixava de atingir a finalidade da lei: evitar o trânsito em julgado se não reexaminada a sentença em grau superior*. Na verdade, se por descuido, negligência, ignorância ou causas ocultas de improbidade (forçado por contingências do poder econômico ou político-partidário; coação moral; vinculações escusas etc.), o agente deixa de usar o recurso que a lei

(9) Pontes de Miranda. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1974, Tomo V, p. 216.

(10) Alcides de Mendonça Lima. *Introdução aos Recursos Cíveis*. 2.ª ed., S. Paulo, Ed. RT, 1976, p. 192/193.

lhe impõe (e que é igual ao voluntário de qualquer das partes), ele poderá pessoalmente ser responsabilizado, administrativa ou criminalmente, sendo até punido. Mas, nem por isso, deixa de operar-se a coisa julgada pelo trânsito da sentença não impugnada pelo recurso hábil" (grifo nosso).

33. A partir dos elementos suprafornecidos patenteia-se que, uma das razões (mas não a única) para existência do *recurso de ofício*, prende-se ao interesse de evitar que haja o trânsito em julgado de certas causas consideradas relevantes para o Estado ou para a Sociedade — trânsito em julgado este que acarretará as conseqüências conhecidas (especialmente a imutabilidade do *decisum*) — sem que um órgão superior, de composição coletiva, reexamine, *in totum*, a sentença prolatada. Neste passo, é de se indagar se as decisões proferidas pela Comissão de Valores Mobiliárias, em sede de inquérito, apresentam características tais que devam ser protegidas pelo *recurso de ofício*. Entende-se que não, conforme se tentará demonstrar.

34. O ponto fundamental do *recurso de ofício*, como se viu, situa-se no interesse em não permitir que uma decisão seja alcançada pela imutabilidade, própria da coisa julgada, antes de ser reexaminada por um Tribunal Superior. Desde logo, sabendo-se que as reflexões que serão feitas doravante encontram-se no campo administrativo, em homenagem a precisão terminológica, deve-se ter em mente que a utilização da expressão coisa julgada não é apropriada neste ramo do Direito. Deveras, como bem já ensinava Hely Lopes Meirelles:

"não existe coisa julgada administrativa, muito embora certas decisões Administrativas possam ser alcançadas pela imutabilidade, em razão da preclusão".[11]

A despeito de inexistir coisa julgada administrativa, impossível deixar de reconhecer que decisões prolatadas em certos processos administrativos jurisdicionalizados podem vir a criar algo assemelhado à coisa julgada material. Assim ocorreria se em procedimento punitivo que se guiasse pelas normas da Resolução 454, de 16.11.77, após um acusado ter sido intimado a apresentar defesa, fosse proferida decisão absolvendo-o. Esta decisão, observados os trâmites legais (inclusive o pronunciamento do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional) seria alcançada pela preclusão, não podendo o caso, a partir daí, ser reaberto contra quem já tivesse sido absolvido administrativamente.

Porém, há outras decisões proferidas pelas CVM em que conseqüências iguais a esta não se verificam. É o caso, por exemplo, da decisão de arquivar um dado inquérito administrativo. Tal despacho não criaria qualquer impedimento para que a autarquia, futuramente, e desde que surgissem novos fatos ou novas evidências, instaurasse novo procedimento inquisitório, tendente a investigação de fatos irregulares. Ou seja: nesta fase processual desnecessário que haja um *recurso de ofício*, para garantir que certas matérias não se perpetrem ou ganhem o *status* de imutabilidade, que impeçam o Poder Público de reexaminá-las.

35. Portanto, verifica-se que a decisão prolatada em inquérito não é daquela capaz de criar administrativamente algo semelhante a coisa julgada material, isto é, algo caracterizado pela imutabilidade. Assim sendo, também sob este aspecto,

(11) Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed., S. Paulo, Malheiros Ed. 1992, p. 582.

mostra-se sem sentido querer ser impor um *recurso de ofício* contra decisão que determina o arquivamento de inquérito. Ou seja: se uma das finalidades do *recurso de ofício* é se evitar a criação de decisões materialmente imutáveis, sem que antes um órgão colegiado analise o assunto, não haveria razão para que decisão prolatada em simples inquérito, a qual, como já concluiu, não impede a Administração voltar a examinar os fatos, sujeite-se ao reexame necessário.

36. Isto posto, também sob este aspecto, demonstra-se sem qualquer fundamento advogar-se a obrigatoriedade das decisões proferidas pela Comissão de Valores Mobiliários em inquérito sujeitaram-se ao reexame necessário.

2.5 Da impossibilidade do CRSFN determinar a devolução do inquérito à CVM

37. Até o momento vem-se tratando do não cabimento do *recurso de ofício*, em decisões prolatas, em inquérito pela Comissão de Valores Mobiliários, determinando seu arquivamento. Crê-se que não resta qualquer controvérsia a este respeito. Todavia, no intuito de seu esgotar todos os aspectos polêmicos que a temática oferece, mister se faz examinar a competência do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional para conhecer de *recurso de ofício* como o ora estudado, caso ele fosse cabível. É o ponto que passa a ser ferido.

38. Na hipótese de um *recurso de ofício*, com as características supra, ser recebido pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, duas possibilidades se apresentariam ao órgão: concordar ou discordar das conclusões da Comissão de Valores Mobiliários. No primeiro caso, isto é, se houvesse coincidência entre o posicionamento da Comissão de Valores Mobiliários e do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional nenhum tipo de celeuma sugiria. A decisão seria confirmada e os autos remetidos ao arquivo. Contudo, tome-se por hipótese a possibilidade de Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional discordar do posicionamento da autoridade *a quo*. Que alternativas restariam ao órgão *ad quem*?

