

BSM-1048/2018



**FLAVIO MARCELO**

**Advogado**

ILMO. SENHOR DIRETOR DE AUTORREGULAÇÃO DA BM&FBOVESPA  
Supervisão de Mercado (BSM) - MARCOS JOSÉ RODRIGUES TORRES.

Processo Administrativo nº 21/2017

**PRISCILA SANTOS ALVES**, nos autos do Processo Administrativo em epígrafe, inconformada com a decisão que indeferiu pedido de produção de prova documental consubstanciada na expedição de ofício à instituição financeira [REDACTED] conforme intimação expedida no OF/BSM/SJUR/PAD-181/2018, vem perante Vossa Senhoria interpor Recurso, na forma do art. 9º, § único, do Regulamento Processual BSM, pelas razões que se seguem.

Assim, requer o seu recebimento, e caso não seja exercido juízo de reconsideração (art. 56, § 1º, Lei 9.784/1999), o seu processamento na forma do Regulamento Processual BSM.

Pede deferimento.

Do RJ p/ São Paulo, 01 de junho de 2018.

[REDACTED]

OAB, [REDACTED]

*Priscila Santos Alves*

PRISCILA ALVES SANTOS

[REDACTED]

14:20 06/06/2018 038114 BSM/DAR B3 S.A

RAZÕES DO RECURSO (art. 9º, § único, Regulamento Processual BSM)

Ilmo. Senhor Conselheiro,

A decisão recorrida é merecedora de integral reforma eis que proferida em desacordo com o ordenamento jurídico, ante nulidade flagrante, e em manifesta ofensa ao princípio do devido processo legal, do contraditório e ao direito de ampla defesa.

I – Fatos

1. Trata-se de Processo Administrativo instaurado por esta instituição de autorregulação no exercício da competência que lhe incumbe, conforme determinação disposta na ICVM nº 461/2007, no qual são apontadas à Recorrente supostas práticas de condutas antijurídicas, tendo a acusação lhe atribuído as seguintes infrações:

“ a) inciso I, conforme definido no inciso II, alínea “c”, da ICVM 8/79, ao executar 38 operações fraudulentas, ao longo de 27 pregões, entre 25.9.2014 e 22.1.2015, sem prévia ordem, com intuito de obter vantagem patrimonial por meio da prática de *churning*;

b) artigo 10, caput e inciso II do parágrafo único, da ICVM 497/11, ao deixar de exercer suas atividades com boa-fé, diligência e lealdade em relação a [REDACTED] ao fornecer a terceiros informações confidenciais do Investidor às quais tinha acesso no exercício de sua função;

c) o inciso VII, do artigo 13, da ICVM 497/11 ao utilizar senha de uso exclusivo de [REDACTED] para o acesso via *home broker* ao sistema eletrônico de negociação para executar operação em 24.9.2014.”

2. Para tanto, sustenta que as supostas infrações teriam sido apuradas da análise dos fatos e “*elementos de autoria e materialidade*” extraídos do Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízo (MRP) nº 430/2016, e que agora é parte integrante deste Processo Administrativo, bem assim no Relatório de Auditoria nº 003/2018.

3. Oferecida defesa, foi postulada produção de prova documental com expedição de ofício à instituição financeira [REDACTED] reiterada e justificada a pertinência em resposta ao OF/BSM/SJUR/PAD-169/2018.

4. A decisão recorrida indeferiu a expedição de ofício requerido com fundamento no art. 7º, § 3º do Regulamento Processual BSM, eis que as informações postuladas seriam impertinentes, ante a ausência “... de controvérsia sobre o enquadramento das operações descritas no Termo de Acusação ao perfil de risco do investidor.”; “..., eventual incompatibilidade entre as operações descritas na Acusação e o perfil de risco de Yuri não é objeto da Acusação.”; bem assim, as informações solicitadas seriam anterior ao período descrito no Termo de Acusação.

## II – Nulidade da Decisão

5. A decisão recorrida indeferiu o pleito de produção de prova, unicamente sobre o argumento da suposta impertinência.

6. Todavia, em assim decidindo apenas com o argumento da impertinência (inutilidade), há inegável restrição ao direito da Recorrente ao exercício da ampla defesa, bem assim do contraditório ao impossibilitar de influir no julgamento da acusação, levando ao conhecimento dos julgadores as provas reveladoras de suas alegações defensivas.

