

ILUSTRÍSSIMOS SENHORES CONSELHEIROS DO PLENO DO
CONSELHO DE SUPERVISÃO DA BSM – BM&FBOVESPA SUPERVISÃO
DE MERCADOS



Ref.: Processo Administrativo Ordinário nº 12/2015

OF/BSM/SJUR/PAD-309/2016

SOLIDEZ CORRETORA DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA e CHAO EN MING, qualificados nos autos do Processo Administrativo em epígrafe, que lhe move a BSM – BM&FBOVESPA Supervisão de Mercados, vem, por intermédio da presente, apresentar RECURSO, com efeito suspensivo, nos termos dos artigos 38 e seguintes, do Regulamento Processual da BSM, aduzindo-se os seguintes fatos e fundamentos legais e normativos:

Reporta-se o Recorrente a este E. Pleno do Conselho de Supervisão da BSM, respeitosamente, com o escopo de esclarecer as razões que ensejam o presente Recurso, reiterando-se, por necessário, as assertivas já aduzidas em manifestações anteriores de que, para se chegar às conclusões que resultaram na gravosa penalidade aplicada ao Recorrente, a BSM valeu-se de fatos desconexos e fundamentos conflitantes e sem proximidade com o pensamento utilizados em outras oportunidades.

Em razão disso, resta evidente que os argumentos utilizados pelos recorrentes fundados no justo receito da ausência de imparcialidade o que

motiva a expressão maior em todas as decisões calcado no desejo no único desejo de vingança.

Tem-se, ainda, a ausência quase que absoluta de fundamentos naquilo que a norma exige para se promover a segurança jurídica, o devido processo legal e o contraditório.

Isto porque, os fatos que sustentam a condenação sofrida, bem como o exagero na aplicação da pena que foge da razoabilidade, restando, portanto, no desejo único do julgador, posto que desgarrado dos fundamentos jurídicos.

Nesse sentido, há que se observar que a instauração do presente feito surgiu da vontade única de impor a administrado a vontade pessoal daqueles incumbidos de exercer a função, que, se esperava, com total independência.

Todavia, não foi o que se presenciou no presente feito e na conclusão que chegaram e, por consequência, na dosimetria da pena.

Pois bem, tem-se que o presente feito foi instaurado em decorrência de que estava pendente de julgamento a exceção de suspeição, portanto, nas palavras do Relator do processo 09/2013, a própria BSM encontrava-se suspeita.

Não se pode desconsiderar, ainda, que, os documentos previamente solicitados encontram-se protegidos por lei, não podendo, sob as penas da lei, os recorrentes permitir livre acesso.

Todavia, em sinal de respeito às instituições, os Recorrentes, não negaram que se tivesse acesso, mas, observado os dispositivos legais, disponibilizou, informando a BSM, à CVM, autoridade competente para o ato.

Ou seja, os recorrentes, estavam se valendo do instituto da legítima defesa, pois, permitir o acesso a esses documentos seria o mesmo que descumprir com os ditames da lei.

De qualquer modo, buscando a celeridade processual e estando o processo maculado de nulidade uma vez que a BSM não se desincumbiu de provar que os recorrentes tivessem praticado quaisquer ato em desobediência às normas, prefere utilizar-se do Relatório e Voto apresentado para fundamentar o presente Recurso.

DA NULIDADE

1. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS PROTEGIDOS POR SIGILO – LEI COMPLEMENTAR 105

Primeiramente, há que se dizer que, a conclusão a que chegou o julgador foi no sentido de que caberia condenação, pasmem, por entender que a norma contida no regulamento processual da BSM e na **norma infralegal** expedida pela CVM possui o condão de afastar ou revogar a Lei Federal.

Isto porque, a conclusão que motivou a instauração do processo seria o descumprimento dos incisos I e II, da Instrução CVM 461 e no contrato entabulado entre os recorrentes e a Bolsa.

Ora, conforme foi devidamente justificado, a negativa na disponibilização dos documentos exigidos pela BSM encontrava óbice para o cumprimento desse desejo motivado por força de que eles estavam protegidos.

Ou seja, são documentos sigilosos e cuja lei que assim identifica não autoriza, como outros, o acesso da BSM a eles.

