

A CVM E O DEVER DE GUARDAR SIGILO

Pedro Dutra

1. Publicidade, sigilo e o estado democrático de direito. 2. Publicidade de atos processuais. 3. Sigilo, inquérito administrativo e processo administrativo. 4. Sigilo e decisão em processo administrativo. 5. Sigilo e a prestação de informações a terceiros. 6. Conclusão.

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM – por intermédio de sua ilustre Diretora, Dra. Norma Parente, consulta-nos se esse órgão pode dar “ampla e irrestrita” publicidade ao inquérito administrativo e ao processo administrativo que promove; se pode prestar “informações a terceiros” que tenha obtido em razão do exercício da sua função fiscalizatória, e “expedir certidão” tendo por objeto estas informações, em especial se requeridas por “vítimas de atos ilícitos” cometidos no mercado mobiliário; ou, ainda, mesmo sem franquear a terceiros interessados o acesso aos autos de inquérito ou processo administrativo, pode a esses “prestar informações obtidas por seus fiscais”.

1. Publicidade, sigilo e o estado democrático de direito

Publicidade é a qualidade do que é público, do ato ou fato tornado público¹. Público é o que pertence ao povo², em oposição ao privado, guardado do público³. Nos regimes democráticos, a limitação do poder do Estado apóia-se na noção de que o povo é o titular do poder estatal - ele detém o poder soberano, e não o Estado. Na ordem jurídica brasileira, a Constituição

¹ *cf. publicidade.* in “Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa”, Laudelino Freire, 1943, p. 4194.

² *cf. público.* in “Grande e Novíssimo Dicionário Brasileiro”, ob. cit. p. 4086. “*public*”, in “Oxford English Dictionary – The Compact Edition”, Oxford University Press, 1971. p. 720.

³ *cf. “public”.* in “The Oxford English Dictionary of Etymology”, edited by C.T. Onions, London, Oxford at Clarendon Press, 1966. *private*, p. 711.

Federal de 1934 explicitou esta noção ao afirmar que *todos os poderes emanam do povo, e em nome dele são exercidos* (artigo 2º), fórmula que a Carta seguinte, que estruturou o regime ditatorial de 1937, reduziu, *o poder político emana do povo e é exercido em nome dele*, mas que a Carta seguinte, de 1946, repôs, precisando-lhe a forma: *todo o poder emana do povo, e em nome dele será exercido*. **PONTES DE MIRANDA** ao comentá-la registrou a titularidade do poder estatal no povo, para dizer que desse poder, assim identificado, *emanam todas as decisões que caracterizam preceitos constitucionais e de onde tiram autoridade todos os poderes de legislação, de execução e de judicatura*⁴. O legislador constitucional de 1988 buscou a mesma linha de seu antecessor de 1946, tendo em conta reagir, como aquele fizera em relação ao regime de 1937, ao regime ditatorial que a Carta de 1967/1969 deu forma ao dizer, *todo poder emana do povo e em seu nome é exercido*; assim, a atual Constituição estatui: *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*.

Porém, a experiência, e em especial a brasileira recorrentemente exposta a assaltos autocráticos, mostra que a identificação formal da titularidade do poder estatal no povo e o desdobramento desse poder nas funções legislativa, executiva e judiciária que devem ser exercidas em seu nome - em seu interesse -, não bastam à realização objetiva do estado democrático - à afirmação do estado democrático de direito referido no artigo 1º da atual Constituição Federal. É necessário que no estado democrático de direito o poder estatal seja exercido publicamente - na plenitude do dia⁵, visível ao povo, ao seu titular, sem dele ocultar nem se fazer oculto, como lembra **BOBBIO**⁶. Para tanto, é indispensável que os atos estatais sejam dados a conhecer ao público, sejam divulgados - a eles seja dado *publicidade*. Advertido de que a tradição autoritária da política nacional projeta-se sobre a administração pública distanciando-a do público, o legislador brasileiro elevou a publicidade dos atos da administração a um de seus princípios regentes, nos termos do artigo 37, da Constituição Federal:

“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

⁴ in “Comentários à Constituição de 1946”, 2ª. ed., 1951, vol.I, p. 309.

⁵ “*au grand jour*”, na feliz expressão de Maurice Joly, citada por Norberto Bobbio: “O futuro da democracia”, in “O futuro da democracia”, 7ª ed., 2000, p. 41, nota 15.

⁶ “A Democracia e o Poder Invisível”, in “O Futuro da Democracia”, ob. cit., p. 107.

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (grifo nosso)

Contudo, a visibilidade do poder público – do poder a ser exercido em público – encontra limitação excepcional, que autoriza a não publicação de alguns dos atos estatais (e assim de dados e informações que esses atos por alguma forma refiram) – restringindo-lhes a *publicidade* – na hipótese de o interesse público, interesse do Estado ou direitos do indivíduo puderem ser vulnerados pela publicidade que se der a determinado ato, ou a dados e informações, que refira, da administração pública. Cabe à Lei – e não a órgão da administração pública – fixar esta exceção e a sua forma, indicando a qual órgão caberá a guarda do sigilo que prescreve. Assim os dispositivos do artigo 5º, XXXIII e LX, da Constituição Federal.

“XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

.....

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;” (grifamos)

Esta oposição entre o caráter público do poder democrático, e o sigilo que deve recobrir alguns de seus atos, não contradiz a sua natureza, antes remete o poder democrático à sua origem, qual seja, aos “*direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal* (em oposição ao estado absolutista, note-se) *e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, dos limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos ‘invioláveis’ do indivíduo*”. O Estado democrático deve necessariamente abrigar essa dualidade, pôr em convívio, na ordem jurídica, a regra geral da publicidade e a exceção do sigilo; é o mesmo **BOBBIO** que acha a confluência necessária e extraordinária desses contrários: “*o caráter público é a regra, o segredo a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer me-*

nos, já que o segredo é justificável apenas se limitado no tempo, não diferenciado de todas as medidas de exceção”⁷.

Claramente, o legislador constitucional brasileiro atendeu a esse imperativo do estado democrático do direito; a ressalva do sigilo alcança informações em poder da administração pública, mesmo se eventualmente tais informações interessarem a terceiros na defesa de seus direitos – artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal – assim como ressalva o dever, posto na regra do inciso XXXIV⁸, do mesmo artigo da Constituição, de órgão administrativo ordinariamente atender a requisição ou expedir certidão que refiram tais informações postas sob sigilo.

2. Publicidade de atos processuais

A publicidade dos atos processuais só poderá ser restringida – por Lei⁹ – se a defesa da intimidade e o interesse social o exigirem, diz a Constituição Federal, artigo 5º, LX; o Código de Processo Civil, objetivando a regra constitucional, diz:

“Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público. (grifamos)

Em mesma linha de extração constitucional dispõe a Lei 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da administração pública federal:

“Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoa-

⁷ Respectivamente, “O Futuro da Democracia”, p. 32, e “A Democracia e o Poder Invisível”, p. 100; ambos in “O Futuro da Democracia”, ob. cit.

⁸ “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.”

⁹ cf. Caio Tácito. “Sigilo nas operações das instituições financeiras.” In: *Temas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v.1, p. 925.

bilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

.....

V – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo prevista na Constituição.” (nosso grifo)

E a seguir, a mesma Lei especifica a exceção do sigilo:

“Art. 46 - os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados ou documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.”

No âmbito da CVM, a ressalva à regra da publicidade, determinado a este órgão a guarda do sigilo, acha-se fixada no § 2º do artigo 8º da Lei 6.385/76:

*“Art. 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários:
(...)”*

§ 2º Ressalvado o disposto no Art. 28, a Comissão de Valores Mobiliários guardará sigilo das informações que obter, no exercício de seus poderes de fiscalização.” (grifamos)

A regra especial, a regular a ação da CVM, conforma-se ao dispositivo constitucional e à regra processual geral. Note-se, todavia, que as regras a restringir a publicidade a ser dada aos atos da administração pública, todas elas, são voltadas “*para o povo*”, “*para todos*”, e não para as partes do feito¹⁰, às quais, em nenhuma hipótese, pode a autoridade judiciária ou administrativa negar ou dificultar o acesso a todas as peças dos autos de processo ou de inquérito, judicial ou administrativo. E, ainda, que o sigilo que a Lei obriga à CVM guardar alcança as *informações* que esta obtiver em razão do exercício de sua função de fiscalização, e não à sua ação administrativa. Adiante volta-

¹⁰ cf. Pontes de Miranda in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo III. 3ª edição. Rio de Janeiro. 1996. p. 51)

remos a este ponto, devendo-se contudo registrar esta distinção, evidente na norma especial que disciplina a ação da CVM, e que a obriga à guarda do sigilo.

3. Sigilo, inquérito administrativo e processo administrativo

A necessidade de a administração pública valer-se de instrumentos processuais preliminares para coleta de elementos factuais que lhe permita motivar ato de instauração de processo administrativo, se esses elementos não se apresentarem suficientes à imediata expedição de ato motivado de instauração de processo administrativo, historicamente tomou várias designações - inquérito, sindicância, averiguação preliminar.

A Lei 4.137/62, de repressão ao abuso do poder econômico, por exemplo, disciplinava a *averiguação preliminar* para o fim de verificar “*se há real motivo para instauração do respectivo processo administrativo*” (artigo 27). No artigo 30 da Lei 8.884/94, que sucedeu àquela, tem-se: “(...) *quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para instauração imediata¹¹ de processo administrativo*”, será instaurada averiguação preliminar, para permitir a verificação de indícios consistentes de ato infrativo que habilite à autoridade competente instaurar processo administrativo.

