BSM-1997/2013

GERAÇÃO FUTURO CORRETORA DE VALORES
Criando valor para você.

Gerência Jurídica Fls. 182 B/13 BSM

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MEMBROS INTEGRANTES DO CONSELHO DE SUPERVISÃO DA BM&FBOVESPA SUPERVISÃO DE MERCADOS - BSM

Processo Administrativo Ordinário nº 8/2013

GERAÇÃO FUTURO CORRETORA DE VALORES S.A., sociedade com sede na Praça XV de Novembro, nº 20 - 12º andar, 1.201-B, centro, cidade e estado do Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ/MF sob nº 27.652.684/0001-62 ("**GERAÇÃO FUTURO**") e **Amilton José Bardelotti**, brasileiro, casado, administrador de empresas, inscrito no CPF/MF sob nº [redacted] ("**Sr. Amilton**") (**GERAÇÃO FUTURO** e **Sr. Amilton**, em conjunto, denominados simplesmente como "**DEFENDENTES**"), [por sua advogada que a esta subscreve - **Doc. 01**], vêm, respeitosamente, à presença deste E. Conselho de Supervisão, com fulcro no artigo 16 do Regulamento Processual aprovado por Resolução do antigo Conselho de Administração da BSM ("**Regulamento Processual**"), apresentar

11:10 22/10/2013 010879 BSM/DAK

DEFESA

nos autos do Processo Administrativo Ordinário nº 8/2013 ("**PA 8/2013**") instaurado pela BM&FBOVESPA Supervisão de Mercados ("**BSM**"), pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

I. DA TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE DEFESA

1. Nos termos do OF/BSM/GJUR/PAD-365/2013, de 12 de setembro de 2013, o prazo para apresentação de DEFESA nos autos deste **PA 8/2013** foi prorrogado e expira em 22.10.2013. Esta DEFESA é, portanto, tempestiva.

M.

Gerência Jurídica Fls. 183 8/13 BSM

II. FATOS QUE ANTECEDERAM A INSTAURAÇÃO DESTE PROCESSO ADMINISTRATIVO

2. Este **PA 8/2013** foi instaurado em razão de supostas infrações apuradas pela Gerência de Auditoria de Participantes da BSM ("**GAP**") em operações e registros realizados entre 01.08.2012 e 31.10.2012, as quais foram descritas no Relatório de Auditoria Operacional nº 19/2013 ("**Relatório de Auditoria 19/13**").

3. Em 01.03.2013, a **GERAÇÃO FUTURO** apresentou esclarecimentos e afastou os pontos levantados pela GAP, assim como informou a este E. Órgão Regulador sobre melhorias que já haviam sido, que vêm sendo e/ou que estão aptas a serem implementadas em seus sistemas e mecanismos de controles internos. Não obstante os esclarecimentos feitos e as evidências produzidas, foi instaurado o presente Processo Administrativo, mediante Termo de Acusação.

4. Posteriormente, em 03.10.2013, os **DEFENDENTES**, convictos sobre a regularidade de suas operações, sistemas e mecanismos de controles internos, apresentaram a este E. Conselho nova manifestação, endereçando, ponto a ponto, os motivos pelos quais as supostas acusações são insubsistentes e, concomitantemente, apresentando **Requerimento de Celebração e Proposta Completa de Termo de Compromisso** ("**Proposta de Termo de Compromisso**"), conforme lhe é facultado pela regulamentação em vigor.

5. Tendo em vista a regulamentação aplicável (arts. 16, §2º e 48 do Regulamento Processual da BSM), não foi possível a inclusão, na Proposta de Termo de Compromisso, das acusações objeto dos itens 75 a 77 do Termo de Acusação (fls. 21), visto tratarem de dispositivos legais relacionados à prevenção à "lavagem" ou ocultação de capitais.

6. Contudo, as acusações sobre a suposta ocorrência de infração à legislação que visa prevenir a "lavagem" ou ocultação de capitais são insubsistentes, não merecendo prosperar. É o que os **DEFENDENTES** passam a demonstrar.

III. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DEFENDENTES

7. Antes de adentrar nos argumentos técnicos da Defesa, os **DEFENDENTES** ressalvam, como já feito na Proposta do Termo de Compromisso, a qualidade e a solidez do histórico da **GERAÇÃO FUTURO** e a reputação ilibada do **Sr. Amilton**, assim como a reputação que desfrutam no mercado financeiro e de capitais.

Gerência Jurídica Fls. 184 BSM

8. A este respeito, saliente-se que a **GERAÇÃO FUTURO** resulta de mais de 20 anos de trabalho, sendo uma das líderes na corretagem de varejo e tendo, durante sua história, prestado serviços a mais de 90.000 (noventa mil) clientes. Atualmente, a corretora conta com uma carteira superior a 47.000 (quarenta e sete mil) clientes ativos, gozando de irrepreensível reputação perante o mercado em que se insere. Para que se tenha uma ideia do crescimento expressivo e da boa reputação da **GERAÇÃO FUTURO**, entre 2002 e 2010 a base de seus clientes cresceu cerca de 4.400%. No momento presente, a empresa contabiliza, aproximadamente, R$5,8 bilhões em ativos sob sua administração, advindos de 47.000 (quarenta e sete mil) investidores. Em todo este período, a corretora nunca ocasionou perda pecuniária aos clientes investidores no mercado bursátil.

9. Em 30.04.2012, houve alienação de 100% das ações de empresas da Geração Futuro para o Grupo Brasil Plural, transação esta que ainda aguarda homologação por parte do Banco Central do Brasil ("**BACEN**"). A venda das empresas decorreu de movimento estratégico das partes envolvidas e não de problemas ou irregularidades que pudessem manchar o histórico impecável dos **DEFENDENTES**.

10. Igualmente relevante mencionar a sempre pronta reação da **GERAÇÃO FUTURO** às eventuais solicitações e apontamentos feitos pela BSM, fruto da convicção que os **DEFENDENTES** têm de que seus sistemas de controle podem e devem ser sempre aperfeiçoados.

11. Tais considerações sobre a **GERAÇÃO FUTURO**, apesar de breves, não só subsidiam as várias afirmações aqui feitas e os compromissos por ela assumidos perante este E. Órgão de Autorregulação, como representam aspectos e critérios da maior relevância para fins de julgamento deste Processo Administrativo, em homenagem ao princípio da culpabilidade e da necessária individualização das penas (se e quando as mesmas são aplicáveis).

IV. PRELIMINARES

12. Embora os **DEFENDENTES** nutram, no mérito, plena convicção acerca da regularidade de suas condutas, é forçoso mencionar, ainda em preliminar, que o Termo de Acusação não atendeu ao princípio da necessária tipificação e individualização das condutas supostamente irregulares, assim como baseou-se em redação já revogada da Instrução CVM nº 301/1999 ("**ICVM nº 301/99**").

13. O Termo de Acusação traz narrativas amplas e vagas, deixando de especificar, de maneira exata, quais teriam sido as condutas irregulares levadas a efeito pelos

Gerência Jurídica Fls. 85 8/13 BSM

DEFENDENTES, bem como quais seriam os correspondentes enquadramentos legais e regulamentares que legitimariam a imposição de penalidades. Não atinge, portanto, o grau de precisão suficiente ao pleno exercício do direito de defesa pelos acusados.

14. A título exemplificativo, tome-se o item II.9/75 do Termo de Acusação:

> *"Foram identificadas irregularidades e falhas no controle que permitisse à Geração Futuro identificar, avaliar, mitigar e monitorar riscos relacionados à lavagem de dinheiro, abrangendo envios periódicos de recursos pelos clientes, transferência de custódia (entradas e saídas), operação de clientes não residentes e operação de clientes considerados Pessoas Politicamente Expostas."* (grifos nossos)

15. Tal redação do Termo de Acusação, a bem da verdade, impede os **DEFENDENTES** de exercerem seu direito ao contraditório e à ampla defesa – ao menos na plenitude assegurada pela Constituição da República – artigo 5º, inciso LV. Isto porque, sendo infactível a identificação precisa das condutas supostamente irregulares, **igualmente impossível se faz a demonstração da ausência destas.**

16. Outro exemplo da ausência da necessária tipificação, ainda no âmbito do item II.9/77:

> *"A falta da monitoração para prevenção à lavagem de dinheiro implica em descumprimento dos artigos 3º e 6º da Instrução CVM nº 301/1999 e ao item 103 do Roteiro Básico."*

17. Como se vê, o instrumento acusatório limita-se a afirmar que os **DEFENDENTES** teriam violado os artigos 3º e 6º da ICVM nº 301/99, bem como o item 103 do Roteiro Básico requerido pelo Ofício Circular BM&FBOVESPA nº 078/2008-DP, com as alterações do Ofício Circular BM&FBOVESPA nº 046/2010-DP ("**Roteiro Básico**").