7. Bem da verdade, o Regulamento Processual BSM especificamente o disposto no art. 7º, § 3º, restringe sobremaneira direito da Recorrente ao contrariar dispositivo de lei formal que lhe é fundamento de validade, art. 3º, III e art. 4º, II e III, ambos da Lei 9.784/1999. Sendo certo que é vedado o regulamento contra *legem*.

8. Observe-se que a Lei 9.784/1999, não atribui qualquer restrição ao exercício do direito de defesa, desde que observados seus deveres.

9. Pois bem, no caso aqui cuidado, por certo não se está diante de qualquer comportamento desleal, distante da urbanidade ou a resvalar a má-fé, tampouco age de forma temerária.

10. Ademais, ao decidir apenas com fundamento da impertinência, é certo que deixou de motivar juridicamente na forma do disposto no art. 50, I e § 1º, da Lei 9.784/1999, sendo, igualmente, nula.

11. Daí, não há qualquer razão ao indeferimento da prova postulada; ao revés, a documentação é útil, necessária e relevante, seja para efetivar direito ao amplo de direito de defesa da Recorrente, seja para a própria entidade autorreguladora, que detém inclusive poderes de revisar seus atos.

### III – Razões para Reformar a Decisão

12. Caso superada a preliminar acima suscitada, o que se admite por argumentar, e ao revés do que restou decidido, a pretensão à produção da prova documental é para além de pertinente, necessária e relevante à observância do devido processo legal, notadamente, ao contraditório e a ampla defesa.

13. Observe-se que o presente processo administrativo, incluindo aqui o MRP e os relatórios que o instruem, lançam sobre a Recorrente supostas acusações de que teria agido na clandestinidade, escamoteando informações de modo a obter vantagens indevidas. Tudo devidamente refutado na defesa.

14. Todavia, de modo a comprovar as alegações deduzidas na defesa, conforme foi justificado às fls. 379/380, a pretensão em produzir a prova revelarão um padrão de atuação dos investimentos, e das operações realizadas, idênticas àquelas aqui enfrentadas, quais sejam: agente autônomo responsável pelas operações; se havia emissão de ordens que geravam “giros” excessivos; se as ordens eram emitidas pelos próprios clientes ou se era através da mesa, por intermédio da Recorrente; se há identidade entre os investimentos; se os perfis das aplicações seriam correlatos ao resultado final das perdas.

15. A alegada contemporaneidade, ao contrário do decidido, é fator revelador do padrão de atuação, pois parâmetro de comparação com as condutas/investimentos suscitados neste processo, daí, também, a pertinência (utilidade).

16. Inegável, portanto, que há pertinência ao deslinde da causa, pois restaria demonstrado que todas as operações foram realizadas conforme alegadas na defesa.

17. Ademais, a despeito dos elementos existentes desde o início do MRP, a necessidade na produção de tal prova revelaria a existência do instituto jurídico do mandato, e da insatisfação do investidor com suas escolhas erradas que o levaram a ter prejuízo, tendo, todavia, prevalecido até o momento a versão da suposta prática de conduta antijurídica, sendo certo que as informações adicionais reforçariam e comprovariam a tese da defesa.

18. Não menos importante, é de extrema relevância ao direito de defesa a prova a ser produzida na medida em que restaria descaracterizada a suposta prática de *churning* ante a ausência do requisito do controle sobre a conta do investidor, pois desde antes do período indicado na acusação a Recorrente já prestava serviço àquele junto a [REDACTED]

19. Para efeito de ilustração, traz a colação decisão da Comissão de Valores Mobiliários (Processo Administrativo CVM nº RJ 2012/7123) relatada por seu Diretor Roberto Tadeu Antunes Fernandes, em 10/12/2013, que corroborando entendimento desta entidade autorreguladora, decidiu justamente ao analisar elementos de prova de outra instituição e período:

“...

9. Tanto o Relatório de Auditoria da BSM quanto o Relatório da SMI apresentam fatos que nos permite concluir que o Recorrente tinha ciência de que o Sr. Shawn fazia gestão da sua conta junto à Reclamada.