A Resolução CMN nº 454/77, que aprovou o “*regulamento disciplinar do procedimento a ser observado na instauração de inquérito administrativo e de processo administrativo pela Comissão de Valores Mobiliários*”, para “*apurar atos ilegais ou práticas não equitativas por parte de administradores ou de acionistas de companhias abertas, intermediários e demais participantes do mercado de valores mobiliários*”, seguindo este modelo

¹¹ O vocábulo “*imediata*” foi suprimido do texto da Lei 8.884/94, por força da Lei 10.149/2000, clonada de Medida Provisória, cuja finalidade no âmbito da defesa da concorrência, ao lado de outras alterações feitas naquela lei, é dar ao órgão instrutor, à Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, poderes de instrução próprios dos processos administrativos já em sede de averiguação preliminar, livrando esse órgão instrutor dos incômodos do direito à ampla defesa e ao contraditório assegurados ao administrado, que, como se sabe, não têm lugar na averiguação preliminar, pois nesta não se tem formalizada acusação. Mantivemos a referência ao texto legal original, porque conforme ao Direito. Sobre as alterações promovidas nas regras processuais da Lei 8.884/94, e a contrariedade delas às regras do devido processo legal e o direito à ampla defesa e ao contraditório, ver “*Medida Provisória 2055/2000*”, Pedro Dutra, Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo, vol. 7, nº 7, 2000. p. 31.

dividiu o *procedimento* em duas fases, seqüenciais: a primeira, de natureza preliminar, na qual o órgão coleta dados e informações relativas ao ato infrativo eventualmente cometido, sem formalizar acusação, e tem início com a instauração de inquérito administrativo (artigo 1º, ¹²); a segunda inicia-se pela formalização da denúncia – isto é a imputação do cometimento de determinada violação à norma por determinado administrado (artigos 5º, ¹³ e 8º, ¹⁴).

A recente Resolução CMN nº 2.785/2000, que em parte alterou a Resolução CMN nº 454/77, seguindo melhor técnica processual condicionou a abertura de inquérito administrativo à inexistência de indícios bastantes à instauração imediata de processo administrativo; isto é, presentes estes indícios, deverá a CVM instaurar processo administrativo, e não abrir inquérito (artigo 4º)¹⁵. Essas duas fases - inquérito e processo - não são mais, nos termos da norma infra-legal vigente, obrigatoriamente seqüenciais: pode ser instaurado apenas o processo administrativo.

A doutrina e a jurisprudência sedimentaram o recorte preciso do processo preliminar, que precede o processo administrativo; **TITO PRATES DA FONSECA** a esse propósito observa:

“(...) o direito administrativo, sob a denominação de inquérito ou de sindicância, distinguindo um de outro, ou tendo-os como sinônimos, estabelece um procedimento preliminar, para chegar à certeza suficiente da existência de faltas disciplinares, quando essa certeza ou forte probabilidade não exista.” (in “Lições de Direito Administrativo”, 1943, p. 205-206)

¹² “À Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do presente Regulamento, caberá proceder a instauração de Inquérito Administrativo para apurar atos ilegais ou práticas não eqüitativas por parte de administradores ou de acionistas de companhias abertas, intermediárias e demais participantes do mercado de valores mobiliários, na forma prevista no art. 11 da lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.”

¹³ “Concluído o inquérito pela responsabilidade do indiciado, será este intimado por escrito, aberto o prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da intimação, para apresentação de defesa.”

¹⁴ “A apresentação da defesa pelo indiciado instaura a fase litigiosa do procedimento, com a conseqüente formação do Processo Administrativo.”

¹⁵ “Será dispensada a constituição de Comissão de Inquérito quando os elementos de autoria e materialidade da infração forem suficientes para o oferecimento de termo de acusação por um Superintendente, que deverá, de forma sumária, submetê-lo à aprovação do Colegiado.”

E CRETELLA JÚNIOR:

“nessa forma preliminar, não há necessariamente defesa, porque não conclui por uma decisão contra ou em favor de pessoas, mas pela instauração do processo administrativo ou pelo arquivamento da sindicância” (in “Direito Administrativo Brasileiro – Volume V- Processo Administrativo”, 1962. p. 108)

A jurisprudência administrativa definiu o propósito do processo preliminar:

“O que se busca, no curso do Processo de Averiguações Preliminares, são indícios veementes que nos levem a concluir pela existência de um motivo justo para o desencadeamento do Processo Administrativo.” (Voto no Processo de Averiguações Preliminares nº 76, de 3 de março de 1978. In “Poder Econômico: exercício e abuso”, José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luis Vicente de Azevedo Franceschini, São Paulo. 1985. p. 201)

“De outro lado, o processo de averiguações preliminares é sede de uma formação de ‘juízo de simples credibilidade’, que eventualmente antecede um ‘juízo de formação de culpa’, que se desenvolve no processo administrativo.” (Voto no Processo de Averiguações Preliminares nº 34, de 7 de novembro de 1972, representantes: Aníbal dos Santos Moura e Alcy dos Santos Moura, representada: Cia. Vale do Rio Doce. In DOU de 18 de dezembro de 1972, Seção I, parte I, pp.11.354 e ss.; ob. cit. p. 203).