18. Entretanto, tais dispositivos são amplos e, sem a indicação da falta supostamente cometida, esta Defesa acaba tendo que especular sobre o que teria ou não sido violado. À guisa de exemplo, o artigo 6º da ICVM nº 301/99 – em sua redação atualizada – tem dezesseis incisos e dois parágrafos e cada um deles prescreve obrigações diversas aos administrados, constituindo condutas típicas dessemelhantes, enquanto o Termo de Acusação limita-se a afirmar que houve violação do mesmo, isto é, do artigo 6º.

19. É unânime o entendimento na doutrina especializada de que a tipificação é pressuposto essencial à validade dos atos administrativos, especialmente no âmbito do

Gerência Jurídica Fls. 186 13 BSM

Direito Administrativo Sancionador. Acerca do tema, as considerações de Celso Antônio Bandeira de Mello[1]:

> *"A configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, **para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja objetivamente reconhecível.** Com efeito, toda construção jurídica objetivada com os princípios anteriores, estabelecidos em nome da segurança jurídica, valeria de nada e, demais disto, ficaria inteiramente comprometida a finalidade própria das infrações e sanções administrativas se a caracterização das condutas proibidas ou impostas aos administrados pudesse ser feita de modo insuficiente, de tal maneira que estes não tivessem como saber, com certeza, quando e do quê deveriam se abster ou o que teriam de fazer para se manterem ao largo das consequências sancionadoras aplicáveis aos infratores do Direito."* (grifamos)

20. Não fossem suficientes os elementos já aduzidos, os **DEFENDENTES** estão sendo acusados, insta notar, com base em disposições regulamentares já revogadas, como se depreende da leitura das notas de rodapé nº 45 e 46 do Termo de Acusação, onde se fez a transcrição dos artigos supostamente infringidos.

21. Os dispositivos da ICVM nº 301/99 ali transcritos tiveram suas redações alteradas em 28.05.2012 e não estavam mais em vigor naqueles termos no período de realização da auditoria, ou seja, de 01.08.2012 a 31.10.2012.

22. Não obstante tal vício, adotou-se, para fins de elaboração desta Defesa, a redação dos artigos 3º e 6º da ICVM nº 301/99, em vigor à época em que ocorreram os fatos analisados. De qualquer forma, os **DEFENDENTES** reservam-se o direito de aditar e/ou complementar os argumentos aqui aduzidos, quer em preliminar, quer no mérito, visto não saberem se estão baseando sua Defesa no mesmo conteúdo normativo que orientou a construção do Termo de Acusação, o que representa, inequivocamente, grave cerceamento ao seu direito de defesa.

23. Assim, quer pela ausência da necessária tipificação dos dispositivos supostamente infringidos, quer pela adoção, pelo Termo de Acusação, de conteúdo normativo revogado, padece este Processo Administrativo de vício insanável, cuja única consequência é o reconhecimento de sua nulidade, e, assim, sua extinção.

[1] **BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio.** Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 2013, 30ª edição, p. 869.

Gerência Jurídica Fls. 107 8/13 BSM

V. DO TERMO DE COMPROMISSO CELEBRADO COM A BSM

24. Como já mencionado, os **DEFENDENTES** apresentaram Proposta de Termo de Compromisso e, em 11.10.2013, foram verbalmente informados que o Termo de Compromisso é aceitável, devendo ser a ele acrescido um cronograma de implementação das medidas ali previstas. Os **DEFENDENTES**, neste momento, aguardam manifestação expressa por parte desta E. BSM neste sentido.

25. Tem-se, portanto, que o Termo de Compromisso ainda não foi celebrado, e, quando o for, não compreenderá as supostas alegações de violação às regras relacionadas à prevenção à "lavagem" ou ocultação de capitais. Ademais, despiciendo lembrar que a celebração de Termo de Compromisso não significa o reconhecimento de qualquer irregularidade por parte dos **DEFENDENTES**.

26. Assim, em que pese o Termo de Compromisso, os **DEFENDENTES** vêm, em homenagem aos princípios da eventualidade e do ônus da impugnação específica, apresentar esta Defesa com suas razões contra todas as acusações que lhe foram feitas pelo Termo de Acusação, observando-se que: (i) com relação aos pontos compreendidos pelo Termo de Compromisso, os **DEFENDENTES** vêm reiterar todos os esclarecimentos e argumentos contidos em sua Proposta de Termo de Compromisso, **como se aqui estivessem transcritos, em sua íntegra**, e (ii) no que diz respeito à regras de prevenção à " lavagem" ou ocultação de capitais, os **DEFENDENTES** apresentam, a seguir, seus argumentos.

VI. PREVENÇÃO À "LAVAGEM" OU OCULTAÇÃO DE CAPITAIS: DA ACUSAÇÃO E DOS DISPOSITIVOS LEGAIS E REGULAMENTARES ALEGADAMENTE VIOLADOS

27. Às fls. 22/33 do Relatório de Auditoria nº 19/13 constou a seguinte descrição:

> "**9. Prevenção à Lavagem de Dinheiro.**
>
> O Participante **não dispõe de mecanismo de controle** que identifique, avalie, mitigue e monitore os riscos relacionados à lavagem de dinheiro, abrangendo os seguintes aspectos:
>
> - Envios periódicos de recursos pelos clientes;
> - Transferências de custódia (entradas e saídas);
> - Operações de clientes não residentes;
> - Operações de clientes Pessoas Politicamente Expostas.
>
> *Regras não atendidas:*

Gerência Jurídica Fls. 188 BSM

- *Artigos 3º e 6º da Instrução CVM 301/1999.*
- *Item 103 do Roteiro Básico requerido pelo Ofício Circular BM&FBOVESPA 078/08-DP, com as alterações do Ofício Circular BM&FBOVESPA 046/10-DP."*

(grifos nossos)

28. No Termo de Acusação (fls. 21), elaborado após e em função do Relatório de Auditoria, a conduta alegadamente irregular das **DEFENDENTES** foi transcrita da seguinte forma:

> "**II.9. Prevenção à Lavagem de Dinheiro.**
> 75. **Foram identificadas irregularidades e falhas no controle** que permitisse à Geração Futuro identificar, avaliar, mitigar e monitorar riscos relacionados à lavagem de dinheiro, abrangendo envios periódicos de recursos pelos clientes, transferência de custódia (entradas e saídas), operação de clientes não residentes e operação de clientes considerados Pessoas Politicamente Expostas.
> .....
> 77. A falta da monitoração para prevenção à lavagem de dinheiro implica em descumprimento dos **artigos 3º**[45] e **6º**[46] da **Instrução CVM nº 301/1999** e ao **Item 103**[47] do **Roteiro Básico**." (grifos nossos)

29. O item 103 do Roteiro Básico[2]:, por sua vez, estabelece que:

> "**7 FUNÇÃO INTEGRIDADE.**
> .....
> 103) O Participante deve dispor de mecanismos de controle, sob responsabilidade da alta administração, que identifique, avalie, mitigue e monitore os riscos relacionados a lavagem de dinheiro, incluindo:
>
> - Identificação e cadastro dos clientes (assegurar veracidade das informações cadastrais);
> - Origem e destino dos recursos (assegurar que os ativos e recursos utilizados no âmbito do relacionamento com o Participante sejam provenientes de ou destinados a contas do cliente);
> - Compatibilidade das operações realizadas pelo cliente com sua situação financeira e patrimonial, baseada em critério definido nos controles internos do Participante."

30. Da leitura dos dispositivos acima transcritos depreende-se que, para a Auditoria realizada pela GAP, a **GERAÇÃO FUTURO** não dispõe dos mecanismos de controles

[2] A interpretação a que chegaram os **DEFENDENTES**, a despeito da ausência da necessária tipificação no Termo de Acusação (v. tópico IV desta Defesa), é de que as supostas irregularidades por eles cometidas incluem aquelas de que tratam o item 103 do Roteiro Básico. Novamente, a ausência da necessária tipificação confunde os **DEFENDENTES** e lhes prejudica o direito de defesa.

M.

Gerência Jurídica Fls. 189 8/13 BSM

internos necessários e inerentes à sua atividade. Já no Termo de Acusação, fez-se constar que teriam sido identificadas irregularidades e falhas nos controles internos da corretora.

