
Fernando Orotavo: É preciso criar varas de direito financeiro

A maior dificuldade em propor e defender ações judiciais na área do mercado financeiro e de capitais é a inexistência de uma justiça especializada. As operações financeiras que originam essa espécie de litígio e os próprios produtos e serviços oferecidos pelo mercado de valores mobiliários são cada vez mais complexos. Além disso, as regras bancárias (instruções, resoluções, portarias e deliberações) que regem as operações financeiras mudam com muita frequência.

Inexiste uma codificação para as normas bancárias, como as adotadas nos outros ramos do Direito, o que dificulta a interpretação delas pelo julgador. Um juiz, normalmente, só passa a tomar conhecimento do que é um *day-trade*, uma venda a descoberto ou um *swap* de derivativo, quando um processo sobre o tema cai no seu colo.

Não basta dominar o Direito Societário para atuar nesse ramo judicial. É necessário possuir amplo domínio da sistemática operacional das operações financeiras negociadas no mercado de valores mobiliários, primário e secundário, além de conhecer profundamente também Direito Constitucional, Civil, Processo Civil, Administrativo e Penal.

Já houve caso de investidor ser denunciado pelo Ministério Público por ter comprado ações sem movimentar recursos financeiros. O juiz aceitou a denúncia, porque não tinha a mínima ideia do que era uma venda a descoberto. Trata-se de operação rotineira, que constitui importante instrumento de liquidez para o mercado financeiro e que reside em apostar na “baixa” do ativo mobiliário, ou seja, vender uma ação a R\$ 10,00, para comprá-la, depois da venda, a R\$ 8,00, para lucrar R\$ 2,00.

Ou seja, vende-se o que não se tem, mas entrega-se o que foi prometido (a ação), seja com lucro ou prejuízo (na hipótese de a ação subir para R\$ 12,00). No fim, deu tudo certo, o magistrado entendeu as explicações sobre esse tipo de operação financeira.

Uma multa de R\$ 500 milhões

Sem a existência de uma justiça especializada, litigar contra a Comissão de Valores Mobiliários ou contra o Banco Central é muito difícil. Em primeiro lugar, porque os atos administrativos em geral gozam de uma presunção de legalidade, que na Justiça precisará ser demolida pela parte contrária. O juiz, no primeiro contato com o processo, já tende a achar que as autarquias estão com a razão. E a falta de um conhecimento especializado a respeito da mecânica dos negócios financeiros, com certeza, tende a ocultar, involuntariamente embora, a existência das eventuais falhas incorridas pela autoridade monetária ou fiscalizadora no julgamento ou na análise da ocorrência do delito administrativo.

Não bastasse isso, tanto a CVM quanto o BC têm funcionários de altíssima especialização, que realmente entendem do riscado. No entanto, os agentes da administração pública são como todos nós, não estão imunes a erros.

Tive oportunidade de atuar no processo que resultou na inédita anulação de uma multa de meio bilhão de reais, imposta pela CVM no Caso Rioprevidência. No âmbito judicial, o mais importante foi ter criado um precedente. Agora, sempre que a CVM afirmar que o acusado causou um prejuízo em detrimento de

alguém, mesmo que o fato-prejuízo não constitua elemento da tipificação do delito administrativo, fica obrigada a deferir a prova pericial requerida pelo acusado, sob pena de cerceamento de defesa e posterior anulação do julgamento administrativo.

Na ambiência administrativa, esse precedente judicial propiciou uma evolução hermenêutica, porque, depois dessa decisão unânime da 7ª Tuma Especializada do TRF-2, já houve processos administrativos sancionadores em que a própria CVM deferiu a prova pericial sem que fosse necessário que o acusado se socorresse do Judiciário para conseguir a sua realização. Isto é muito bom, a nova orientação da CVM só está a merecer aplausos.

Recentemente, anulamos uma multa aplicada a um acusado por informação confidencial, e a dois outros, que foram denunciados por delitos de operação fraudulenta e de prática não-equitativa, como noticiado, inclusive, pelo site Conjur.