O mesmo entendimento tem, hoje, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“A sindicância administrativa, como o inquérito policial, são meramente informativos. Realçam fatos, circunstâncias que interessam, ou possam interessar ao processo administrativo, ou ao processo penal. Dois instantes, institutos inconfundíveis, pelo conteúdo, pela teleologia.” (STJ, CG 12.12.98, Recur-

so em Mandado de Segurança Nº 4.144/SP - Voto-Vista. Ministro Vicente Cernicchiaro)

Não se confundem essas duas fases, eventualmente seqüenciais. Na primeira, busca o órgão administrativo elementos que o habilitem oferecer denúncia do ato infrativo, situação que lhe impede de àquela altura formalizar a acusação de violação à Lei e conseqüentemente instaurar, por meio de ato devidamente motivado, o processo administrativo devido. Nesta fase preliminar afirma-se naturalmente a exceção ao princípio da publicidade: desce o silêncio sobre a ação processual preliminar do órgão administrativo, silêncio parcial, contudo, a proteger exclusivamente a identidade do administrado, e não a ocultar a ação do órgão administrativo e o objeto da investigação. O interesse público pela guarda da identidade do administrado aí consubstancia-se no atendimento, pela autoridade administrativa, da presunção de inocência do administrado, em relação ao qual esta autoridade ainda não se sentiu habilitada a imputar o cometimento de infração à Lei (e sequer sabe, com certeza, se virá a fazê-lo), por lhe faltarem razões de fato e de direito bastantes a lhe permitir motivar, como lhe exige a Lei, ato instaurador de processo administrativo.

O sigilo, nesta fase na qual inexistente acusação ao administrado, não guarda apenas o seu direito inalienável à presunção de sua inocência, senão protege também a reputação funcional do órgão administrativo e de seus agentes: sem dispor de elementos factuais e jurídicos mínimos a indicar a existência de ato infrativo que autorizem a expedição de ato motivado de instauração de processo administrativo, a divulgação do nome do administrado sujeito a inquérito administrativo comprometerá a credibilidade do órgão, no caso de este concluir, ao fim do inquérito, pela não instauração do processo administrativo, ao constatar a inexistência daqueles pressupostos de fato e de direito que devem obrigatoriamente motivar os atos instauradores de processo administrativo.

A presunção constitucional de inocência do administrado está intimamente ligada ao direito à ampla defesa. A divulgação da identidade do sujeito passivo em inquérito administrativo, no qual não tem lugar o contraditório pois não há acusação, fará pesar-lhe a inversão, perversa e inadmissível, do ônus da prova, como mostra **CASSAGNE**:

“A su vez, una consecuencia trascendente de esta presunción, que viene dada por la necesidad de que se pruebe de manera efectiva la culpabilidad del particular, consiste en el

desplazamiento, en materia penal, de las presunciones de legalidad de los actos administrativos, que de mantenerse conducirían a transferir la carga de la prueba al acusado, con la obligación consiguiente de acreditar su inocencia, lo que implica sumirlo en una total indefensión.” (in “Estudios de Derecho Público”, Juan Carlos Cassagne. Buenos Aires, 1995. p. 91)

A experiência norte-americana, na qual regras ordinárias vêm continuamente ampliando o espectro da publicidade dos atos expedidos por órgãos administrativos e o acesso a documentos por eles gerados¹⁶, mostra que a publicidade indevida de atos expedidos por esses órgãos outorgar-lhes, de fato, um poder sancionador sumário e marginal, que degrada o processo administrativo. Em lugar do devido processo legal, com a publicidade indevida tem-se uma exposição, precipitada e infundada, do administrado à condenação pública:

*“The courts have sustained the Commission’s right to investigate both privately and publicly. In practice, the Commission’s investigations have almost always been conducted privately. But there have been a number of notable exceptions. These few public investigations have typically had a quasilegislative flavor. In any event, of course, [i]t is a well recognized principle of administrative law that investigations ought to be so conducted that harmful publicity will not be used in lieu of sanctions provided by law.”*¹⁷ (in “Fundamentals of Securities Regulation”, Louis Loss and Joel Seligman. Third Edition, USA, 1995. p. 1213) (grifamos)

A volatibilidade dos mercados mobiliários faz com que a simples divulgação do nome do investigado, sem que contra ele tenha sido devidamente formalizada pela autoridade reguladora acusação de violação de norma incidente, resulte em dano à sua imagem, ao permitir crescer, à sombra dessa divulgação indevida, toda sorte de especulação. Quer dizer, a divulgação do nome do investigado, nesta fase processual, permitiria ao mercado dar a esta notícia toda sorte de qualificação, e sobretudo especular sobre a culpabilidade

¹⁶ cf. *Freedom of Information Act, Privacy Act and Sunshine Act*, in “Administrative Law”, Alfred C. Aman, Jr. and William T. Mayton. 1993. p. 614/702.