31. Ora, quer se trate da "inexistência de mecanismos" (conforme apontado no Relatório de Auditoria), quer se trate de "irregularidades e falhas nos controles" (como indicado no Termo de Acusação), o que está sob questionamento é a capacidade da **GERAÇÃO FUTURO** de monitorar adequada e suficientemente as transações por ela, ou através dela, realizadas.

32. Mas o fato é que tal capacidade existe, estando a **GERAÇÃO FUTURO** totalmente apta a monitorar e controlar as informações exigidas pela regulamentação. **E isto é de extrema relevância para o julgamento e deslinde deste PA Nº 8/13**, pois, como é sabido, o objetivo principal da regulamentação é prevenir a utilização do sistema financeiro para a prática dos ilícitos envolvendo "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.

33. Repita-se à exaustão: o objetivo maior das várias exigências contidas na regulamentação supostamente violada pela **GERAÇÃO FUTURO** – artigos 3º e 6º da ICVM 301/99 e 103 do Roteiro Básico – é não permitir que o sistema financeiro sirva de ferramenta para a inserção, na economia, de recursos, bens ou direitos oriundos de atividades ilícitas.

34. É sob esta premissa, portanto, que os mecanismos e sistemas de controle da **GERAÇÃO FUTURO** devem ser julgados; é sob esta premissa que devem ser avaliadas as acusações constantes do Termo de Acusação no âmbito deste **PA nº 8/13**.

35. No mesmo sentido, é crucial ter em mente o disposto no inciso I do art. 3-A da ICVM nº 301/99, cuja redação foi aprovada pela Instrução CVM nº 523, de 28 de maio de 2012 e, desta forma, não foi, ao que tudo indica, levada em consideração pelo Termo de Acusação:

> "I – adotar **continuamente** regras, procedimentos e controles internos, de acordo com procedimentos prévia e expressamente estabelecidos, visando confirmar as informações cadastrais de seus clientes, **mantê-las atualizadas**, e monitorar as operações por eles realizadas, de forma a evitar o uso da conta por terceiros e identificar os beneficiários finais das operações;"

36. Inequívoco, desta forma, que, para o regulador, a função da **GERAÇÃO FUTURO** é, como já se disse, trabalhar para prevenir que o sistema financeiro sirva de ferramenta à lavagem de dinheiro. E, igualmente inequívoco o fato de que, para o regulador, trata-se de trabalho contínuo, permanente.

M.

Gerência Jurídica Fls. 190 6/13 BSM

37. Em outras palavras, a adoção de medidas ou planos de ação visando melhorias e aperfeiçoamentos não significa que a corretora tivesse violado disposição legal ou regulamentar em vigor. Na verdade, a implementação de novas medidas vem tão somente ao encontro do que prevê a regulamentação - adoção contínua de regras, procedimentos e controles internos.

38. A **GERAÇÃO FUTURO** sabe que, se seus sistemas e controles hoje funcionam, isto não significa que os mesmos não devam ser constantemente revistos e atualizados. E é isto que a **GERAÇÃO FUTURO** faz - revê e investe constantentemente em seus mecanismos, estando, inclusive, apta a adotar e/ou já executar as sugestões e melhorias exigidos e/ou recomendados pelo GAP.

39. Daí porque a acusação formulada no Termo de Acusação deveria, no entender dos **DEFENDENTES**, traduzir-se em mera recomendação no sentido de promover a adoção contínua de regras e procedimentos - o que já é feito - e jamais poderia ter constituído fundamento para uma acusação, sujeita (ao menos teoricamente) a condenações e penalidades.

VII. DA INOCORRÊNCIA DE QUALQUER IRREGULARIDADE RELACIONADA À PREVENÇÃO À "LAVAGEM" OU OCULTAÇÃO DE CAPITAIS

40. Como visto anteriormente (v. parágrafos 30 e 31), entendeu a fiscalização desta E. BSM que a **GERAÇÃO FUTURO** não disporia (conforme GAP) ou apresentaria falhas (consoante Termo de Acusação) no monitoramento de determinadas ocorrências. Em vista de tais acusações, os **DEFENDENTES** passam a discorrer sobre os motivos pelos quais consideram cada uma e todas elas não merecem prosperar. Senão vejamos.

Envios periódicos de recursos pelos clientes

41. No que diz respeito a envios periódicos de recursos pelos clientes, a **GERAÇÃO FUTURO**, como é do conhecimento desta E. BSM, sempre teve uma consistente política de *Know Your Client (KYC)*, que lhe permite conhecer os dados de seus clientes, a origem de seus recursos e demais informações necessárias.

42. Some-se a isso o fato de que, na **GERAÇÃO FUTURO**, todo cliente, quando cadastrado, tem a ele designado um assessor, que conhece e tem permanente acesso a seus dados e cadastro, incluindo a origem dos recursos. Ou seja, a realização de qualquer operação ou envio de recursos por um cliente, de forma repetida e inferior ao seu limite individual, seria detectada pelo respectivo assessor, que imediatamente comunicaria o Departamento de *Compliance* para as providências cabíveis.

M.

Gerência Jurídica Fls. 191 8/16 BSM

43. Ainda durante a Auditoria, a **GERAÇÃO FUTURO** informou aos representantes da GAP que já havia contratado sistema auxiliar para a tarefa, denominado Sistema MT4. Ademais, com a vigência do "Cadastro Eletrônico", concedido pela Comissão de Valores Mobiliários em 08.08.2013, a tendência é que o cadastro progrida e se modernize constantemente.

44. Desta forma, e tendo em vista que a vigente redação da ICVM nº 301/99 impõe à **GERAÇÃO FUTURO** a obrigação de "***adotar continuamente regras, procedimentos e controles internos*** *(.....)*", não se pode afirmar, como pretendeu o Termo de Acusação, que houve violação da regulamentação. Pelo contrário. A **GERAÇÃO FUTURO** tinha sim como detectar o eventual envio periódico de recursos e, ciente da importância do constante aprimoramento, já havia contratado novo sistema para aprimorar seus controles, hoje já implantado.

45. E, note-se, a maior prova de que havia monitoramento é o fato de que a auditoria **não detectou nenhuma, absolutamente, nenhuma ocorrência de envio periódico de recursos em desacordo com o que exige a regulamentação**. O fato de um sistema ser atualizado ou substituído, gradativamente, por outro mais moderno não significa que o anterior estivesse necessariamente em desacordo com a regulamentação.

46. Dada a dinâmica do setor, os sistemas são e serão sempre e continuamente atualizados e substituídos. Afirmar que a adoção de um novo sistema evidencia que o anterior violava dispositivo legal ou regulamentar em vigor seria contraproducente e incoerente; adotar tal raciocínio equivaleria a criar um mecanismo perverso, de incentivo à estagnação, quando o objetivo do regulador é incentivar a inovação, como expressamente contido na ICVM nº 301/99.

47. Diante de tais fatos, mostra-se desarrazoado pretender responsabilizar os **DEFENDENTES** por supostas condutas irregulares, na medida em que estes vêm, como visto, seguindo as determinações da regulamentação com toda seriedade e cuidado. Seria, portanto, incompatível com o ordenamento jurídico aplicável manter ou impor qualquer pena aos **DEFENDENTES** sob tal argumento.

