

BSM-0267/2018

Fls. 99
10/2017
BSM - SJUR

Duarte
Garcia

Ilmo. Diretor de Autorregulação da BM&FBOVESPA Supervisão de Mercados ("BSM")

Sr. JULIO CESAR CUTER

Ref. Processo Administrativo Disciplinar nº 10/2017

Os "Defendentes", assim doravante denominados em conjunto, **MÁRIO AUGUSTO RABELO SOUZA**, brasileiro, agente autônomo de investimentos, inscrito no CPF/MF sob o nº [REDACTED], portador da cédula de identidade RG nº [REDACTED], residente e domiciliado na Rua [REDACTED], [REDACTED] e **MÁRIO A R SOUZA AGENTE AUTÔNOMO DE INVESTIMENTO EIRELI EPP**, empresa individual de responsabilidade limitada, devidamente autorizada para atuar como agente autônomo de investimentos, atual denominação de Souza e Batista Agentes Autônomos de Investimentos Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob o nº [REDACTED], com sede na [REDACTED], [REDACTED] ("Souza AAI"), por meio de seus advogados constituídos de acordo com os instrumentos de mandato cujas cópias se encontram anexas (DOCs.1 e 2), protestando-se pela apresentação dos originais em até 3 dias úteis, tendo sido intimados no Processo Administrativo Disciplinar em referência, sob o rito ordinário, vêm, respeitosamente, apresentar sua DEFESA ao Conselho de Supervisão da BSM Supervisão de Mercados, com fundamento no artigo 3º do Regulamento Processual da BSM ("Regulamento"), pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

I. Da Tempestividade

1. Os Defendentes receberam a intimação para apresentar defesa no dia 14 de janeiro de 2018, pelo que é tempestivamente cumprido o prazo de 30 dias previsto no artigo 3º do Regulamento.

II. Da Acusação

2. Os Defendentes são acusados de criar condições artificiais de oferta e demanda, ao arrepio da Instrução CVM nº 8/79, por terem realizado, entre si, 66 operações com opções de ações de emissão de Vale S.A (VALEQ18) e Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras (PETRE18), em 2 pegões consecutivos, nos dias 14 e 15 de março de 2017 ("Operações").

3. Segundo o Termo de Acusação, as Operações resultaram em 3 *day trades* com lucro bruto de R\$ 83.602,26 para Mário e prejuízo de igual valor para Souza AAI.

4. Além disso, Mário é acusado de ter realizado parte das Operações por intermédio da CORRETORA EASYINVEST, o que seria vedado pela Instrução CVM nº 505/11, uma vez que estaria vinculado, por meio da Souza AAI, à CORRETORA XP.

III. Da Defesa

5. A BSM não desconhece, certamente, que as Operações ocorreram entre, apenas, dois dias, tendo, de um lado Mário, e de outro a Souza AAI, uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada ("EIRELI"), cujo único titular é Mário. Em outras palavras, não houve – e não há - terceiros envolvidos nas Operações, as quais foram levadas a cabo em valores módicos e como um exercício de demonstração, para clientes

e amigos, de como funcionam os *day trades*, tudo conforme já exposto pelos Defendentes em sua manifestação anterior, de 11 de dezembro de 2017, ora reiterada.

6. Daí a se dizer que as Operações caracterizaram a criação de condições artificiais de oferta e demanda, nos termos da ICVM 08/1979 há larga e insuperável distância. Vejamos.

7. A ICVM 08/1979 assim preceitua:

I - É vedada aos administradores e acionistas de companhias abertas, aos intermediários e aos demais participantes do mercado de valores mobiliários, a criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, a manipulação de preço, a realização de operações fraudulentas e o uso de práticas não eqüitativas.

