

BSM-1930/2018



ROSSI
MAFFINI
MILMAN
GRANDO
Advogados

Porto Alegre, 24 de agosto de 2018.

À

BM&F BOVESPA Supervisão de Mercados – BSM

Rua XV de Novembro, 275, 8º andar – Diretor de Autorregulação
São Paulo, SP – CEP 01013-001

Ref.: Processo Administrativo Ordinário nº. 2/2017 (PAD 2/2017)

RECURSO – art. 20 do Regulamento Processual da BSM

A/C: Pleno do Conselho de Supervisão de Mercados - BSM

Prezados Conselheiros,

Em atenção ao ofício **OF/BSM/SJUR/PAD-245/2018**, de 07 de agosto de 2018, vimos, em nome de **TALES DARCLE JOST**, nos autos do Processo Administrativo Ordinário em epígrafe, forte no Artigo 20 do Regulamento Processual da BMS, apresentar **RECURSO CONTRA A DECISÃO DA TURMA DO CONSELHO DE SUPERVISÃO DA BSM**, decorrente de sessão realizada no dia 24 de maio de 2018, nos seguintes termos:

Decidiu a Respeitável Turma do Conselho de Supervisão da BSM por condenar o Defendente ao pagamento de multa de R\$ 30.000,00, por supostamente ter atuado como procurador de investidores, caracterizando infração ao artigo 13, inciso III, da Instrução CVM nº. 497/2011.

17:54 27/08/2018 089000 BSM/DAR BS S.A
16:20 27/08/2018 004961 B3 SA BRASIL, BOLSA, BALCAO PRT.AP

Todavia, entende o Acusado que a argumentação empreendida no voto condenatório está em descompasso com a realidade dos documentos juntados, pois as provas coligidas apontam para existência efetiva de ordens dos clientes para execução das operações, o que afasta a figura de “procurador” que se tenta empregar ao Defendente.

Em primeiro lugar, registra-se o equívoco do voto ao apontar que seria o Defendente responsável por 22 operações que estariam desacompanhadas de ordens prévias.

Isso porque, como se percebe do relatório que instruiu a abertura do presente processo (denominado Tabela 3 – Negócios cujas ordens não foram apresentadas), **06 das operações foram realizadas diretamente pela Mesa da Corretora** (coluna Sessão), e não pelo Acusado, de modo que quanto a elas realmente não se poderia apresentar as ordens.

Do mesmo modo, as operações vinculadas ao investidor [REDACTED] não podem ser aqui objeto de questionamento, quicá motivo para condenação, porque à época o referido investidor não estava operando por meio do acusado, já que utilizava diversos agentes autônomos em diferentes Corretoras.

Em segundo lugar, com toda vênia ao entendimento da decisão condenatória, logrou a defesa comprovar que as operações efetivamente realizadas pelo Acusado foram autorizadas pelos investidores.

Como se afere em rápida visualização dos e-mails encartados nas fls. 47/52 e 55/60, os pedidos de confirmação das ordens foram enviados aos investidores **sempre ANTES da realização das negociações**. E como se esclareceu previamente, apenas por uma **falha no armazenamento de e-mails** é que o Acusado não trazer a resposta à época formalizada pelos investidores.

Mas tais e-mails, enviados antes das operações, **somados às declarações dos próprios investidores afirmando que concederam as autorizações previamente a cada uma das respectivas negociações**, mais do que indícios, **formam prova inconteste de que não houve irregularidade**.

É imprescindível realçar o **teor das declarações prestadas pelos investidores envolvidos nos negócios** objeto de questionamento neste processo: informam todos que **expressamente autorizaram “ao Agente Autônomo que realizasse as negociações, PREVIAMENTE às operações”**, e ainda, no tocante aos e-mails de confirmação de ordens, que foram **recebidos e à época respondidos** (grifos nossos).

É pertinente invocar o art. 219 do Código Civil: “As *declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários*”.

Mas com efeito, essas declarações firmadas pelos investidores, embora constituam prova inequívoca da **prévia autorização das operações**, não foram sequer examinadas pelo voto condenatório ora expressamente combatido, muito menos consideradas na fundamentação.