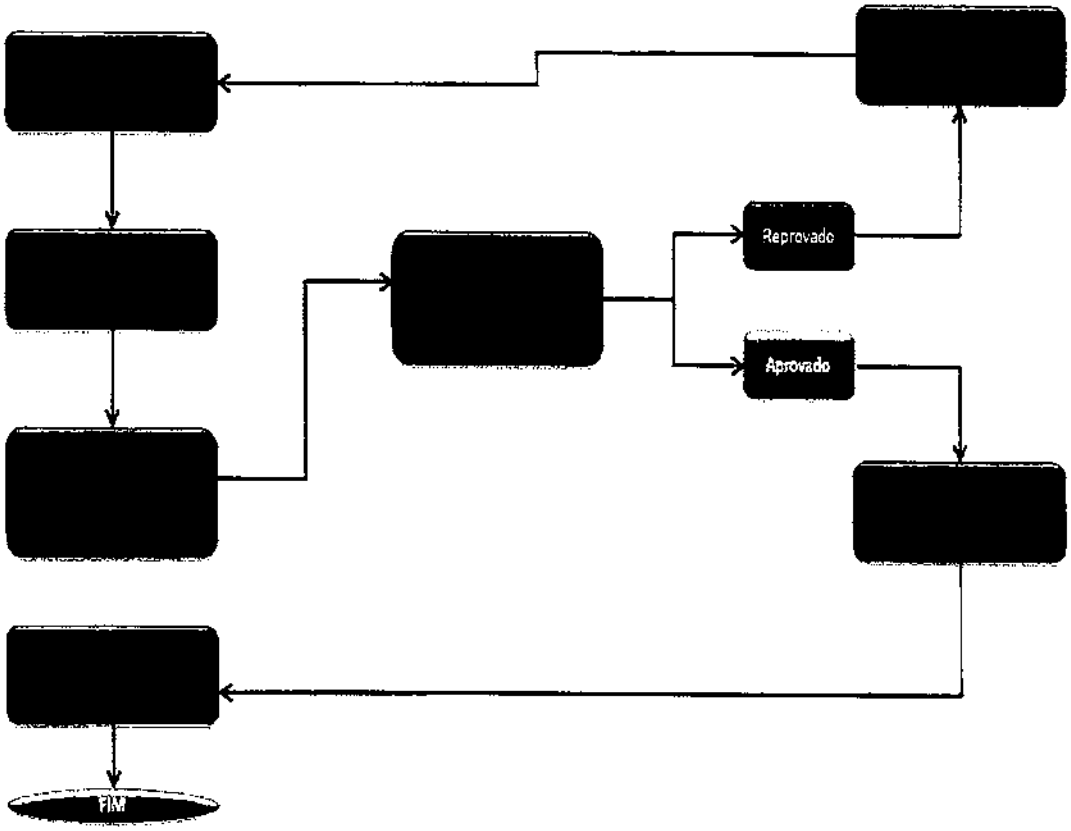
Transferências de custódia (entradas e saídas)

48. Como informado pela **GERAÇÃO FUTURO** em sua correspondência de 01.03.2013, enviada à Diretoria de Autorregulação, o volume de transferências de custódia por ela realizadas é bastante inexpressivo, correspondendo a uma média de 15 transferências por mês.

Gerência Jurídica Fls. 192 e 113 BSM

49. Assim sendo, é forçoso reconhecer - *prima facie* - que não se pode exigir dos **DEFENDENTES** que adotem, para tal atividade, mecanismo desproporcionalmente caro ou sofisticado versus a quantidade de transferências de custódia realizadas. Seria economicamente inviável e injustificável; o regulador nunca pretendeu impor-lhe tal ônus.

50. Com base, portanto, no volume conhecido e esperado de transferências de custódia, a **GERAÇÃO FUTURO** estabeleceu para as mesmas um fluxograma de validação e análise, já reproduzido em sua carta de 01.03.2013, e aqui, novamente, reproduzido:



51. Além disso, a **GERAÇÃO FUTURO** tem hoje dois responsáveis pelas validações das transferências das ações: o Superintendente Patrick O'Reillly, que está localizado em São Paulo, e o Gerente Administrativo Paulo Cesar, que está localizado no Rio de Janeiro.

52. A regulamentação não impede que as transferências de custódia ocorram. O que ela exige é que a os participantes do mercado monitorem constantemente referidas transferências. Se o monitoramento é feito de forma manual, isto não significa,

Gerência Jurídica Fls. 193 8/15 BSM

necessariamente, que haja uma falha ou irregularidade. Como se disse, o volume de transferências de custódias realizadas pela a **GERAÇÃO FUTURO** é ínfimo, inexpressivo, não sendo juridicamente imposto nem economicamente justificável exigir a adoção de sistema caro e sofisticado, como pode ser o caso de outros participantes do mercado que realizam grande volume de transferências.

53. Neste quesito - transferências de custódias - a **GERAÇÃO FUTURO** atende a regulamentação de forma suficiente e proporcional às suas especificidades. Não há, portanto, fundamento ou respaldo legal que autorize qualquer acusação ou condenação sob este argumento.

Operações de clientes não residentes e Operações de clientes Pessoas Politicamente Expostas

54. No que diz respeito a operações de clientes não residentes e de pessoas politicamente expostas (PPE), os **DEFENDENTES** repetem aqui o que já se disse acerca do cadastro, controle e *Compliance* da corretora.

55. Em outras palavras, a **GERAÇÃO FUTURO** sempre teve uma consistente política de *Know Your Client (KYC)*, que lhe permite conhecer os dados de seus clientes, a origem de seus recursos e demais informações necessárias. Além disso, a cada cliente cadastrado é designado um assessor, que conhece e tem permanente acesso a seus dados e cadastro, e a quem será solicitada a realização de uma determinada operação.

56. Desta forma, afirmar que um cliente não residente ou um cliente PPE poderia realizar operação por intermédio da **GERAÇÃO FUTURO** sem que esta soubesse da condição do mesmo, seria o mesmo que afirmar que a **GERAÇÃO FUTURO** permite que seus clientes façam operações sem o conhecimento desta, como se pudessem operar os sistemas da corretora remotamente. Tal afirmação seria flagrantemente descabida e, por evidente, não é esta a realidade dos fatos.

57. Tanto é verdade que a Auditoria **não detectou nenhuma, absolutamente, nenhuma operação com cliente não residente ou PPE**.

58. Como já anteriormente mencionado, a GAP foi informada, durante a Auditoria, de que a **GERAÇÃO FUTURO** já havia contratado sistema auxiliar para a tarefa (Sistema MT4) e, ademais, viria a providenciar a instalação do mecanismo de cadastro eletrônico de clientes, conforme autorizado pela CVM, o que veio a aperfeiçoar ainda mais o já existente aparelhamento de controle. Nada mais.

Gerência Jurídica Fls 194 8/13 BSM

59. Já se disse nesta Defesa que o fato de um sistema ser atualizado ou substituído por outro mais moderno não significa que o anterior estivesse em desacordo com a regulamentação. Construir uma acusação contra os **DEFENDENTES** e, mais, buscar a condenação destes e a consequente aplicação de penalidades – quaisquer que sejam – com base em tal premissa é, em rigor, agir em desacordo com a lei.

60. Não houve violação à ICVM nº 301/99; houve, isto sim, cumprimento ao disposto em seu artigo 3-A, que obriga a **GERAÇÃO FUTURO** a "***adotar continuamente regras, procedimentos e controles internos*** *(.....)*", observada a velocidade e dinâmica do setor.

Roteiro Básico

61. Os **DEFENDENTES** passam, agora, às acusações fundadas no item 103 do Roteiro Básico, salientando, desde já, que melhor sorte não assistem às mesmas. Tais como as acusações acima analisadas, também estas caracterizam-se como imputações vagas que, por carecerem de fundamentação, não podem prosperar, como restará demonstrado a seguir.

Identificação e cadastro dos clientes (assegurar veracidade das informações cadastrais)

62. Novamente a questão do cadastro.

63. Como visto, o dispositivo regulamentar faz referência à obrigação de assegurar a veracidade das informações cadastrais, e, no intuito de responder a tal quesito, os **DEFENDENTES** vêm tratar do cadastro como um todo, como, aliás, a **GERAÇÃO FUTURO** já o fez por ocasião da Proposta de Termo de Compromisso.

64. Com efeito, esta Defesa é a terceira oportunidade por meio da qual **GERAÇÃO FUTURO** trata deste tema. Mas, apesar do risco de repetir informação já conhecida por esta E. BSM, os **DEFENDENTES** entendem que tais argumentos são necessários, pois evidenciam a qualidade, solidez e confiabilidade dos cadastros mantidos pela **GERAÇÃO FUTURO**. Neste sentido:

(a) a **GERAÇÃO FUTURO** sempre teve uma consistente política de *Know Your Client (KYC)*, que lhe permite conhecer os dados de seus clientes, a origem de seus recursos e demais informações necessárias;

(b) um assessor é designado para cada cliente, fazendo com que todo atendimento seja feito por um profissional que conhece, tem acesso aos

Gerência Jurídica Fls. 195 8/13 BSM

dados e informações do cliente em questão e vale-se de sistemas informatizados para executar a ordem então transmitida;

(c) em outubro de 2012, a administração da **GERAÇÃO FUTURO** iniciou um plano de ação para o recadastro de todos os clientes, adequou e contratou sistemas mais modernos, realizou treinamento interno, e, ainda, estabeleceu metas específicas para o Departamento Comercial com o objetivo de acelerar o processo de recadastramento dos clientes, tendo obtido excelentes resultados, como demonstrado inclusive em gráfico transcrito no corpo da Proposta de Termo de Compromisso;