39. Desde logo, afaste-se a possibilidade do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional aplicar qualquer penalidade aos eventuais *recorridos de ofício*. De fato, não tendo sido estes intimados a apresentarem defesa, eventual condenação seria classificada, no mínimo, com arbitrária. Neste passo, a lição de Hely Lopes Meirelles:[12]

"Garantia de defesa: o princípio da garantia de defesa, entre nós, está assegurado no inciso LV do art. 5.º da CF justamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV), que tem origem no *due process of law* do Direito anglo-norte-americano.

Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos de instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. (...).

Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou, mais especificamente, da garantia de defesa".

(12) *Op. cit*, p. 588.

40. Neste mesmo sentido, as palavras da Titular do Largo de São Francisco (FADUSP):[13]

"Como, então, relacionar, os incisos LIV e LV do art. 5.º da CF?

Ana Lúcia Berbert Fontes afirma que o texto de 1988 visou, com o inciso LV, garantir princípio do devido processo legal. Contudo, parece melhor dizer que o inciso LIV especifica, para a esfera administrativa, o devido processo legal, ao impor a realização do processo administrativo, com as garantias do contraditório e ampla defesa, nos casos de controvérsia e ante a existência de acusados. No âmbito administrativo, desse modo, o devido processo legal não se restringe somente às situações de possibilidade de privação de liberdades e de bens, mas abrange as hipóteses de controvérsia ou conflito de interesses e de existência de acusados.

No concernente aos sujeitos, o devido processo legal significa o conjunto de garantias que lhes são propiciadas para tutela de posições jurídicas ante a Administração. Sob o ângulo do poder público consiste na obrigatoriedade de atuar mediante processo em determinadas situações.

A combinação dos incisos LIV e LV do art. 5.º resulta na imposição de processo administrativo que ofereça aos sujeitos oportunidade de apresentar sua defesa, suas provas, de contrapor seus argumentos a outros, enfim, a possibilidade de influir na formação do ato final. O devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo" (grifo nosso).

41. Como se vê, aplicar penalidade sem garantir o direito de defesa é ato que afronta o próprio texto constitucional.

42. Certamente se dirá que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional poderia conhecer do recurso, determinando a continuidade do procedimento contra os acusados. Conquanto tal se afiguraria uma solução plausível, entende-se que a lei não atribuiu esta função ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Realmente, não há qualquer disposição no Dec. 91.152, de 15.3.85, ou na Portaria 346, de 3.7.85, onde este mister seja atribuído ao colegiado.

43. Muito pelo contrário. As normas em vigor restringem a competência do Conselho à análise de penalidades. Veja que o Dec. 91.152, de 15.3.85, em seu art. 1.º, II, é claro ao dizer:

"Art. 1.º — Fica criado, no Ministério da Fazenda, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, com a finalidade de julgar, em segunda e última instância, os recursos interpostos das *decisões relativas à aplicação de penalidades* administrativas previstas: (...)

II — no § 4.º do art. 11 da Lei 6.385, de 7.12.1976" (grifo nosso).

44. Por sua vez, o art. 11, § 4.º, da Lei 6.385, de 7.12.76, dispõe:

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

§ 4.º — As penalidades só serão impostas com observância do procedimento previsto no § 2.º do art. 9.º, cabendo recurso para o Conselho Monetário Nacional, nos termos do regulamento por este aprovado.

(13) Odete Medauar. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 1993, p. 82.

45. Portanto, não é função do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional ordenar à Comissão de Valores Mobiliários que transforme inquérito em processos administrativos, tampouco é sua incumbência determinar quem deva ser intimado para apresentar defesa. Logo, em situações como a presente, ainda que cabível o *recurso de ofício*, conclui-se que o órgão criado pelo Dec. 91.152, de 15.3.85, não teria poderes para conhecê-lo. Realmente, é inerente ao exercício da função recursal a possibilidade de reformar a decisão reexaminada. Na medida em que não se concede poder de reforma, não se está atribuindo função recursal ao órgão. Conseqüentemente, ainda que se por absurdo o *recurso de ofício* fosse cabível contra decisões da Comissão de Valores Mobiliários que determinam o arquivamento de inquéritos, este Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional não seria competente para conhecê-lo.

3. Conclusão

46. De todo o exposto até aqui, pode-se concluir:

a) as decisões proferidas pela Comissão de Valores Mobiliários ao fim de inquéritos administrativos, não estão sujeitas a *recurso de ofício*, com base no que estipula o art. 9.º da Portaria 346, de 3.7.85;

b) reforça este entendimento as características do *recurso de ofício*, conforme os parâmetros dados pela Teoria Geral do Processo, onde fica claro que não se intenta o *recurso de ofício* contra decisões de caráter interlocutório, prolatadas em fase pré-processual;

c) também em favor deste entendimento encontra-se o fato de que a finalidade normalmente atribuída ao *recurso de ofício* é impedir que certas decisões se perpetuem, sem que sejam reexaminadas. No caso das decisões proferidas nos inquéritos, tem se entendido que a Administração pode reabrir as investigações, na hipótese de surgirem evidências novas. Portanto, desnecessário se mostraria que tais decisões, passíveis de serem revistas, fossem protegidas pelo reexame obrigatório;

d) ainda que cabível o *recurso de ofício*, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional não poderia conhecê-lo, visto que a legislação vigente não lhe conferiria poderes recursais, nesta área.