



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP 20050-901 – Brasil – Tel: (21) 3554-8686
Rua Cincinato Braga, 340/2º, 3º e 4º Andares, Bela Vista, São Paulo/SP – CEP 01333-010 – Brasil – Tel: (11) 2146-2000
SCN Q.02 – Bl. A – Ed. Corporate Financial Center, S.404/4º Andar, Brasília/DF – CEP 70712-900 – Brasil – Tel: (61) 3327-2030/2031
www.cvm.gov.br

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 19957.009288/2019-25

Reg. Col. 1735/20

Acusados: Guilherme Ribeiro do Val e Antonio Marcos Samad Junior
Assunto: Possível atuação irregular como agente autônomo de investimento e delegação a terceiros da execução de serviços privativos de agentes autônomos de investimento. Infração ao art. 3º, *caput*, e inciso II; art. 13, inciso VI; e art. 10, *caput*, todos da Instrução CVM nº 497/2011.
Diretor Relator: Otto Eduardo Fonseca de Albuquerque Lobo

MANIFESTAÇÃO DE VOTO

1. Respeitosamente divirjo do Ilustre Relator, pois entendo estar prescrita pretensão punitiva. Entendo pelo eminente voto que não há controvérsia sobre os eventos que teriam interrompido a prescrição, apenas da tese, pelo que passo a expor minha visão.
2. O prazo da prescrição penal é obtido a partir da pena máxima prevista para o ilícito. Como a pena máxima do crime equivalente é de dois anos, a prescrição penal é em quatro, pelo art. 109, V, do Código Penal.
3. Já me manifestei sobre esse tema no PAS 19957.007344/2019-97, pelo que reproduzo o que lá escrevi. Para maior simplicidade, reproduzo as notas de rodapé como se fossem notas deste próprio voto.
6. Reconheço a existência de doutrina¹ e de julgados que afirmam que só se aplica a prescrição penal quando maior que os cinco anos da prescrição ordinária administrativa. Tenho, porém, entendimento que pode ser resumido nos termos de decisões recentes do Conselho Nacional de Justiça, cujo Plenário pacificou a questão, ali até então também debatida. Destaco os seguintes trechos de um dos julgados que reafirmam a decisão do Plenário² (grifos do original):

¹ Nota de rodapé constante do voto:

“Melhor explicando essa regra que, em certos casos conduz a situações complexas, pode-se afirmar que, em se tratando de infração administrativa também tipificada como crime, a lei conferiu um tratamento mais rigoroso. Ou seja, nos casos em que o prazo de prescritibilidade penal for maior que o do âmbito administrativo, aplicar-se-á aquele” SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; MEDINA OSÓRIO, Fabio; WELLISCH, Jula Sotto Mayor. *Mercado de Capitais – Regime Sancionador*. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 186. Curioso que a “melhor explicação” é apenas a enunciação de uma regra diferente do que a prevista na lei. Supõe-se que os autores consideram “situações complexas” aquelas em que o prazo prescricional é de três ou quatro anos, ao invés do quinquênio. Contraintuitivo até pode ser, pois a primeira leitura do dispositivo dá a ideia de agravamento – e ela é confirmada pela maioria das ocasiões em que ele incide. Mas nada há de complexo. O que me parece “complexo” é conciliar garantias fundamentais ao acusado com uma “interpretação” que deliberadamente restringe o alcance de um cristalino comando legal, apenas quando ele operaria em favor do réu.

² Nota de rodapé constante do voto:

0002495-85.2016.2.00.0000, rel. Cons. Luiz Fernando Bandeira de Mello, j. 24.09.2021. O art. 24 da Res. CNJ 135 é materialmente idêntico ao §2º do art. 1º: Art. 24. *O prazo de prescrição de falta funcional praticada pelo magistrado é de cinco anos, contado a partir da data em que o tribunal tomou conhecimento do fato, salvo quando configurar tipo penal, hipótese em que o prazo prescricional será o do Código Penal.*



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

A pergunta que poderia vir à tona é se o prazo prescricional do Código Penal seria aplicado às infrações administrativas mesmo quando inferior ao prazo geral de 5 anos contido na primeira parte do art. 24 da Resolução n.º 135, de 2011. A resposta para a pergunta é afirmativa.