(d) desde outubro de 2012 os clientes vêm sendo informados sobre a alteração na ICVM 505/2011, que veda o aceite de qualquer ordem do cliente enquanto seus dados cadastrais não estiverem atualizados;

(e) os clientes da **GERAÇÃO FUTURO** que não tenham respondido ao questionário de definição de perfil do investidor estão impedidos de realizar operações de intermediação de ativos. Em fevereiro de 2013, os clientes cujos cadastros estavam desatualizados foram notificados sobre o bloqueio de suas contas;

(f) clientes novos não conseguem ser cadastrados nos sistemas da **GERAÇÃO FUTURO**, e, consequentemente, operar em qualquer modalidade da casa, caso optem por não responder ao referido questionário;

(g) a **GERAÇÃO FUTURO** informou aos representantes da GAP que já havia contratado sistema auxiliar para a tarefa – Sistema MT4, assim como requereu e obteve da CVM, *a posteriori*, autorização para implementar o "Cadastro Eletrônico";

(h) o sistema de cadastro da **GERAÇÃO FUTURO** elimina a ocorrência de cadastro divergente que possa excluir pessoas vinculadas das bases do SINACOR e CIN;

(i) o controle de pessoas vinculadas é revisado mensalmente pelo Departamento de *Compliance*, através da verificação de lista de colaboradores informada pelo Departamento de Recursos Humanos, e qualquer alteração no quadro de colaboradores (entrada ou saída) é imediatamente notificada aos Departamentos de *Compliance* e Cadastro; e

Gerência Jurídica Fls. 96 8/13 SSM

(j) é procedimento rotineiro do Departamento de *Compliance* a comunicação periódica sobre as operações realizadas em desacordo com os perfis de investimento.

65. Diante de uma lista tão exaustiva quanto completa de ações e procedimentos envolvendo o cadastro da **GERAÇÃO FUTURO**, como seria possível afirmar que ela não atende (ou, na ocasião da Auditoria, não atendia) à obrigação de assegurar a veracidade das informações cadastrais? Esta é a acusação que lhe foi imputada pelo Termo de Acusação, mas não foram coletadas provas que evidenciassem tal afirmação.

66. A **GERAÇÃO FUTURO**, mais uma vez, recorre ao ordenamento normativo: a vigente redação da ICVM nº 301/99 impõe à **GERAÇÃO FUTURO** a obrigação de "***adotar continuamente regras, procedimentos e controles internos*** *(.....)*", daí porque descabida a pretensão de tratar as inovações que vêm sendo por ela implementadas como suposta evidência de falhas ou irregularidades.

67. Inovar, contratar novos sistemas, modernizar controles e procedimentos, são ações que evidenciam o cumprimento, pela **GERAÇÃO FUTURO**, de suas obrigações e, nunca, jamais, o descumprimento de normas e regulamentos a que está sujeita.

Origem e destino dos recursos (assegurar que os ativos e recursos utilizados no âmbito do relacionamento com o Participante sejam provenientes de ou destinados a contas do cliente)

68. O controle sobre a origem e o destino dos recursos é feito pelo Departamento Financeiro da forma mais simples e eficiente possível - toda e qualquer transferência financeira está sujeita à verificação automática, pelo sistema, com base no número de inscrição perante a Receita Federal (CPF ou CNPJ). Desnecessário, portanto, fazer maiores considerações.

69. Cumpre, porém, observar que, durante a Auditoria, foram detectadas 8 (oito) operações que, inicialmente, pareceram irregulares para a GAP, mas, conforme esclarecido na Proposta de Termo de Compromisso, não houve irregularidades.

70. Esclareça-se. Mensalmente, são realizados cerca de 4.000 (quatro mil) movimentos e, no período investigado pela GAP, apenas 8 (oito) casos foram questionados, o que é absolutamente imaterial.

71. Mas, não é só. A Defesa dos **DEFENDENTES** não se baseia exclusivamente na irrelevância do número de operações questionadas. Conforme já esclarecido, as

M

Gerência Jurídica Fls. 197 8/15 BSM

operações em questão consistiram em transferências executadas entre parentes, inclusive por cônjuge de sócio da corretora. Ou seja, não havia dúvidas ou riscos quanto à origem e destino dos recursos. Pelo contrário. Todas as informações necessárias eram conhecidas e foram acessadas e monitoradas.

72. E, como se não bastasse, é preciso destacar que as tais 8 operações envolveram um valor médio não superior a **R$5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais)**, não representando, portanto, qualquer materialidade de risco relacionado à possível prática de "lavagem" de capitais, tanto para a corretora quanto para o mercado em si, conforme se depreende do detalhamento das transações, oferecido na tabela a seguir:

Data	Código origem	Cliente origem	Código Destino	Cliente Destino	Valor R$
05/06/2012	1.013.893	[redacted]	38655	[redacted]	(1.226,47)
12/07/2012	39.139	[redacted]	19129	[redacted]	(3.000,00)
29/06/2012	37.041	[redacted]	37143	[redacted]	(13.000,00)
03/05/2012	2.191	[redacted]	2190	[redacted]	(3.624,20)
			3107	[redacted]	(554,21)
05/07/2012					(1.134,03)
18/07/2012					(236,96)
			2192	[redacted]	(1.031,33)
15/05/2012	39.006	[redacted]	39403	[redacted]	(7.000,00)
					(120,81)
06/07/2012	10.473	[redacted]	10002	[redacted]	(919,11)
03/06/2012					(1.429,18)
10/09/2012					(696,16)
18/07/2012	36.634	[redacted]	15408	[redacted]	(2.395,76)
24/09/2012	4.383	[redacted]	4394	[redacted]	(3.000,00)
05/10/2012					(5.000,00)

Gerência Jurídica
Fls. 198
6/13
BSM

73. Com efeito, tendo-se em vista as peculiaridades do cenário em foco, fundamentalmente no que diz respeito ao volume reduzido de operações - oito, apenas - e o valor irrisório nelas envolvido - em média, R$5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais) -, percebe-se inexistir materialidade que represente, efetivamente, indícios ou risco de prática de "lavagem" ou ocultação de capitais.

74. Some-se a isto o fato de que, nos moldes do que já pontuado, as transações em exame foram realizadas entre parentes, de forma a terem sido devidamente identificadas, pelos **DEFENDENTES**, a origem e o destino dos recursos.

75. Inegável, pois, que as características das operações em tela apresentam-se diametralmente contrárias ao *modus operandi* que, de maneira concreta, poderia gerar suspeitas quanto à eventual ocorrência de irregularidades, sendo imprescindível notar que, em todos os momentos, os **DEFENDENTES** se mantiveram atentos a esta conjuntura.

76. Desprovida de razoabilidade, portanto, a alegação de que os **DEFENDENTES** teriam deixado de observar, da forma devida, a origem e o destino dos recursos operacionalizados.

Compatibilidade das operações realizadas pelo cliente com sua situação financeira e patrimonial, baseada em critério definido nos controles internos do Participante

77. No que diz respeito à compatibilidade entre as operações realizadas e a situação financeira e patrimonial dos respectivos clientes, **GERAÇÃO FUTURO** remete aos argumentos já aduzidos nos itens anteriores desta Defesa, onde ficou evidenciado que a corretora tem – e sempre teve – condições de monitorar este aspecto, tendo, recentemente, aperfeiçoado seus sistemas de controles internos.

78. Em reforço a este argumento, a **GERAÇÃO FUTURO** esclarece que, embora não tenha sido citado nem evidenciado no Relatório de Auditoria, a corretora sempre investiu no conhecimento de seus profissionais, treinando-os e conscientizando-os a respeito da importância e requisitos contidos na legislação sobre prevenção à lavagem de dinheiro, assim como da responsabilidade envolvida no tema, que pode envolver a esfera criminal. Para exercer tal tarefa, a **GERAÇÃO FUTURO** contrata a empresa G5 Serviços & Treinamento, inscrita no CNPJ/MF 06.927.833/0001-89, por meio do instrutor Sr. Jair Camilo, cuja reputação é conhecida no mercado.

Gerência Jurídica Fls. 199 613 BSM

79. Assim sendo, negar que a **GERAÇÃO FUTURO** tivesse como monitorar tais informações seria negar os fatos e evidências aqui narrados, o que, evidentemente, não se coaduna com o objetivo de um processo administrativo desta natureza.