¹⁷ SEC v. Harrison, 80 F. Supp. 226, 229 (D.D.C. 1948).

do investigado, quando a própria CVM não terá sido ainda capaz sequer de formular um juízo preliminar de culpabilidade em relação ao administrado.

Se, para fins de notificação à parte no inquérito a publicação de ato processual se fizer indispensável, apenas o número do inquérito deverá ser publicado, como aliás se tem na prática administrativa, haja vista as publicações nesse sentido feitas pela Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, relativas às averiguações preliminares, nos termos da Lei 8.884/94.

O dever de a CVM guardar sigilo no inquérito administrativo já se acha há muito defendido no bem lançado Parecer de Orientação, subscrito pelo então Superintendente Jurídico da CVM, Dr. **PAULO ARAGÃO**:

“Em síntese, existe, no inquérito, simples investigação de fatos e da responsabilidade pela sua prática, se ilegais. Nada além disso, não cuidando ainda de acusação, que só surgirá no eventual processo administrativo posterior, sendo esta uma das razões por que a lei, sabiamente, determinou o sigilo das apurações realizadas pela CVM, que podem ao final, não resultar em processo administrativo” (in Parecer de Orientação CMN nº 6/1980)

No inquérito administrativo, o sigilo alcança a pessoa do administrado, que se acha no pólo passivo, e as informações em poder da CVM, por esta havidas à conta de sua ação fiscalizatória. Não alcança contudo o objeto do inquérito, o ato, supostamente infrativo que se apura. Ao contrário, está ele sujeito à publicidade; portanto, deve a CVM divulgar o objeto do inquérito, salvo se a divulgação prejudicar efetivamente o curso do inquérito, ou permitir por qualquer meio a identificação do investigado.

“Porém - e ainda que exista restrição legal à divulgação dos atos do processo e sessões de julgamento -, o fato ‘existência do processo’ será sempre público. A autoridade não poderá negar-se a informar se determinado processo existe ou não - quaisquer que sejam seu objeto e conteúdo, independentemente do conceito que se tenha para essa realidade administrativa.” (in “Processo Administrativo”. Egon Bockmann Moreira. 2000. p. 102)

A publicidade do processo é a garantia mais eficaz do cumprimento, por parte do órgão estatal que o conduz, das normas protetoras dos direitos

individuais, estendidas ao plano processual. É da essência dos regimes democráticos, em verdade uma de suas primeiras afirmações, a publicidade que afasta os julgamentos secretos, em que o objeto da investigação, os investigadores, os investigados, as provas (quando colhidas) e a decisão não vinham à luz.

Instaurado o processo administrativo, tem-se outra situação. Aí, nesta segunda fase, seqüencial ou não ao inquérito – este não é mais pressuposto necessário daquele -, já terá a CVM expedido o respectivo ato administrativo de instauração devidamente motivado, no qual as razões de fato – a descrição do suposto ato infrativo – e de direito – a norma incidente alegadamente violada – se achem claramente expostos e precisamente relacionados entre si. A este ato, que instaura o processo administrativo no qual, ao contrário do inquérito, tem lugar o contraditório e do qual poderá resultar sanção ao administrado, cabe cogitar incidir regra legal que determina a ampla publicidade dos atos da administração pública, a que refere a Consulta.

A publicidade dos atos administrativos, a divulgação deles, a divulgação a todos, foi posta pelo legislador como regra geral, a fim de que não se tenham processos secretos, incompatíveis com a ordem democrática. A publicidade dada ao ato administrativo instaurador de processo administrativo sancionador atende ao interesse público em conhecer a ação da administração pública, no caso do órgão sancionador, e permite ao cidadão – à sociedade – verificar a sua ação, conhecer os seus procedimentos internos. E atende também à proteção do próprio administrado, ao impedir que seja ele submetido à ação velada (ao público) de agentes da administração pública em processo secreto, do qual lhe possa resultar imposição de sanção.

A jurisprudência espanhola já tratou da prescrição constitucional de publicidade do processo, como mostra **LLOBREGAT**, trazendo àquele renovado direito administrativo sancionador a experiência democrática afirmada primeiro no âmbito do direito penal.

“La instauración del principio de publicidad en el ámbito jurisdiccional penal constituyó una evidente conquista del pensamiento liberal que se oponía al proceso inquisitivo, cerrado, secreto y escasamente garantista para con los derechos del acusado propio del Antiguo Régimen. Tal instauración perseguía el logro de dos principales fines: por un lado, la seguridad de los ciudadanos contra la posible arbitrariedad judicial y contra eventuales manipulaciones gubernamentales en la creación, composición y funcionamiento de los órganos

jurisdiccionales, y, de otro, el fortalecimiento de la confianza del pueblo en sus tribunales, en tanto que instrumento de controle popular sobre la justicia.

(...)

La aplicación del referido derecho constitucional a la esfera administrativa sancionadora no se presenta, en línea de principio, excesivamente dificultosa, toda vez que los arts. 60 LRJPAC (publicación de los actos administrativos) y 86 LRJPAC (información pública) aseguran la publicidad general de los actos dictados por la Administración.” (in “El procedimiento administrativo sancionador”, José Garberí Llobregat. 2ª edición. Valencia, 1996. p. 272-273).