Sempre que o ato administrativo sancionador padecer de vícios resultantes de erro de forma ou de conteúdo, pode e deve ser anulado pelo Poder Judiciário. Essa foi a maior contribuição trazida pelo precedente judicial da anulação da multa de R\$ 500 milhões.

A força da Constituição sempre prevalece

No julgamento administrativo do Caso Rioprevidência pela CVM, ocorreu um erro sistêmico. As normas bancárias – inferiores que são – devem, sempre e sempre, ser interpretadas conforme a Constituição e as leis. Quando isso não acontece, o ato administrativo sancionador se afasta da legalidade.

Essa ação da Rioprevidência chamou muita atenção pelo valor da pena, pela grandiosidade da multa, mas o direito não tem preço. A multa pode ser ilegal se for de um real ou de um bilhão. Pouco importa. Legalidade e ilegalidade não se confundem. Quando você acusa alguém de ter causado prejuízo a outrem, é impensável que se possa impedir o acusado de provar a inexistência do prejuízo ou do nexo de causalidade entre a ação ou omissão praticada e o prejuízo.

Outro tema altamente polêmico foi a emissão de títulos por alguns Estados, com posterior calote aos compradores. Nada justifica que um ente federativo emita títulos, aos quais subjaz empréstimo público, e não pague esses papéis no vencimento. A existência de um Estado caloteiro, que não paga os títulos que emite, prejudica até o grau de investimento do País como um todo, por se tratar de uma república federativa.

Por igual, se uma instituição financeira desvia dinheiro entregue a ela por investidores ou poupadores, destinando esses recursos a outra empresa que lhe é coligada ou mantém com ela vínculos de interesse, nada mais justo e legal do que punir também a empresa destinatária do dinheiro alheio, tal como prevê a Lei de Liquidações Extrajudiciais.

No Direito financeiro, não existem milagres

Nesses tipos de litígios, escolher a melhor estratégia jurídica para cada caso sempre depende, é claro, de conhecimento sobre o mercado financeiro e de capitais, bem como sobre a mecânica operacional das negociações financeiras. Sem isso, fica muito complicado.

Recuperar créditos devidos por entes federativos inadimplentes e receber o dinheiro que poupadores e investidores aplicaram em bancos falidos também é muito complicado, porque não existe uma fórmula que garanta o sucesso da empreitada processual. Cada caso tem suas peculiaridades.

De início, é preciso analisar a legalidade da operação financeira como um todo – a natureza da negociação efetivada, se houve falhas operacionais, como aconteceram e em que fase. Assim, pode-se identificar com maior facilidade a norma bancária que regulava a operação e constatar se foi violada. Temos de saber se foi no mercado primário ou secundário, para entender por que a falha aconteceu e quem foi o responsável ou contribuiu por ação ou omissão, e, principalmente, quais foram os players da operação, que dela se beneficiaram, direta ou indiretamente, obtendo vantagem patrimonial ilícita e indevida em detrimento de terceiros.

Dinheiro ilícito sempre deixa rastros

Depois, utiliza-se a regra de seguir o dinheiro, porque, embora dinheiro não tenha cheiro, sempre deixa rastros, por melhor escondido que seja. E o dono final do dinheiro quase sempre é o mentor da operação ou seu beneficiário, pois ninguém corre o risco de montar uma operação financeira ilegal para deixar o resultado com outra pessoa.

Com esse tipo de abordagem, foi conseguido o resgate de créditos da ordem de 1,1 bilhão de reais, no caso da emissão das Letras Financeiras do Estado de Pernambuco, e de 1,8 bilhão de reais, pelo Estado de Alagoas. Da mesma forma, foram recuperados 65 milhões de reais para uma empresa de serviços de eletricidade na liquidação extrajudicial do Banco Santos e obteve-se também recuperação de créditos na liquidação extrajudicial do Banco Vega.

Esses tipos de processos judiciais envolvendo operações no mercado de capitais, que sempre envolvem vultosas quantias, demonstram cabalmente a necessidade de criação de varas especializadas em Direito Financeiro, para garantir que se faça justiça com mais conhecimento e propriedade.

Date Created

11/10/2016