VIII. DA INAPLICABILIDADE DAS PENALIDADES PREVISTAS PELA LEI FEDERAL Nº 9.613/98 – PREVENÇÃO À "LAVAGEM" OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES

80. Consoante Termo de Acusação, a (alegada) inobservância aos artigos 3º e 6º da ICVM nº 301/99 e ao item 103 do Roteiro Básico caracterizaria violação aos artigos 10 e 11 da Lei Federal nº 9.613/98, sujeitando a **GERAÇÃO FUTURO** às penalidades estipuladas pelo artigo 12 do mesmo diploma.

81. Não obstante ter sido demonstrado à exaustão (nesta Defesa e na Proposta de Termo de Compromisso) que não houve violação de qualquer dispositivo legal ou regulamentar em vigor, necessário se faz - em atenção ao Princípio da Eventualidade - que fique igualmente demonstrado o porquê da inaplicabilidade das penalidades previstas na Lei Federal nº 9.613/98 aos **DEFENDENTES**. É disto que tratam os itens seguintes.

82. O Termo de Acusação é claro ao pontuar que a violação ao artigo 10 da Lei Federal nº 9.613/98 decorreu do descumprimento do **artigo 3º** da ICVM nº 301/99, de onde se depreende que a **GERAÇÃO FUTURO** somente poderia ser acusada de falha no abastecimento e na atualização de seus cadastros, **e, eventualmente, infração ao <u>inciso I</u> do artigo 10 da lei federal em comento.**

83. Assim, caso este E. Conselho de Supervisão entenda, por absurdo, pela ocorrência de violação aos termos do artigo 3º da ICVM nº 301/99, tal conclusão somente pode significar uma correspondente inobservância, por parte da **GERAÇÃO FUTURO**, ao **<u>inciso I</u>** do artigo 10 da Lei Federal nº 9.613/98, sujeita à pena de **<u>advertência</u>**, consoante artigo 12 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

> *"Art. 12 – Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções:*
>
> ***I – advertência;***
> *(...)*
>
> *§1º - **<u>A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10</u>**."* (grifamos)

M

84. Nem se cogite o argumento de que, por força do *caput* do artigo 12, teria pretendido o legislador, ao utilizar a expressão "cumulativamente ou não", permitir outras modalidades de sanção que fossem além da pena de advertência nas hipóteses de infração aos incisos I e/ou II do artigo 10 da referida lei.

85. Tal interpretação mostrar-se-ia, no mínimo, precipitada. Com efeito, no parágrafo primeiro do artigo 12 da Lei Federal nº 9.613/98 **o legislador buscou instituir um tratamento menos severo às infrações de menor potencial ofensivo previstas pelos incisos I e II do artigo 10** da mesma lei, preconizando o cabimento, apenas, da pena de advertência para estes casos.

86. Dizer o contrário seria, a bem da verdade, um contrassenso, pois equivaleria dizer que somente nos casos previstos pelos incisos I e II do artigo 10 seria possível a incidência **concomitante** das sanções de **advertência e multa**, sendo inviável a aplicação conjunta destas penas nos casos das demais infrações previstas.

87. Ora, se assim o fosse, estar-se-ia diante da conclusão teratológica de que as infrações previstas nos incisos III, IV e V, claramente **mais graves**, poderiam ser punidas **apenas com multa**, ao passo que as infrações dos incisos I e II, **mais leves**, poderiam ser penalizadas com **duas** sanções diversas, quais sejam, **multa e advertência**. Esta nunca foi a intenção do legislador. Por óbvio.

88. Adicionalmente, o parágrafo segundo do artigo 12 da Lei Federal nº 9.613/98 é preciso ao preconizar que **a responsabilização administrativa com imposição de sanção pecuniária somente será cabível na hipótese de que o agente infrator tenha agido, ao menos, culposamente**. Confira-se:

> *"§2º - A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, **por culpa ou dolo**: (...)"* (grifamos)

89. Em outras palavras, não é possível **presumir** que o agente agiu com culpa, sendo imprescindível a existência de elementos concretos, reproduzidos nos autos, que demonstrem, no caso em análise, ter havido ânimo culposo por parte da pessoa acusada.

90. Ademais, a culpabilidade caracteriza-se também como princípio que orienta a aplicação da pena, na medida em que representa o grau de reprovabilidade da conduta e, por conseguinte, a dimensão do risco que o ilícito em questão proporcionou ao bem juridicamente tutelado.

Gerência Jurídica Fls. 201 8.115 JSM

91. De maneira sintética, portanto, o Princípio da Culpabilidade operacionaliza três funções fundamentais, quais sejam, **(i)** é uma contraposição à possibilidade de responsabilização objetiva, **(ii)** serve de fundamento - pressuposto - à aplicação da pena, e **(iii)** impõe-se como critério inafastável para a dosimetria da sanção.

92. Daí decorre, por corolário, que, em inexistindo culpa dos DEFENDENTES, inexiste possibilidade de aplicação de sanção pecuniária, na medida em que a culpa é condição à incidência de multa, a teor do parágrafo segundo do artigo 12 da Lei Federal nº 9.613/98.

93. Por outro lado, se este E. Conselho entender, novamente por absurdo, ter havido culpa dos **DEFENDENTES**, é certo que a análise da documentação acostada aos autos do processo permite concluir pelo reduzidíssimo grau de culpabilidade. Este deve ser o parâmetro para a dosimetria de eventual penalidade.

94. Em um segundo momento, importa realçar que, nos mesmos moldes do que aduzido em relação ao artigo 10 da Lei Federal nº 9.613/98, os **DEFENDENTES** jamais incorreram na prática de quaisquer condutas - omissivas ou comissivas - que possam ser interpretadas como contrárias ao artigo 11 do mesmo diploma legal, razão pela qual é também descabida a afirmação de violação ao artigo 6º da ICVM nº 301/99.

95. A este respeito, inexiste nos autos elemento concreto que demonstre terem os **DEFENDENTES** deixado de observar os deveres de identificação e comunicação de operações financeiras estabelecidos pelo aludido artigo 11 da Lei Federal nº 9.613/98, o que afasta, de pronto, a possibilidade de aplicação da pena de multa prevista no artigo 12, §2º, inciso IV da Lei Federal nº 9.613/98.

96. Destarte, seja qual for o prisma utilizado para a análise do presente caso, **é inarredável a conclusão de que a pena de multa mostra-se inaplicável**, haja vista inexistir a devida subsunção dos fatos em debate a quaisquer das previsões hipotéticas contidas no artigo 12, §2º da Lei Federal nº 9.613/98.

97. Contudo, na remota hipótese de que, por algum ilogismo, este E. Conselho entenda ser cabível a aplicação de qualquer penalidade, é seguro e irrefutável que, conforme demonstrado, **somente poderá ser admitida a imposição da pena de advertência**.

98. Por derradeiro, apenas a fim de que reste consignado, é pertinente evidenciar ainda a inaplicabilidade das demais sanções previstas pelo artigo 12 da Lei Federal nº 9.613/98, quais sejam, a inabilitação temporária e a cassação ou suspensão da

M.

autorização para o exercício das atividades, visto que as mesmas somente são aplicáveis na ocorrência de infrações graves às disposições estabelecidas pela lei, situações de reincidência no cometimento de infrações sancionadas com pena de multa, ou, ainda, reincidência na prática de irregularidades anteriormente punidas com inabilitação temporária.

IX. DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA

99. O Termo de Acusação incluiu no polo passivo deste **PA 8/13** duas pessoas físicas, quais sejam, os Srs. **ÂNGELO CÉSAR COSSI** e **AMILTON JOSÉ BARDELOTTI**, vez que, nos termos do que aduzido nos parágrafos 83 e 84 do instrumento acusatório (fls. 25 e 26), seriam corresponsáveis por algumas das supostas irregularidades tratadas nestes autos.

100. Esqueceu-se, contudo, na elaboração do Termo de Acusação, que o Direito Brasileiro não acomoda, ou melhor, repele frontalmente, a responsabilização objetiva de dirigentes, tais como os Srs. **ÂNGELO CÉSAR COSSI** e **AMILTON JOSÉ BARDELOTTI**, que jamais poderiam ter sido acusados face à total, à mais absoluta ausência de qualquer evidência ou prova, ainda que meramente indiciária, de que os mesmos teriam agido com culpa punível.