II - Para os efeitos desta Instrução conceitua-se como:

a) condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários aquelas criadas em decorrência de negociações pelas quais seus participantes ou intermediários, por ação ou omissão dolosa provocarem, direta ou indiretamente, alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários;

(...) NEGRITOU-SE

8. Ou seja, para que qualquer dos Defendentes tivesse violado os termos da ICVM 08/1979, é preciso que dois fatores tivessem ocorrido: (i) ação ou omissão dolosa; e (ii) a ocorrência de alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários.

9. Nenhum dos dois ocorreu no caso em discussão. Não houve dolo e tampouco existiu alteração nos níveis normais de venda e compra dos papéis após a realização das Operações.

10. Clóvis Beviláqua assim explica o que é o dolo e a conduta dolosa:

“Dolo é artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato jurídico, que o prejudica, aproveitando ao autor do dolo ou a terceiro”

11. Não é possível ver dolo em nenhum dos atos praticados por Mário ou pela Souza AAI, na medida em que as Operações foram efetuadas de maneira transparente, sem o envolvimento de interpostas pessoas e, principalmente, sem a intenção de provocar erro, de induzir ao erro ou de fraudar o mercado.

12. Ademais, o prejuízo a terceiros é elemento essencial do dolo, como bem explica Maria Helena Diniz:¹

“na prática, ocorre uma correspondência entre a vantagem auferida pelo autor do dolo e um prejuízo patrimonial sofrido pela outra parte, há, virtualmente, um prejuízo moral pelo simples fato de alguém ser induzido a efetivar negócio jurídico por manobras maliciosas que afetaram sua vontade”

13. No caso em tela, não houve conduta intencional, não houve qualquer prejuízo a terceiros e, portanto, não houve dolo. Ora, (i) se para que haja violação à ICVM nº 08/1979 é preciso uma ação ou omissão dolosa e (ii) se os Defendentes não tiveram conduta dolosa, é forçoso concluir que não houve violação à ICVM nº 08/1979.

14. Com a devida vênia, o quanto relatado até o momento seria suficiente para por fim ao presente Processo Administrativo Disciplinar. No entanto, por amor ao debate, os Defendentes demonstrarão à exaustão os motivos para extinguir o processo em discussão.

¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

15. Além da ausência de dolo, não houve alteração do fluxo de compra e venda dos valores mobiliários objeto das Operações.

16. A deliberação CVM nº 14 1983 regula a aplicação da Instrução ICVM nº 08/1979, notadamente com relação à criação artificial de oferta e demanda, e explica que:

“Ressaltar aos participantes do mercado, especialmente às instituições intermediárias, que as operações a futuro e de opções de compra de ações, que configurem negócios com resultados adrede acertados, por provocarem alterações indevidas no fluxo de ordem de compra e venda de valores mobiliários e, conseqüentemente, no volume de negócios e na formação regular de preços, são capituladas pela INSTRUÇÃO CVM N° 08, de 08.10.79, que vedou a prática e definiu o conceito de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, em obediência ao art. 18.”

17. Ou seja, para que haja infração à ICVM nº 08/1979 é preciso que haja alterações indevidas no fluxo de ordem de compra e venda de valores mobiliários.

18. É como ensina Nelson Eizirik²:

“Os elementos caracterizadores do tipo ‘criação de condições artificiais’ na esfera administrativa são: (a) um conjunto de negociações ‘aparentes’ artificiais, simuladas, isto é, realizadas sem as efetivas ordens de compra ou venda por parte de investidores; (b) que ocasionem alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários ou seja, que provoquem um ‘falso mercado’ levando outras pessoas a negociar com aqueles papéis, por acreditarem que o mercado, artificialmente criado, é real e decorre de efetivas transações; (c) estando nelas caracterizado o intuito de criar um “falso mercado” daí decorrendo que deve estar presente o dolo específico”.

19. As condutas dos Defendentes não se encaixam em, pelo menos, dois dos três itens caracterizadores do ilício administrativo. Não houve a criação de um “falso mercado” que pudesse levar terceiros a acreditar que houve mudança no preço dos

² EIZERIK, Nelson. *Mercado de Capitais Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,

valores mobiliários objeto das Operações e definitivamente não houve o intuito de se criar um falso mercado.