Como se vê, tal como constou do relatório, esses documentos são protegidos pela Lei Complementar 105, na qual não figura a BSM como entidade ou autoridade autorizada a acessá-los.

Daí dizer que a BSM pode, por força do que sabe lá o que, poder obrigar os recorrentes a fornecê-los vai uma longa distância.

Como se sabe, a BSM foi constituída por ato autorizatório contido na Instrução CVM 461, todavia, essa instrução, por ser um ato infralegal, não tem o condão de revogar o dispositivo apontado, Lei Complementar 105, está sim é uma norma legal.

A propósito, é o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça quando analisando questão análoga e igualmente produzida por **autoridade administrativa pública**, buscou validade em ato próprio para valer das disposições por ele instituído e com previsão legal. O que não é o caso da BSM, pois não existe previsão disposto em norma legal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. BACEN. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA APLICADA COM BASE EM NORMA INFRALEGAL. ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA Nº 83/STJ.

1. É imprescindível para a validade da sanção administrativa lastreada em norma infralegal – portarias, resoluções, circulares etc – a expressa previsão legal. Súmula 83/STJ. AgRg no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 809.391 (2014/00977527-3) – PR – J. 2.09.2014 – DJE 8.09.2014 – Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

Como se vê, não existe previsão legal, isto é, dispositivo contido expressamente em lei, que autoriza os recorrentes a descumprir dispositivo de lei em sentido contrário ao desejado.

A par disso, é que os recorrentes informaram que disponibilizariam todos os documentos exigidos àquele que a lei lhe confere essa autorização. Ou seja, os recorrentes informaram que disponibilizariam toda a documentação à CVM e esta, por sua vez, poderia, se assim entendesse, entregar a BSM.

CONCLUSÃO: vedando a lei, o acesso por parte da BSM aos documentos protegidos por sigilo e sendo o único fundamento utilizado contido em norma infralegal, não poderia, sob as penas da lei, disponibilizar o quanto exigido por entidade cuja constituição é prevista, apenas, por norma infralegal.

Como se vê, inexiste, portanto, qualquer cometimento de infração a qualquer dispositivo legal!

2. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA A DOSIMETRIA DA PENA

Conforme se extraí do Relatório e Voto, concluiu-se pela condenação dos recorrentes e lhes foram impostos penalidades, que, além de abusivo, não guardou relação com a finalidade e muito menos se pensou no caráter didático da pena.

Não bastasse, não há em todo o processo, qualquer apontamento dos fundamentos legais autorizadores da aplicação das penas, senão, apenas no desejo de vingança.

Ora, como por todos sabido, toda decisão deve vir acompanhada, por imposição legal, do fundamento que autoriza e sustenta a conclusão a que chegou o Julgador.

Melhor explicando: toda decisão deve ser fundamentada!

Nesse sentido, e não venha dizer que não é aplicável, o comando maior contido na Constituição Federal, artigo 93, inciso IX c/c inciso X e, ainda, nos termos da lei 9.784/99.



Nesse sentido, ensina Hely Lopes Meirelles:

“ A motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda.” Meirelles, Hely Lopes, Ed. Malheiros, ed. 27ª, pág. 97. (grifou-se)

Na sequência:

“Assim, se não for permitir o seu devido entendimento, a motivação não atenderá aos seus fins, podendo acarretar a nulidade do ato.” (grifou-se)

Desse modo, a aplicação da pena, diga-se, desarrazoada, além de não trazer o fundamento em que embasa a sua aplicação, não traz, por igual, a forma da sua quantificação.

Ainda que tenha alguma razão na hipótese de validade do fundamento os Tribunais Superiores pacificou o entendimento no sentido de que a ausência de norma específica, reconhecida em lei, não autoriza a aplicação de qualquer penalidade:

ADMINISTRATIVO - SANÇÃO PECUNIÁRIA - LEI 4.595/64.

1. Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção.
2. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação.
3. Recurso especial improvido. REsp 324181/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJE 12/05/03.

Portanto, não existindo fundamento legal que autorize a aplicação da pena, bem como o fundamento utilizado para a sua quantificação, o ato deve-se ter por NULO.

3. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL - NULIDADE

Foi arguida a exceção de suspeição tendo-se como fundamento os artigos dispostos no Código de Processo Civil/2015, uma vez que os membros que integravam a Turma Julgadora já haviam participado do julgamento do processo 09/2013, cuja motivação deu origem ao presente.

Todavia, o D. Relator, entendeu que a questão seria resolvida por ele, em preliminar, e caso não provida, o mérito passaria a ser julgado.

Tal como constou do Relatório, houve por bem, os recorrentes, não aceitarem tal argumentação, uma vez que a norma de regência não deixava dúvidas a respeito.

Porém, ante a provocação ao Superintendente Jurídico, este opinou no seguinte sentido:

“Ato contínuo, o Superintendente Jurídico da BSM, Luiz Felipe Amaral Calabro, destacou que o Regulamento Processual da BSM, aprovado pela CVM, contém regra específica sobre o rito de apreciação de suspeição ou impedimento.”

Contudo, não pontou qualquer dispositivo que autorizaria a Turma, na pessoa do Relator, julgar ele mesmo a suspeição e, em seguida, rejeitada, julgar o mérito do processo.

Ora, primeiro ao assim proceder, julgar ele mesmo a suspeição, implicaria no cerceamento do direito de defesa, pois, dessa decisão caberia recurso; segundo, ao rejeitar a suspeição e julgar o mérito, prejudicaria eventual recurso, pois, a matéria já estaria vencida o que implicaria na supressão de instância.

Por outro lado, tal conduta, afastar a validade e o alcance do Código de Processo Civil, implicaria em julgar contrário a jurisprudência da BSM, pois, no processo 09/2013, o que fundamentou a rejeição, embora tal conduta seja ilegal, foi o que autorizou a rejeição.

Ou seja, trata-se de absoluto casuísmo, pois ora se utiliza de dispositivo legal disposto no Código de Processo Civil, ora se utilizaria de um suposto fundamento contido no Regulamento Processual.

Não se pode ter por sério tal decisão, pois a exceção de suspeição foi rejeitada sob o argumento de que o artigo 135 do Código de Processo Civil não se enquadrava o Relator:

“8. Nesse sentido, não me enquadro em nenhuma das hipóteses elencados no art. 135 do Código de Processo Civil e, portanto, me declaro absolutamente independente, imparcial e livre para a formação de minha convicção e, por consequência, para prolatar quaisquer decisões sejam interlocutórias ou terminativas.”

Observa-se que constou da decisão prolatada pela Turma Julgadora que o artigo 135 do Código de Processo Civil não se aplicaria a ele e, adiante, isoladamente, resolveu ser competente e julgou o mérito do processo.

Todavia, naquele caso, restou claramente patente que o ato de julgar o mérito do processo ultrapassou todos os parâmetros da legalidade, pois o Código de Processo Civil, na qual sustentou a sua decisão, tutela impositivamente os procedimentos que deverão se seguir à arguição de suspeição.

Nesse sentido, os artigos 306 e 313 do Código de Processo Civil dita os procedimentos que deverão ser observado pelo juiz quando reconhecer a suspeição ou o impedimento e, por sua vez, o artigo 306 determina a suspensão do processo até resolvida a questão.

Neste caso, tendo-se em vista a experiência adquirida pelos Julgadores, resolveu, então, num claro sinal de ilegalidade cometida outrora, que o Código de Processo Civil não era aplicável à espécie.

Em razão disso é que buscou-se no casuísmo alternativa, mesmo que para isso, tenha-se que rasgar a jurisprudência.

De qualquer modo, não restou resolvido qual o procedimento que deveria ser utilizado, posto que, sequer foi apontado o dispositivo legal que autorizaria inovar na aplicação de um possível dispositivo legal, mesmo que para isso tenha que se rasgar jurisprudência.

Mas naquilo que importa, não foi observado o apontamento do dispositivo legal que autorizaria se adotar a conduta escolhida, pois, ante a ausência do fundamento legal, tal como foi demonstrado, o ato deve ser nulo.

De outra banda, buscou-se fundamento no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigo 6º, “b”, IV, como se para o presente caso isso fosse considerado como medida definitiva.

Evidentemente se conhece o alcance e da importância do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, contudo, como o nome já diz, trata-se de regimento INTERNO, ou seja, dita os procedimentos “interna corporis”, não estando, portanto, sujeita a influir nos rumos da sociedade.