Urge recordar que o Acusado postulou no processo a oitiva dos investidores para, em depoimento formal, confirmarem ter expedido as autorizações. A prova, todavia, foi indeferida sob o argumento de ser “desnecessária”, conforme OF/BSM/SJUR/PAD-11/2018, de 05/01/2018.

Porém, a aplicabilidade probatória dos documentos não pode ser solenemente ignorada; à prova escrita deve ser atribuído valor e, por isso, considerada para efeitos do julgamento.



E solução outra não resta que, após verificar a manifestação voluntária realizada pelos investidores, **considerar como plenamente válidas as declarações, tendo, por conseguinte, como provado que houve prévia autorização das operações.**

Ou seja, longe do que sustenta a decisão ora recorrida, as declarações explicitam o momento (prévio) e como as ordens foram transmitidas ao Acusado pelos investidores.

E no tocante ao conteúdo dos e-mails que estão nas fls. 47/60, olvidou a decisão que não exista nas mensagens apenas a menção de que se estaria a realizar a operação “conforme combinado”, **uma vez que no corpo das mensagens seguiam especificadas (i) a natureza da negociação, (ii) o ativo objeto, (iii) a quantidade e (iv) o preço.**

Nesse sentido, veja-se exemplificativamente a mensagem da fl. 47, que segue o mesmo padrão das demais:

Em 30/07/2015 10:00, Tales Jost escreveu:

CONFORME COMBINADO ESTAMOS EFETUANDO A OPERAÇÃO ABAIXO

FINANCIAMENTO
VENDA
VALEH18
500
A MERCADO

Tales Jost

Posto isso, nota-se ser totalmente desarrazoada a linha sustentada pela decisão, ao alegar que a menção “conforme combinado” contida nos e-mails poderia subsumir autorização para atuação do Acusado sem “ordem prévia”.



Com efeito, o conteúdo dos e-mails é incontestável: o Acusado indicava, **antes da negociação** (basta conferir o horário de envio dos e-mails) se a ordem seria para compra ou venda, sobre qual ativo e em que quantidade deveria recair, e o preço a ser trabalhado, mensagem que era redigida após contato telefônico ajustamento com o investidor a operação. E por isso que se dizia que a negociação seguiria “conforme combinado”, mas após positiva confirmação.

E-mail com esse jaez, com toda vênia, é perfeitamente compatível com a premissa estabelecida pelo art. 19 da ICVM nº. 505/11, que define o campo de atuação do intermediário:

Art. 19. O intermediário deve executar as **ordens nas condições indicadas pelo cliente** ou, **na falta de indicação, nas melhores condições que o mercado permita.**

Aliás, lendo-se atentamente a parte final do *caput* do art. 19 da ICVM nº. 505/11, é possível concluir que até mesmo é admitida a execução de ordens mesmo sem que o investidor especifique as condições em que as deseje.

Por esses motivos, há concreto conjunto probatório apto a indicar que as declarações juntadas não se prestam à condição de ratificação posterior das operações, mas, sim, servem como **confirmação de que foi concedida a ordem prévia ao intermediário.**

Urge lembrar que, nos termos do art. 1º, inciso V, da ICVM nº. 505/11, ordem é o ato “*pelo qual o cliente determina que um intermediário negocie ou registre operação com valor mobiliário, em seu nome e nas condições que especificar*”, estando, pelas mensagens eletrônicas e declarações acostadas, robustamente apontado que **efetivamente houve a emissão dessa determinação pelo cliente ao intermediário.**



Portanto, jamais se caracterizou, no trato do Acusado com seus clientes, de relação de mandato. Todas as negociações foram precedidas pelo envio de e-mails nos quais se postulava confirmação de ordem para a execução da operação no mercado.

O Acusado falhou (em verdade, o sistema eletrônico que adotava) **apenas em promover o arquivamento das ordens recebidas por e-mail** no período questionado, tendo, em razão disso, ficando impossibilitado de trazer aos autos os originais remetidos pelos clientes.

Todavia, essa prática não pode ser confundida, quiçá penalizada, como se fosse atuação com mandato, estando, por isso, ausente a materialidade relacionada ao artigo 13, inciso III, da IN CVM n.º. 497/11, como sustentado na peça acusatória.