20. Não se demonstrou, com provas cabais e irrefutáveis, no presente Processo Administrativo Disciplinar a alteração no fluxo de compra e venda dos valores mobiliários **posteriormente** às Operações, sendo certo que meras alegações não podem servir para condenação dos Defendentes. É neste sentido que já decidiu previamente a CVM em caso bastante parecido com o presente:³

“Os indícios possuem valor probatório suficiente para ensejar condenação. Exige-se, todavia, que tais indícios sejam convergentes e unívocos. A existência de contra-indícios suficientes para inspirar dúvida nos julgadores deve conduzir à absolvição, em homenagem ao princípio da presunção de inocência.

(...)

Os acusados, ainda de acordo com as conclusões da SMI Comissão de Inquérito, negociaram entre si pequenas quantidades de algumas dessas ações, determinando artificialmente sua cotação. Este preço fictício ou, como popularmente chamado, "emboncado", era o que serviria de base para a revenda de grande quantidade dos papéis aos institucionais, os grandes prejudicados pelo esquema.

(...)

Em casos como este, a diversidade e complexidade das operações efetuadas, aliadas ao intento dos eventuais infratores em eliminar seus rastros, impossibilitam a reconstrução segura da veracidade dos fatos. Por essa razão, a Comissão de Inquérito formulou toda a hipótese acusatória com base em indícios e deduções, o que em tese é perfeitamente possível, mas que, especificamente neste caso, não parecem ter fornecido a solidez necessária para embasar uma condenação.

(...)

É sempre válido lembrar que a dúvida milita em favor dos acusados. Muito menos do que um privilégio dos indiciados, o que este princípio representa na verdade é uma garantia de idoneidade do próprio julgamento: ao se absolver um indiciado por falta de provas, resta a certeza de que aqueles que vierem a

³ (CVM – PAS 06/1995)

ser condenados de fato deveriam sê-lo, pois foram submetidos a um julgamento justo.

Como me parece que não existiu, ou ao menos não restou comprovada a irregularidade apontada pela Comissão de Inquérito, absolvo todos os indiciados das imputações de prática não eqüitativa e manipulação de preços.” (Grifou-se)

21. Na mesma linha estão as decisões dos tribunais. Confira-se julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁴:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FRAUDE NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS. AUSÊNCIA DE PROVA (...)

Pelo que se vê, a sentença está baseada, sinteticamente, em que ‘permanecem consistentes dúvidas acerca da existência de ‘manipulação’ e não restou comprovado que a ‘especulação’ tenha desbordado dos padrões intrínsecos à própria existência e natureza dos mercados de capitais, e que, por certo, afeta as relações de oferta e demanda, sem, contudo, consubstanciar uma ‘bolha’ capaz de iludir experientes analistas financeiros de fundos de pensão que compraram os referidos ativos’.
(...)

Concluiu-se pela presença de fortes indícios, que, entretanto, não são suficientes para demonstrar a causalidade (atribuída a alguém, especificamente) dos alegados danos. Apropriada, aqui, a transcrição de parecer do então Procurador da Fazenda Nacional (hoje eminente Ministro do STJ) Ricardo Villas Bôas Cuevas, aplicável, mutatis mutandi, à esfera cível: ‘Ora, o princípio da causalidade é a pedra de toque de todo o direito punitivo, penal ou administrativo, posto que delimita a punição do injusto às situações em que se possa individualizar uma conduta (causa) e precisar um dano ou um perigo a um bem jurídico (resultado) , afastando assim as noções pré-modernas de universalidade do injusto e de indeterminação de seus resultados, mais afeitas a certas concepções de ética que às ordens democráticas de direito contemporâneas. Nestas, a determinação da responsabilidade pessoas só pode ocorrer quando se comprovar uma relação de causalidade baseada na certeza e necessidade’ (fl. 1.007)” (Grifou-se)

⁴ TRF1 – AC 0036952-20.2004.4.01.3800, rel. Des. Fed. João Batista Moreira).