Entre nós, diz **PONTES DE MIRANDA** com sua precisão habitual:

“O princípio de publicidade para o público também não se confunde com a publicidade com as partes e demais interessados. Aquele evita – e aí está o seu fim político – que se desconfie dos julgamentos inacessíveis, isto é, às pessoas não interessadas; esse atende ao direito, que tem as partes e demais interessados, de conhecimento de atuações das pessoas interessadas e do juiz ou do tribunal”. (ob. cit. p. 52).

O processo administrativo de que trata Resolução CMN nº 2.785/2000, citada, submete-se, por certo, ao princípio constitucional da publicidade, regente da administração pública, e deduzido, com a ressalva excepcionante da guarda de sigilo, em lei especial. Não pode, portanto, a CVM promover processo administrativo em segredo.

Contudo, a regra especial contida no artigo 8º, § 2º, da Lei 6.385/76, determina à CVM guardar sigilo em relação às informações que obtiver em razão do exercício de sua função fiscalizatória. Como apontado acima, esta regra tem por objeto a guarda de informações obtidas pela CVM no curso de sua ação fiscalizatória, e não a proibição da divulgação de seus atos administrativos. Publicidade de ato administrativo e guarda do sigilo de informação, aqui versados, são atos que não conflitam – há os atos e dados e informações que a Lei pôs sob sigilo, e os que, a grande maioria deles, não se acham sob sigilo. Todavia, a eventual publicidade de um ato administrativo expedido pela CVM e que não se ache sob sigilo pode violar o dever a ela imposto de

guarda do sigilo de informações a que se refere a regra especial do citado artigo 8º, § 2º.

Refere esta regra as informações colhidas pela CVM em razão do exercício da sua função fiscalizatória; vale dizer, todas as informações colhidas em razão do exercício da fiscalização: informações prestadas pelo administrado investigado e por terceiros; e, ainda, as informações geradas pela própria CVM, se essas informações deduzirem-se ou integrarem a sua ação fiscalizatória. O legislador não qualificou quais informações devem ser postas pela CVM em sigilo: refere, portanto, à totalidade delas, sem exceção; consequentemente, não caberá à CVM discernir quais informações poderá excluir ao dever de guardar de sigilo, senão guardá-lo em relação a todas as informações que obtenha no exercício de sua função fiscalizatória.

Claro está, o processo administrativo, como o inquérito administrativo, são instaurados em razão da função fiscalizatória da CVM: são desdobramentos objetivos dessa função. A fiscalização, promovida por órgãos reguladores, é meio para estes exercerem a sua função preventiva e repressiva às violações às normas, legais e infra-legais, que disciplinam mercados regulados postos sob sua jurisdição. Poder-se-á argumentar que a publicidade a que se refere a citada norma especial refere-se às informações não divulgadas; porém, em certos casos, mesmo aquelas já divulgadas, inclusive pelo próprio acusado no curso ordinário de seu negócio, ou pela própria CVM, podem se achar de tal modo ligadas às informações abrigadas pelo dever de guarda do sigilo, que a separação entre essas informações de natureza distinta não seja possível ser feita sem ofender ao dispositivo legal de guarda de sigilo imposto à CVM.

Essa hipótese já foi enfrentada e resolvida na jurisprudência administrativa francesa:

“S’il arrive qu’un document n’est secret qu’en partie, celle qui ne l’est pas est communicable, lorsqu’elle est disassociable”.

“Se ocorre que um documento não é secreto senão em parte, a parte que não é (secreta), é comunicável, desde que seja disassociável (daquela parte secreta).”

(V.CE 30 juin 1989, Office HLM Paris, p. 688, AJ 1989, p. 603; et 16 juin 1989, Banque de France, *ibid.* in “Droit Administratif Général”, **RENÉ CHAPUS**, tome I, 13. édition, 1999, p. 463).

Por outro lado, não se confundem, como visto, publicidade de ato administrativo – por exemplo, ato instaurador de processo administrativo sancionador, ou mesmo ato que instaura inquérito administrativo (guardado o nome do averiguado), – com o sigilo devido guardar, pela CVM, de informação colhida em razão de ação fiscalizatória – ação essa desdobrada ou não em inquérito ou processo administrativo. Regras distintas com objetos e finalidades distintas, que têm, todavia, na hipótese da consulta, o mesmo destinatário, a CVM.