Nesse sentido, conforme explicita a Carta Magma de 1.988, não esta assegurado ao Supremo Tribunal Federal o poder de legislar, portanto, o fundamento buscado não resta aplicável à espécie.

Assim, não restando como sustentar a ousadia do enfrentamento das normas que regem a matéria, buscam, então, dizer que os recorrentes não embasaram a sua alegação.

Respeitosamente, tal como o procedimento adotado no processo 09/2013, foi fundamentado a arguição de suspeição no Código de Processo Civil, sob o argumento, claro e preciso, de que o fato do Julgador ter integrado o Pleno do Conselho e ter votado matéria extensiva ao presente é causa mais do que suficiente para justificar a suspeição. Que diga-se as regras!

Agora, querer dizer que teria havido aceitação tácita de uma conduta tida por ilegal é querer brincar com a inteligência alheia! Não aceitação tácita quando a lei dispõe em contrário.

De qualquer modo, o que se vê, a conduta imperial da BSM buscar servir-se de qualquer dispositivo que possa assemelhar ao caso para justificar o desejo maior de vingança.

4. NULIDADE – CONEXÃO

Foi requerido o reconhecimento de conexão das ações, uma vez que, de uma decorre o resultado da outra.

O primeiro ponto de interesse jurídico da conexão está em estabelecer se uma ação é ligada a outra, a ponto de a decisão de uma influir na da outra. Visando assim, evitar que as decisões que sejam proferidas em ambos os processos possam conflitar e tornar-se contraditórias, quando julgadas separadamente.

A reunião dos processos justifica-se não só pela economia processual, mas, também, naquilo que possa derivar de uma decisão e implicar de forma não uniforme e, ocorrerá tanto na realização de audiências e atos processuais.

As causas que possuam identidade de objeto e causa de pedir, devem ser julgadas através de um único e comum ato decisório.

Duas ou mais ações são conexas quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir e havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

No presente caso é gritante a necessidade da conexão, pois o resultado de uma está intimamente ligada a outra.

Isto porque, a causa da existência do presente caso será, necessariamente, derivada da decisão do processo 09/2013, uma vez que, o ato de não atender ou atender a Autoridade competente – CVM – é decorrente do resultado do julgamento da arguição de suspeição daquele.

Melhor explicando: tendo-se em tese que a exceção de suspeição é acatado pelo Julgado Competente, a suspeição, valendo-se das palavras do Relator daquele processo, implicará, necessariamente à própria BSM, logo, não haverá o segundo.

Por outro lado, não se poderá ignorar que, a não recepção da conexão implicará na cumulatividade de pena. Aliás, como ocorre nos referidos processos.

De outro lado, alegar a ocorrência do trânsito em julgado do processo 09/2013 é não aceitar e reconhecer o direito do administrado e incorrer, mais uma vez, num ato de ilegalidade.

Vale dizer que, o processo a que pede conexão encerrou a jurisdição da BSM, mas, não, o esgotamento na esfera administrativa, mas, mesmo que assim fosse, tal esgotamento somente ocorreu em abril de 2.016 e nunca na data a que se refere o julgado.

DO PEDIDO

Assim, nos termos da lei, não resta alternativa senão a de anular a decisão então proferida em sede de instância inferior, posto que, os procedimentos adotado não conferem com os ditames legais, isto porque, a eles não caberia

decidir o quanto tempestivamente arguido, bem como ignorar o que fora requerido nas manifestações apresentadas.

Isto posto, e do muito que será suprido pelos Doutos Integrantes do Pleno do Conselho, requer-se e espera-se, seja o presente Recurso recebido e processando nos termos da lei, para, ao final, anular a decisão proferida pela Instância inferior, em razão da inobservância aos preceitos legais, por inobservar a jurisprudência da BSM, para que outra, então, seja proferida em observância aos ditames legais pertinentes.

Outrossim, requer-se, sejam as peças de defesa e a exceção de suspeição e conexão interpostas consideradas parte integrante do presente Recurso.

P. Deferimento.

São Paulo, 05 de julho de 2015.

Welinton Balderrama dos Reis
OAB/SP 209.416