101. As supostas irregularidades atribuídas ao Sr. **ÂNGELO CÉSAR COSSI** foram objeto da Proposta do Termo de Compromisso. Mas, de qualquer forma, o Sr. **ÂNGELO CÉSAR COSSI** deve, tal como o Sr. **AMILTON JOSÉ BARDELOTTI**, ser excluído deste Processo. E, se por absurdo não o for, reiteram-se aqui, em sua defesa, todos os argumentos e esclarecimentos feitos por ocasião da Proposta de Termo de Compromisso, como se aqui transcritos na íntegra, os quais encerram quaisquer dúvidas sobre a existência de quaisquer supostas irregularidades.

102. No que diz respeito ao Sr. **AMILTON JOSÉ BARDELOTTI**, foram a ele imputadas as penalidades decorrentes da suposta violação aos artigos 3º e 6º da ICVM nº 301/99, na medida em que não teriam sido tomados todos os cuidados necessários para a manutenção atualizada de cadastro, monitoração e dever de informação sobre a prevenção à "lavagem" ou ocultação de capitais.

103. Tais supostas irregularidades lhe foram imputadas, é importante observar, sob o único e exclusivo fundamento de que o **DEFENDENTE**, por ser Diretor que integra os quadros da **GERAÇÃO FUTURO**, seria automaticamente corresponsável por eventuais falhas existentes. Ou seja, **inexistem elementos que indiquem ter se concretizado sua participação culposa nas supostas práticas irregulares constantes do Termo de Acusação**.

M

Gerência Jurídica Fls. 209 6/13 BSM

104. Pretende, o Termo de Acusação, a **responsabilização objetiva** do Sr. **AMILTON JOSÉ BARDELOTTI**, que tem de suportar o ônus de severas acusações dirigidas contra sua pessoa sem que haja, sequer, vestígios de conduta culposa de sua parte. Sobre a impossibilidade de responsabilização objetiva do **DEFENDENTE**, anota Fábio Medina Osório[3], com louvável precisão:

> ***"A perspectiva de uma responsabilidade objetiva ou de uma falta de culpabilidade traduziria intolerável arbitrariedade dos Poderes Públicos em relação à pessoa humana.*** *Semelhante procedimento seria incompatível com o aludido conjunto de normas constitucionais.* ***Isto porque, não havendo comprometimento com o respeito à culpabilidade, à responsabilidade subjetiva, à evitabilidade do ato ilícito, as demais cláusulas constitucionais ficariam como meras peças de ficção****. Como pode alguém defender-se se o seu espectro de defesa resulta tão reduzido, ao ponto de poder ser objetivamente responsabilizado, por atos próprios ou de terceiros, no plano do Direito Sancionador?* ***Se é certo que a legalidade busca assegurar, no campo punitivo, que a pessoa saiba, de antemão, a conduta proibida, através de regras claras, gerais e abstratas, como isto poderia ocorrer diante de uma responsabilidade objetiva, na qual não se indaga das intenções ou da evitabilidade do fato? A preocupação com a segurança jurídica passa pela previsibilidade das condutas proibidas e possibilidade de que sejam evitadas****."* (grifamos)

105. E não há qualquer novidade no que diz o autor. Os tribunais brasileiros são inequívocos neste sentido, como o demonstram os seguintes julgados (grifos nossos):

> (i) ADMINISTRATIVO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CRSFN. APLICAÇÃO DE MULTA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. **DIRETOR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA**. LEI Nº 4.595/64. DECRETO Nº 91.152/85. DECRETO Nº 1.935/96. **RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. NEGLIGÊNCIA NÃO CONFIGURADA**. 1. Em exame remessa oficial e apelações interpostas em face de sentença que julgou procedente pedido do de anulação de decisão administrativa proferida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN, que imputou ao apelado - ex-Diretor da Área de Cambio do Banco do Brasil S.A. - multa no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). 2. O CRSFN é órgão integrante da estrutura básica do Ministério da Fazenda, foi instituído pelo Decreto n.º 91.152/85 com a responsabilidade de julgar os recursos interpostos contra as decisões do Banco Central do Brasil relativas a aplicação de penalidades por infração à legislação cambial, dentre outras. Na condição de órgão desprovido de personalidade jurídica, a União é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação anulatória de ato administrativo punitivo advindo do Conselho. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da União não acolhida. 3. O Banco Central do Brasil concluiu, no respectivo processo administrativo, que não restou comprovada a participação do apelado - como diretor da área de câmbio do Banco do Brasil S. A.

[3] **OSÓRIO, Fábio Medina**. Direito Administrativo Sancionador, Ed. Revista dos Tribunais, 2011, 4ª edição, p. 360.

em âmbito nacional - em irregularidades ocorridas em uma das milhares de agências daquela instituição financeira. 4. A punição perpetrada pelo CRSFN baseou-se em fatos alheios aos apurados no processo administrativo: a notícia de inúmeras irregularidades perpetradas no âmbito do Banco do Brasil na área de câmbio. **5. A responsabilidade do agente público por omissão é subjetiva, a exigir, para a sua configuração, dolo ou culpa, consistente esta na imprudência, negligência ou imperícia por do agente. Em sede de responsabilidade civil, seja objetiva ou subjetiva, não se prescinde na necessária prova do nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente público e o dano verificado. Correta a sentença**. 6. "No direito administrativo sancionador devem ser aplicados os mesmos critérios do direito penal e do direito processual penal, especialmente **a exigência de demonstração do elemento subjetivo da conduta**." (AMS 0041086-68.2000.4.01.3400 / DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p.105 de 09/07/2010). 7. Nega-se provimento à remessa oficial e às apelações da União e do Banco Central do Brasil.

(TRF-1 - AC: 200434000122710 DF 2004.34.00.012271-0, Relator: JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 25/06/2013, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.1640 de 05/07/2013).

(ii) "HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - LEI Nº 7.492/86 (ART. 25) - **DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO AO DIRETOR DE CÂMBIO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE O VINCULE, COM APOIO EM DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA** - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. **O sistema jurídico vigente no Brasil** - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - **impõe, ao Ministério Público, a obrigação de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal,** a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do "due process of law", ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação. O ordenamento positivo brasileiro repudia as acusações genéricas e repele as sentenças indeterminadas. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. A denúncia - enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal - constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, antes de mais nada, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria "res in judicio deducta". A peça acusatória, por isso mesmo, deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. **Denúncia que não descreve, adequadamente, o fato criminoso e que também deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente ao**

Gerência Jurídica Fls. 205 813 BSM

evento delituoso qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. PERSECUÇÃO PENAL DOS DELITOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO - **PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AO ADMINISTRADOR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, QUALQUER CONDUTA ESPECÍFICA QUE O VINCULE AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA. - A mera invocação da condição de diretor em instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule ao resultado criminoso, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação da acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório.** A circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção em instituição financeira não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal em juízo. AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA . - Os princípios constitucionais que regem o processo penal põem em evidência o nexo de indiscutível vinculação que existe entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta, de um lado, e o direito individual à ampla defesa, de que dispõe o acusado, de outro. É que, para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. É sempre importante reiterar - na linha do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na matéria - que nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes.

(STF - HC: 83947 AM, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 06/08/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00327)

106. É entendimento do Supremo Tribunal Federal, portanto: *"A circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção em instituição financeira não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) ....."* E, ao prolatar tal decisão, que afasta a necessidade de maiores digressões sobre o tema, cita as seguintes decisões: HC 80549, HC 83301, HC 85948, RHC 85658, HC 86395, HC 86879; RTJ 33/430, RTJ 35/517, RTJ 49/388, RTJ 57/389, RTJ 161/264, RTJ 163/268, RTJ 165/877, RTJ 195/126; RT 165/596, RT 525/372, RT 715/526; RF 150/393.

107. E, naturalmente, outro não poderia ser o entendimento na esfera administrativa, como se depreende do seguinte trecho extraído do Acórdão 6930/05, proferido na 253ª

Sessão do Conselho Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN, realizada em 29.09.2005, nos autos do Processo BCB 0001019646:

> "**EMENTA: RECURSOS VOLUNTÁRIOS** - Realização de operações combinadas em bolsa de mercadorias e futuros, durante o período de alargamento da chamada banda cambial, mediante *day-trade* (DI Futuro e opções de dólar) - Transferência de resultados para fundos de investimento administrados pelo banco recorrente ou para sua subsidiária integral - Remessa de divisas ao exterior – Alvitre de sonegação fiscal, matéria fora da alçada de competência do CRSFN - irregularidades caracterizadas - **inexistência de apuração de responsabilidade individual e subjetiva dos administradores – Apelo interposto pela instituição financeira improvido e provimento parcial aos formulados pelas pessoas físicas.**"
> (.....)