4. Sigilo e decisão em processo administrativo

A regra do § 2º, do artigo 8º, da Lei nº 6.385/76, citado, não se estende à decisão que o colegiado da CVM tomar encerrando processo administrativo, pois é esta decisão ato obrigatoriamente público. Não incide, aí, a regra excepcional da guarda do sigilo, ainda que a decisão refira informações que estiveram protegidas pelo sigilo ao longo do processo. A decisão que encerra processo administrativo, este ato administrativo esgota a prestação que a Lei cometeu à CVM. Não pode a decisão exculpatória ou inculpatória, tomada em processo sancionador, deixar de ser tornada pública, em sua integralidade; e, por conseguinte, é indispensável que a fundamentação da decisão, sua argumentação e conclusão, tirada dos elementos constantes dos autos, seja dada a conhecer com todos os seus termos expostos. Não pode haver processo público cuja decisão, trazendo todos os seus elementos, não seja dada a conhecer integralmente ao público. Como mostra **CHIOVENDA**:

“De los actos del proceso, son accesibles por tanto al público las resoluciones del magistrado, que son actos públicos por su naturaleza, mas no los escritos y documentos de las partes.” (in “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Madrid, 1940. T. III, p. 202).

A exceção do sigilo quer evitar eventual agravo ao interesse público e às garantias individuais, e não negar ou reduzir a publicidade devida dos atos administrativos. E, recorde-se: nos regimes democráticos a vulneração das garantias individuais é forma primária de vulneração do interesse público.

5. Sigilo e a prestação de informações a terceiros

Entre as funções atribuídas em Lei à CVM está a de reprimir as infrações às normas legais e infra-legais que disciplinam o mercado de valores mobiliários; para esse fim, poderá a CVM instaurar inquérito e deverá instaurar processo administrativo para apurar o cometimento da infração e sua autoria, sancionando o infrator (art. 9º, V e VI, da Lei 6.385/76¹⁸).

A ação repressiva da CVM dá-se no plano administrativo, e dá forma à ação do Estado em sua qualidade de agente regulador e fiscalizador da atividade econômica (artigo 174, da Constituição Federal), presente no mercado de valores mobiliários. Neste mercado, como nos demais mercados regulados e fiscalizados, a intervenção estatal aí verificada tem por objeto a defesa do interesse público, que, neste caso, consubstancia-se pelo estímulo à poupança e sua aplicação em valores mobiliários; pela expansão e no funcionamento regular desse mercado; e pela proteção dos titulares de tais valores e dos investidores nesse mercado contra atos ilegais que nele sejam cometidos, como diz a regra especial citada (Lei 6.385/76, artigo 4º).

Guarda a CVM, como os demais órgãos reguladores pelos quais se dá a intervenção do Estado no domínio econômico, o interesse público e não o interesse privado. A este atende mediatamente; a defesa do interesse privado, nos mercados regulados, deflui da defesa do interesse público. Por essa razão, dispôs o legislador que a responsabilização administrativa do infrator das normas regentes do mercado de valores mobiliários não exclui a sua responsabilização civil ou penal (artigo 9º, VI¹⁹). Assim, entendendo o titular de interesse privado haver sofrido prejuízo em razão de ato praticado no mercado de valores mobiliários, onde o interesse público é primeiramente defendido, poderá ele, do agente infrator, buscar reparação direta, pela via processual civil.

À CVM, lei especial que lhe disciplina a atuação obriga-a guardar sigilo de informação por ela obtida no exercício de seu poder de fiscalização,

¹⁸ “A Comissão de Valores Mobiliários terá jurisdição em todo o território nacional e no exercício de suas atribuições, observado o disposto no Art. 15, § 2º, poderá:

(...)

V - apurar, mediante inquérito administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado;

VI - aplicar aos autores das infrações indicadas no inciso anterior as penalidades previstas no Art. 11, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal.”

¹⁹ VI - aplicar aos autores das infrações indicadas no inciso anterior as penalidades previstas no Art. 11, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal.” (grifamos)

e esta guarda estende-se às informações contidas em inquérito e em processo administrativo promovido por este órgão. Adicionalmente, a Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, em seu artigo 46, citado, mesmo dispondo que *os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidão ou cópias reprográficas de dados e documentos que o integram*, explicitamente fixa, neste mesmo artigo 46, a exceção a essa regra de natureza geral: *ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo*.

A proteção “por sigilo”, na hipótese, é aquela determinada na Lei especial e que incide à espécie. Ou seja, a Lei nº 6.385/76, artigo 8º, que disciplina a ação da CVM fixa a proteção “por sigilo”, a que se refere a Lei 9.784/99 e assim se enquadra na hipótese do artigo 46 desta Lei. Note-se, ainda, que as regras desta Lei 9.784/99 aplicam-se subsidiariamente às regras que disciplinam processos específicos, como são aqueles instaurados pela CVM. (art. 69, da Lei 9.784/99²⁰).

As leis especiais, tanto a que disciplina a ação da CVM como a que disciplina o processo administrativo federal, conformam-se à regra geral do artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, especificando-a quanto à ressalva, que fazem, à publicidade de informações postas sob sigilo a serem prestadas a terceiro na defesa do interesse deste, por órgão da administração pública.

Em conseqüência, não pode, ao nosso juízo, a CVM, por deliberação sua, afastar a incidência da regra legal excepcional que lhe impõe o dever de guardar sigilo na hipótese que fixa, à vista de requisição de terceiro, inclusive de “vítimas de atos ilícitos” investigados por esse órgão, para a eles prestar, por qualquer forma, informação obtida no exercício de sua função fiscalizatória.