22. Em suma, não há provas que permitam evidenciar o nexo causal entre as Operações e a alteração do fluxo de compra e venda dos valores mobiliários objeto das Operações, razão pela qual não se pode concluir pela ilicitude dos atos dos Defendentes. **Como já decidiram os tribunais administrativos e judiciais: Indícios, ainda que fortes, e alegações não são suficientes para a condenação!**

23. Por último, o Termo de Acusação sugere a ocorrência de prejuízo à integridade do mercado, de maneira vaga, genérica e sem qualquer quantificação. Nem poderia ser diferente, já que não houve ato ilícito por parte dos Defendentes.

24. Por fim, não é demais reiterar que não houve terceiros envolvidos e potencialmente lesados nas Operações.

25. **E tampouco houve benefício financeiro, como faz crer o Termo de Acusação. Mário, por si e por sua EIRELI, a Souza AAI, respondeu, de uma ponta, pelo lucro das Operações, bem como, de outra ponta, pelo seu prejuízo; não houve, afinal, vantagem financeira.**

26. Em conclusão:

- a) Não houve interferência na formação da tendência do mercado; Mário não atuou com intenção de prejudicar ou manipular o mercado, nem com a intenção de induzir terceiros a comprar ou vender os ativos.
- b) Igualmente, não houve investidores lesados e nem terceiros prejudicados, os negócios realizados não alteraram a decisão dos investidores do mercado, nem interferiram no regular funcionamento deste.

- c) As Operações não envolveram grandes lotes; não provocaram alterações indevidas e, menos ainda, interferiram na formação regular de preços do mercado, ou criaram falsa demanda.
- d) Vê-se, portanto, que, em que pese os fatos levantados no Termo de Acusação, as Operações **não provocaram alterações indevidas** no fluxo de ordem de compra e venda de valores mobiliários e, conseqüentemente, no volume de negócios e na formação regular de preços (Deliberação CVM nº 14/83, inciso II).

III. Da Conclusão

27. Por todo exposto, pedem e esperam os Defendentes que sejam acolhidas as alegações aqui expostas, determinantes da sua ABSOLVIÇÃO, dada a ausência (i) de conduta ilícita e dolosa (ii) de prejuízo ao mercado e terceiros; (iii) vantagem financeira para os Defendentes; e (iv) valores relevantes envolvidos nas Operações.

IV. Do Termo de Compromisso

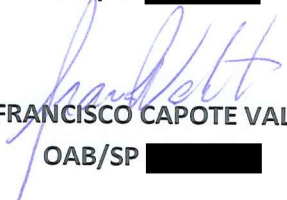
28. Por fim e em que pese os sólidos argumentos em seu favor, os Defendentes como forma de demonstração de boa-fé, bem como de reiterar a lisura de suas atitudes, manifestam, desde já, seu interesse em firmar Termo de Compromisso, se comprometendo a apresentar prontamente proposta completa de celebração.

29. Os Defendentes requerem, antecipadamente, que, na fixação das condições do Termo de Compromisso, sejam consideradas as circunstâncias expostas no Capítulo III, acima, bem como o fato de Mário nunca ter sido condenado por infração às regras do mercado.

30. Por último, esclarecem os Defendentes que a manifestação deste Capítulo IV não configura reconhecimento implícito ou explícito da prática dos ilícitos que lhe são imputados no presente processo.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2018.


p.p. ANNA CHRISTINA JIMÉNEZ PEREIRA
OAB/SP [REDACTED]


p.p. FRANCISCO CAPOTE VALENTE
OAB/SP [REDACTED]

MÁRIO AUGUSTO RABELO SOUZA
MÁRIO A R SOUZA AGENTE AUTÔNOMO DE INVESTIMENTO EIRELI EPP
p. Mário Augusto Rabelo Souza