As provas são, em suma, as presentes:

a. O Sr. Shawn foi responsável pela migração do Recorrente da SLW Corretora para a TOV Corretora;

b. Em 13/07/2009, o Recorrente enviou e-mail informando Shawn de que "*fix uma planilha bem básica para acompanharmos nossa conta. Gostaria de saber se é possível mantermos uma retirada de R\$2.000,00 por mês? Vê se chegaremos em um ano nessa meta? É difícil?*

*Como podemos chegar lá? Não esquece que amanhã iremos na reunião com dois engenheiros tá?" (fl.37);*

c. Em 24/08/2009, o Sr. Shawn enviou email ao Recorrente informando que *"Amanhã vou começar com giro na sua carteira. Vamos deixar os 8.000,00 na conta corrente só pra isso, o resto vou deixar financiado com vale e petr"* (fl. 39);

d. Pelo período de aproximadamente 5 (cinco) meses, em que fora cliente da Reclamada, o Recorrente não apresentou qualquer manifestação contrária às operações realizadas em seu nome; e

e. Até a data de 9/10/2009, o Recorrente não havia se manifestado no sentido de que seu perfil de risco deveria ser condizente com uma formação de poupança a longo prazo.

10. Dentre os elementos trazidos acima, apontam-se trocas de mensagens havidas entre o Recorrente e o Sr. Shawn, não se podendo negar que reforçam o entendimento de que o Recorrente, se não ordenou, ao menos anuiu com a realização dessas operações, considerando que acompanhava de perto as posições em sua conta.

11. Assim, o Recorrente teria delegado a Shawn, ainda que por meio de manifestação tácita ou verbal[5], mandato para gerência de sua conta perante a Reclamada.

12. Como bem mencionou a Diretora-Relatora Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes no âmbito do Processo Administrativo CVM nº RJ2013/4048: *"para que haja caracterização da hipótese de ressarcimento, a execução das ordens não pode ter o suporte de um mandato, tácito ou escrito, entre o cliente e a corretora"*.

13. Merece especial destaque o perfil operacional do Recorrente. Entre abril e maio de 2009, ainda atuando perante a SLW Corretora, foram identificadas operações de vendas a descoberto, tendo apontado lucro bruto de R\$ 4.101,00 (fl.96).

14. Em um momento seguinte, após o aporte inicial perante a Reclamada no montante de R\$60.000,00, o 7/8 Recorrente questiona Shawn sobre a possibilidade de manterem *"uma retirada de R\$2.000,00 por mês"*, (cerca de 3,3% ao mês).

15. Seguindo, destaco que o Relatório de Análise da BSM também informa que o Recorrente transmitia suas ordens verbalmente à mesa de operações da Reclamada. A TOV Corretora, no entanto, não possui agravação dos diálogos, uma vez que as Regras e Parâmetros de Atuação desta, à época, não a obrigavam a gravar as conversas telefônicas entre os clientes e seus prepostos.

16. Não havendo esta obrigação, entendo que, quanto à transmissão de ordens do Recorrente à Reclamada, não há meios suficientes para o enquadramento desta como irregularidade cometida pela TOV Corretora.

17. Não obstante, o Relatório de Auditoria da BSM aponta irregularidades quanto à atuação da Reclamada e de seus prepostos, as quais deram ensejo à abertura de processos sancionadores[6]. Em breve síntese, as irregularidades apuradas resumem-se a:

a. Atuação irregular dos Srs. Shawn e Alexandre que não foram cadastrados pela BM&FBOVESPA como operadores ou repassadores de ordens da TOV Corretora, assim como não estão registrados na CVM como agentes autônomos de investimento; e

b. Realização de contrato de empréstimos de ações via BTC sem a devida assinatura do "Termo de Autorização" pelo Recorrente.

18. Por fim, cabe lembrar que a atuação de pessoas não credenciadas pela BM&FBovespa como repassadores de ordens autorizados a acessar o sistema de roteamento de ordens, e de pessoas que não estavam credenciadas como operadores ou agentes autônomos, não implica, necessariamente, em hipótese de ressarcimento de prejuízos abarcada pelo MRP. Esse entendimento se verifica em diversas decisões do Colegiado da CVM[7].

19. Face ao exposto, nego provimento ao recurso, mantendo assim a decisão proferida pelo Conselho de Supervisão da BSM."

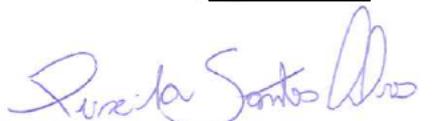
Isto posto, requer preliminarmente a declaração de nulidade da decisão que indeferiu a produção de prova com a expedição de ofício a [REDACTED] Investimentos, conforme postulado às fls. 379/380. Caso assim não se entenda, requer a reforma da decisão para deferir a produção da prova pleiteada.

Pede deferimento.

Do RJ p/ São Paulo, 01 de junho de 2018.

[REDACTED]

OAB/ [REDACTED]

  
PRISCILA SANTOS ALVES