Determinado em Lei à CVM o dever de guardar sigilo das informações que obtiver em razão do exercício de sua função fiscalizatória, não lhe cabe senão cumprir a regra legal.

Somente ordem judicial poderá determinar à CVM a prestação de informações, dados e documentos obtidos em razão de sua ação fiscalizatória, ou a expedição de certidão que os refira, a terceiros, nos exatos termos em que esta ordem determinar.

A propósito, observe-se que a imputação de cometimento de infração, que tenha dado causa à instauração de processo administrativo, não signi-

²⁰ “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

fica a culpabilidade do acusado. Portanto, não se poder falar em “vítima de ato ilícito” ainda em curso processo sancionador, cuja finalidade é precisamente apurar a materialidade e a autoria do ato ilícito. E mais: proferida decisão que o encerre, dessa cabe revisão judicial; só ratificada judicialmente a decisão administrativa inculpatória, poder-se-á, a rigor, falar-se em “vítima de atos ilícitos”, se estes acharem-se identificados na decisão irrecorrível.

6. Conclusão

a) subordinada ao princípio constitucional da publicidade, devem os órgãos da administração pública divulgar seus atos; esse dever comporta, todavia, exceção, disciplinada obrigatoriamente em Lei, que obrigue órgão da administração pública à guarda de sigilo de determinados atos, dados e informações;

b) a regra do artigo 8º, § 2º, da Lei 6.385/76, determina à CVM guardar sigilo de informações que obtiver no exercício de seu dever de fiscalizar, sem exceção: todas as informações assim obtidas, em sede ou não de inquérito administrativo e processo administrativo, irrespectivamente da sua fonte: administrado, terceiro, ou a própria CVM;

c) o dever de a CVM guardar sigilo, em inquérito administrativo, além das informações obtidas no exercício de sua função fiscalizatória, alcança a identidade do administrado que figure neste inquérito, mas não os atos nele praticados pela CVM, ou o seu objeto;

d) em sede de processo administrativo, formalizada a acusação pela CVM por meio de ato que exponha as razões de fato e de direito que o motivaram, não há o dever de guardar sigilo em relação à identidade do administrado;

e) se a divulgação de ato praticado pela CVM ainda que indiretamente puder revelar informação por ela obtida no exercício de sua função fiscalizatória, a este ato não deve ser dado divulgação;

f) a CVM só poderá prestar informações, ou expedir certidão que as refira, por ela obtidas no exercício de sua função fiscalizatória, a “vítimas de atos ilícitos” ou a terceiros interessados, ou a eles franquear acesso aos autos de inquérito ou processo administrativo, mediante ordem judicial específica, observados os termos desta;

g) a decisão, tomada pelo colegiado da CVM, que encerre processo administrativo, é ato de natureza pública, sujeito à publicidade integral.

Este é o nosso parecer.

São Paulo, março de 2001.

Pedro Dutra

BIBLIOGRAFIA

AMAN JR., Alfred., MAYTON, William T. *Administrative law*. St. Paul : West, 1993. p. 614-702.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. In: *O futuro da democracia*. 7ª ed. São Paulo : Paz e Terra, 2000. p. 41, nota 15, e p. 107.

BOBBIO, Norberto. A democracia e o poder invisível. In: *O futuro da democracia*. 7ª ed. São Paulo : Paz e Terra, 2000. p. 100.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires : Depalma, 1995. p. 91.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 13. ed. Paris : Montchrestien, 1999. v.1, p. 463.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Madrid : s.n., 1940, v. 3, p.202.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1962. v. 5. p. 108.

Comentários à Constituição de 1946. 2ª. ed. São Paulo : Max Limonad, 1951, v. I, p. 309.

THE COMPACT edition of the Oxford English dictionary. Glasgow : Oxford University, 1971. p. 720.

DUTRA, Pedro. Medida Provisória nº 2055/2000, In: *Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, São Paulo: IBRAC, vol. 7, nº 7, 2000. p. 31.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, FRANCESCHINI, José Luis Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985. p. 201.

FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*, s.L. : s.n. 1943, pp. 4086 e 4194.

FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. s.L. : s.n., 1943, p. 205-206.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *El procedimiento administrativo sancionador*. 2. ed., Valencia : Tirant lo Blanch, 1996. p. 272-273.

LOSS, Louis, SELIGMAN, Joel. *Fundamentals of securities regulation*. s.L. : s.n., 1995. p. 1213.

THE OXFORD English Dictionary of Etymology. Edição de C.T. Onions, London : Oxford / Clarendon, 1966. p. 711.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro : Forense. 1996. v.3, p. 51-52.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 102.

TÁCITO, Caio. “Sigilo nas operações das instituições financeiras.” In: *Temas de Direito Público*, Rio de Janeiro : Renovar, 1997. v.1, p. 925.