O Plenário do CNJ, em recentíssimo julgamento ocorrido na 333ª Sessão Ordinária, de 15.6.2021 (RevDis n.º 0008261-17.2019.2.00.0000), decidiu, por maioria, que “o prazo para aferição da prescrição não será mais o administrativo, mas sim aquele previsto no Código Penal, mesmo que não haja ação penal em curso e que a prescrição penal tenha prazo inferior ao previsto para as penalidades administrativas”. Vejamos:

[...]

Configurado, contudo, tipo penal, o prazo para aferição da prescrição não será mais o administrativo, mas sim aquele previsto no Código Penal, mesmo que não haja ação penal em curso e que a prescrição penal tenha prazo inferior ao previsto para as penalidades administrativas. [...] Impossibilidade de o intérprete criar restrição onde a norma não distinguiu, de proceder à aplicação apenas parcial da lei ou de proceder à combinação de diplomas normativos diversos, tudo em detrimento do acusado. Princípios da legalidade e do favor rei. Precedentes

O entendimento do CNJ sobre este tema encontra guarida na estrita legalidade do art. 24 da Res. CNJ n.º 135, de 2011, que determina expressamente a observância do Código Penal em situações como esta, sem qualquer ressalva. Não cabe ao intérprete da norma criar restrição onde a norma não fez distinções, em especial quando tal interpretação se opera no afã de prejudicar o réu.

7. Importante ressaltar que o julgado do Plenário do CNJ sustentou-se em decisão do Superior Tribunal de Justiça, que enfrentou a mesma questão jurídica em sede de outro diploma legal – a Lei 8.112/90 – que tem disposição materialmente idêntica em seu art. 142. A prescrição ordinária é de cinco anos (inciso I) e o §2º diz: Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. O acórdão do STJ diz:

*“[A] situação do impetrante também enquadra-se na hipótese do §2º do artigo 142 da Lei n. 8.112/90, em razão de sua condenação criminal [...]. [E]m razão da condenação criminal do impetrante [...] o prazo prescricional da pretensão punitiva aplicável obedece a disposição do art. 109, VI, do Código Penal, **qual seja, a de que regula-se ‘em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano’**. [...] Considerando-se a prescrição **trienal – art. 109, VI, CP** – [...] a prescrição punitiva administrativa ocorreu 3 (três) anos após a interrupção...”³*

8. Em suma, a lei tem um comando claro⁴, direto e completo: se a infração também é crime, o prazo prescricional é o do Código Penal. Ponto final. Nem discordo que pudesse “fazer mais sentido” que o prazo só pudesse ser aumentado, mas simplesmente a lei não diz isso. Aqui se está falando de aplicação de penalidades: a interpretação é restritiva contra o réu e extensiva a seu favor. Eventual insatisfação com o texto, por opinião de que faria mais sentido o prazo nunca poder ser reduzido (...), deve ser levada ao Poder Legislativo.

³ Nota de rodapé constante do voto:

MS 21.045/DF, Rel. Marga Tessler, Des. Fed. Conv. do TRF da 4ª Região, 1ª Seção, j. 10.12.2014.

⁴ Nota de rodapé constante do voto:

Há, claro, outras questões nada claras no dispositivo, como o que é “constituir” crime (e.g., se o juízo é da Administração ou depende da esfera criminal) e o que é “fato” (e.g. a própria questão já mencionada acerca do alcance subjetivo do termo). Mas tais questões advêm diretamente dos vocábulos constantes do texto, diferentemente da inteira criação de uma exceção não escrita em lugar algum (e contra o réu!).

Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19957.009288/2019-25



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

9. Como conclusão, as palavras do julgado com que o CNJ consolidou seu entendimento:

[D]escabe ao intérprete extrair da norma exegese que se destina tão somente a prejudicar o acusado em processo criminal ou administrativo, nunca a beneficiá-lo. Ou se aplica a prescrição penal em todos os casos em que se tem configurado o tipo penal (prescrição penal maior ou menor do que a administrativa) ou se altera a norma de regência para que haja disposição expressa em sentido diverso. O que não se mostra possível é considerar que o texto da norma pode ficar ao arbítrio do julgador, para empregá-lo quando entender apropriado ou para aplicá-lo apenas na parte que corrobora a sua linha argumentativa⁵

4. Em complemento ao que acima transcrevi, remeto ao precedente do CRSFN mencionado pelo Ilustre Relator (cf. §12 de seu voto). O relator do julgamento no Conselho chama de “*máxima aristotélica*” a ideia de “*tratar os desiguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades*”. Não irei aqui aprofundar questões como sua autoria ou sua precisão⁶, nem o quanto ela é frequente e enormemente deturpada para transformá-la num clichê usado como adorno argumentativo de afirmações dos mais variados tipos. Fico apenas no seu uso para tentar fundamentar conclusões jurídicas, chamando a atenção para o quanto uma argumentação juridicamente vazia, acrescida de um princípio enunciado sem cuidado, permanece vazia. A mesma sequência de palavras pode ser usada para fundamentar ideias contraditórias.

5. No exemplo aqui tratado, pode-se muito bem dizer que, se “os desiguais devem ser tratados na medida de desigualdade”, nem todos os ilícitos administrativos devem ter o mesmo prazo prescricional. É assim que o relator no Conselho argumenta que os ilícitos administrativos que também constituem crimes “*devem receber um tratamento mais rígido*”. É claro que por trás do raciocínio está a premissa de que um crime é mais grave que uma infração administrativa, mas essa premissa não é necessariamente sempre verdade. Em termos de consequências concretas para quem a recebe, alguns ilícitos administrativos podem ter penas bem mais severas que algumas infrações tipificadas como crimes. Assim, por essa mesma linha de argumentação, pode-se dizer que os crimes que a lei atribui penas mais brandas devem receber um tratamento mais brando que o dos crimes mais graves, *na “medida dessa desigualdade”* – seja ela de prazos prescricionais, de penas, de reprovabilidade social, do que seja. Se infrações administrativas devem ser diferenciadas –

⁵ Nota de rodapé constante do voto:

CNJ, Processo Rev. Dis. nº 0008261-17.2019.2.00.0000, Rel. Cons. Mário Guerreiro, j. 16.06.2021.

⁶ Embora em certa medida se aproxime da noção de justiça e “igualdade proporcional” de Aristóteles, a “máxima” é quase transcrição da passagem de *Oração aos Moços*, de Rui Barbosa: “*A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem*”. Para o filósofo grego, essas diferenças incluem tratamento proporcional a fatores como mérito, virtude, grau de contribuição para a sociedade e “características naturais”, sendo que o tratamento inclui recebimento de privilégios e ônus, pouco custando lembrar essa noção é tão ampla que permite até a defesa de institutos hediondos como a escravidão, para a qual o Estagirita tinha “justificativas” em sua filosofia ética e política.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

na medida da “desigualdade” relativa a corresponder ou não corresponder a tipo penal – também devem ser diferenciadas na medida da “desigualdade” com que os próprios crimes são tratados pela lei. Se é para invocar princípios, fico com o da interpretação estrita contra o acusado em âmbito punitivo.

6. Em conclusão, como entendo pela ocorrência da prescrição, deixo de examinar o mérito, votando pela absolvição dos acusados.

Rio de Janeiro, 19 de março de 2024.

João Accioly
Diretor