108. Em seu extenso e bem trabalhado voto, a Relatora Conselheira Rita Maria Scarponi advertiu (grifos nossos):

> "No âmbito do direito administrativo sancionador, **a culpabilidade se refere fundamentalmente ao elemento subjetivo do ilícito, ou seja, à intervenção do acusado, com dolo ou culpa, o que é incompatível com a chamada responsabilidade objetiva**, ou seja, aquela derivada automaticamente do fato. Impera o princípio da responsabilidade subjetiva, que se insere no postulado da culpabilidade em sentido amplo, como parte de seu conteúdo material, em nível de pressuposto da pena.
>
> <u>Prepondera, portanto, na infração administrativa, a existência de um elemento subjetivo</u>, pois a reprovação representada pela sanção só será procedente se a conduta tipificada puder ser atribuída ao autor, a título de dolo ou culpa.
>
> **A responsabilização administrativa demanda a ocorrência de dolo ou culpa por parte do agente da infração. As sanções somente serão aplicadas em razão de descumprimentos culpáveis de normas**, sendo que o descumprimento objetivo de uma disposição <u>**não pode levar à responsabilidade objetiva do administrador e tampouco ensejar uma sanção**</u>.
>
> <u>**A Administração deve, pois, comprovar a existência objetiva do descumprimento de uma norma e que tal descumprimento obedeceu a uma atuação intencional ou culposa do agente**</u>, sendo impossível a responsabilização por uma conduta em que esteja ausente o dolo ou a culpa.
>
> Segundo o mestre Cezar Roberto Bittencourt[4], <u>**o princípio da culpabilidade tem missão tríplice**</u>: a) como fundamento da pena - da possibilidade de aplicação da pena ao agente de uma conduta típica e antijurídica, com o cumprimento de alguns requisitos, que representam os elementos da culpabilidade, quais sejam, capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta; b) como elemento da determinação ou medição da pena, o que caracteriza o limite do poder punitivo estatal; e c) como

M

conceito contrário à responsabilidade objetiva, implicando uma vedação de responsabilidade penal desprovida do dolo ou da culpa.

Arremata, o mencionado mestre, sustentando que não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três conseqüências materiais: **a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; e c) a culpabilidade é a medida da pena**.

Tratando-se da responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas em termos coletivos, e sem culpa ou dolo, não se pode perder de vista a iniqüidade que a objetividade poderá acarretar, ao se responsabilizar os administradores que tivessem efetivamente levado a sociedade, por exemplo, a uma situação de insolvência, e aqueles que tivessem agido com idoneidade. Neste momento, relembre-se a lição do Professor Bulhões Pedreira: *"a responsabilidade coletiva e sem culpa, pelo fato do exercício do cargo de administração de uma sociedade anônima, é solução iníqua, incompatível com a ordem jurídica e com o sentimento de justiça dos nossos Juízes"*[5].

Ademais, **as presunções "ex lege" de culpabilidade são contrárias ao princípio da presunção de inocência, garantia fundamental que também impera no direito administrativo sancionador**. Toda condenação administrativa necessita ser precedida de uma atividade probatória, a cargo da Administração, que deve demonstrar os elementos que integram o fato ilícito e comprovar a culpabilidade do acusado."

(.....)
FINALMENTE, REGISTRE-SE QUE ESTE CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL MANIFESTA-SE HÁ MUITO EM CONSONÂNCIA COM O ORA EXPOSTO SOBRE A MATÉRIA, ou seja, pela incidência do princípio da responsabilidade subjetiva como norteador da aplicação de penalidade, afastando a sanção quando não comprovada a participação direta ou indireta dos acusados nos atos inquinados de irregulares[6].

No presente caso, a Autarquia Recorrida não dispunha de elementos para a aplicação de penalidades aos diretores do PACTUAL, acusados conjuntamente, eis que inexiste nos autos qualquer prova a suportar a autoria."

109. Inúmeras outras transcrições poderiam ser coladas a esta Defesa, sem, contudo, alterar a única conclusão possível: é terminantemente inadmissível, na espécie, a responsabilização objetiva do Sr. **AMILTON JOSÉ BARDELOTTI**, diante dos princípios e diretrizes que disciplinam o Direito Administrativo Sancionador.

X. DA NECESSÁRIA GRADAÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO DE EVENTUAL SANÇÃO PECUNIÁRIA

110. Os **DEFENDENTES** novamente remetem ao Princípio da Eventualidade para, na improvável hipótese de que este E. Conselho, deixando de agir com o acerto que lhe é usual e desconsiderando por completo os elementos desta Defesa, julgue ser cabível a imposição de sanção administrativa, ressaltar que eventual imposição de sanção pecuniária somente pode ser levada a efeito em seu patamar mínimo.

111. Acerca deste ponto, as observações de Celso Antônio Bandeira de Mello[7]:

> ***"As sanções devem guardar uma relação de proporcionalidade com a gravidade da infração.*** *Ainda que a aferição desta medida inúmeras vezes possa apresentar dificuldade em ser caracterizada, em inúmeras outras é perfeitamente clara; ou seja: há casos em que se pode ter dúvida se tal ou qual gravame está devidamente correlacionado com a seriedade da infração – ainda que se possa notar que a dúvida nunca se proporá em uma escala muito ampla, mas em um campo de variação relativamente pequeno –, de par com outros casos em que não haverá dúvida alguma de que a sanção é proporcional ou é desproporcional.* ***É impossível no Direito fugir-se a situações desta compostura, e outro recurso não há para enfrentar dificuldades desta ordem senão recorrendo ao princípio da razoabilidade****, mesmo sabendo-se que também ele comporta alguma fluidez em sua verificação concreta.* ***De todo modo, é certo que, flagrada a desproporcionalidade, a sanção é inválida.*** *(...).* ***No caso das sanções pecuniárias a falta de razoabilidade pode conduzir ao caráter confiscatório da multa, o que é, de per si, juridicamente inadmissível, como se sabe.****"* (grifamos)

112. Diante de tais elementos, e, na distante hipótese de que este E. Conselho entenda pela aplicação de sanção administrativa de cunho pecuniário - por mais que tal medida se mostre despropositada e inaplicável -, tal penalidade deverá ser arbitrada em seu patamar mínimo, na medida em que, sob a ótica dos princípios suscitados, qualquer outra forma de dosimetria caracterizar-se-ia frontalmente contrária às diretrizes do ordenamento jurídico e, consequentemente, nula de pleno direito.

XI. CONCLUSÃO E PEDIDOS

113. Diante de todo o exposto, os **DEFENDENTES** respeitosamente requerem:

a) Seja acolhida a preliminar suscitada, **restando reconhecida a nulidade do Processo Administrativo em tela**;

b) Em sendo desconsiderada a preliminar arguida, o que se vislumbra somente por argumentação, **seja imediatamente providenciada a**

[7] **BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio**. Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 2013, 30ª edição, p. 872-873.

Gerência Jurídica Fls. 209 6113

exclusão dos Srs. Amilton José Bardelotti e Ângelo César Cossi do pólo passivo do processo em causa, sendo arquivada a presente autuação em relação a eles, haja vista que, reveste-se de patente ilegalidade a responsabilização objetiva contra eles pretendida;

c) De forma subsidiária, caso não sejam acolhidos os pedidos anteriores, **seja reconhecida a procedência dos argumentos de mérito aduzidos por meio da presente Defesa Administrativa**, a fim de que seja, ao final, julgado **INTEGRALMENTE INSUBSISTENTE** o Processo Administrativo em exame, sendo determinado seu imediato arquivamento, ante a inocorrência de quaisquer irregularidades cometidas pelos **DEFENDENTES;**

d) Sucessivamente, na remota hipótese de que este E. Conselho entenda ter se consubstanciado qualquer irregularidade, o que se admite somente em atenção ao Princípio da Eventualidade, **seja aplicada somente a pena de advertência**; e

e) Por fim, em não sendo este o entendimento de Vossas Excelências, restando aplicada sanção administrativa de natureza pecuniária – o que apenas se concebe, frise-se, *ad argumentandum tantum* -, **seja a referida penalidade arbitrada de acordo com o que arrazoado em relação à necessidade de observância aos princípios da culpabilidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da finalidade**, de modo que não poderá ultrapassar o patamar mínimo previsto na regulamentação.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

São Paulo, 22 de outubro de 2013.

MARIANA PIMENTEL FALLEIROS
OAB/SP nº 281.880