Aliás, seria pouco lógico que, se atuasse o Defendente como procurador, enviasse aos “representados”, antes da promoção das negociações, e-mails confirmatórios das ordens acordadas, já que a prestação de contas de procurador ocorre *ex post facto*, e não antes.

Em relação às negociações listadas nas fls. 53/54, feitas em nome de [REDACTED] os já tratados e-mails confirmam a autorização previamente prestada pelo cliente, e mais ainda, que foram negociações realizadas utilizando “robô”, ou seja, um algoritmo que realiza sozinho as operações quando atingidos os parâmetros nele cadastrados.

De outro lado, em relação ao mesmo investidor, outras três operações impugnadas pela BSM por suposta ausência de ordem prévia em realidade não foram realizadas pelo Acusado, mas, sim, pela mesa de operações da Corretora, vide indicação do “operador” de fls. 05/06.



Imperioso ainda acrescentar que os investidores também manifestam em suas declarações individuais que durante todo o tempo sempre monitoraram seus investimentos, tanto pelas Notas de Corretagem, Extratos de Custódia como pelos Avisos de Negociação de Ativos, sem anunciar qualquer inconformidade com as operações realizadas – novamente, por conta e ordem destes.

Não menos por isso que, passados mais de dois anos desde as negociações, não houve qualquer insurgência, administrativa ou judicial, dos referidos investidores.

Destarte, todas as operações indicadas no relatório de Auditoria Específica (doc. 04, fls. 43/45) foram realizadas consoante condições indicadas pelos clientes, na esteira do que preconiza o artigo 19 da IN CVM nº. 505/11.

Com efeito, todos os elementos encartados desde o princípio da investigação apontam que o Acusado não obrou com atuação em desacordo ao determinado pelo artigo 1º, da IN CVM nº. 497/11, ficando totalmente afastado das irregularidades delineadas no artigo 13, inciso III, da mesma norma.

Por esses motivos, roga-se acolhimento do recurso, para efeito de afastar a condenação imposta ao Acusado.

REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA ARBITRADA

Em ordem sucessiva, caso entenda este Pleno do Conselho de Supervisão de Mercados não ser hipótese de afastar em sua integralidade a condenação, necessário postular que seja aplicada sanção de advertência, ao menos seja reduzida a multa.

Necessário que se pondere que o Acusado, ao longo de mais de 10 (dez) anos atuando como Agente Autônomo de Investimentos, jamais teve questionada a regularidade de sua atuação, sendo este o primeiro caso em que lhe apontada falha.

É, portanto, primário em acusações.

Na mesma conjugação de circunstâncias, urge seja considerado como fator de mitigação da gravidade da conduta a declaração prestada pelos investidores, afirmando que estavam cientes das operações e que jamais tencionaram questionar a regularidade das ordens.

O risco proveniente do comportamento imputado ao Acusado, destarte, é mínimo, não se coadunando com a aplicação de severa multa, no valor de R\$ 30.000,00.

Em vista disso, se requer que seja mitigada a sanção aplicada contra o Defendente, estabelecendo tão somente a penalidade de **advertência**, conforme art. 11, inciso I, da Lei 6.385/76, ou então, na hipótese de ser mantida a multa, que seja sua quantia equitativamente reduzida, alcançado patamar mais razoável com o efeito grau de culpa do Acusado, que é relativamente baixo.

CONCLUSÃO E PEDIDOS

DIANTE DO EXPOSTO,

REQUER que este respeitável Órgão Pleno do Conselho de Supervisão de Mercados acolha o recurso ora apresentado, afastando a condenação e irregularidades atribuídas aos Acusado, ou então, caso mantida a reprimenda, que seja mitigada a penalidade, substituindo a multa por advertência, ou sucessivamente, reduzindo o *quantum* da sanção pecuniária.



Roga que as intimações dos atos do processo sejam
endereçadas ao advogado **Konrado Krindges**, [REDACTED]
[REDACTED]), do [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].

Sem mais para o momento, colocamo-nos à disposição.

Porto Alegre, 24 de agosto de 2018.

p.p. Fabio Milman
[REDACTED]

p.p. Konrado Krindges
[REDACTED]