

BSM-2291/2013



São Paulo, 02 de dezembro de 2013.

À
BSM – BM&FBOVESPA SUPERVISÃO DE MERCADOS
Rua XV de Novembro, 275 – 8º andar
Centro – São Paulo/SP
CEP 01013-001

OF/BSM/GJUR/PAD-311/2013

Ref.: Processo Administrativo nº 15/2013

LOGÍSTICA

5 DEZ 15 32 027617

BM&F BOVESPA S.A.

SILMARA APARECIDA LEÃO, já qualificada, vem, por intermédio da presente, manifestar-se nos autos do processo em epígrafe, instaurado, conforme o Termo de Acusação e Parecer da Gerência de Acompanhamento de Mercado.

Conforme o Termo de Acusação, Silmara teria sido contratada pela Futura DTVM, **como funcionária**, exercendo a função de “repassadora” de ordens com acesso, também, ao sistema da Coinvalores CCVM.

Nesse período de, aproximadamente, seis meses, teria realizado 43 operações de “day trade” com ações da TOTS3; OGXP3; MPXE3 e HAGA4, sempre em nome de [REDACTED], Diretor-Superintendente da Futura.

Também, teria realizado operações por intermédio da Intra Corretora, que, por sua vez, eram distribuídas em nome de [REDACTED], sua mãe.

Assim, conforme entendimento extraído do Termo de Acusação, ordens eram enviadas à Intra Corretora, por conta e ordem de sua mãe, e simultaneamente outras ordens, na contraparte, eram registradas pela Coinvalores e em nome de [REDACTED].

Por essa sistemática de procedimento, segundo a acusação, sempre, a Acusada detinha o poder de definir e orientar os valores a serem obtidos e quem seriam os beneficiários dos resultados positivos.

Diante disso, a BSM passa, então, a narrar, conforme a sua interpretação, a ocorrência dos fatos que permitiriam chegar a alguma conclusão. Mas, de qualquer modo, justifica, que, somente era possível se chegar a um resultado se valendo de determinadas oscilações em razão da baixa liquidez dos papéis escolhidos.

Na sequência, narra que, instada, a Coinvalores teria informado da existência de um Contrato com a Futura e, que, esta, seria a **única responsável pela operações realizadas pelos repassadores a ela vinculados**.

16:45 05/12/2013 011270 ESN/DAK



Por sua vez, a Futura informa ter designado a Acusada para a “realização de operações no mercado de ações”, tendo, inclusive, “fornecido o parâmetro operacional e a conta em que tais operações seriam alocadas”. Contudo, ressalta, que não especificou os ativos que seriam objeto das negociações.

Por essas narrativas conclui que a Acusada teria infringido os incisos I e II, alínea “a”, da Instrução CVM 8/79 c/c os itens 5.10.3, alínea “e” e 5.10.2, ambos, do Regulamento de Operações do Segmento Bovespa.

Do mesmo modo, é o Parecer da Gerência de Acompanhamento de Mercado, com destaque, apenas, no sentido de que entende quanto ao objetivo das operações que seriam para “transferir recursos de [REDACTED] para [REDACTED]”.

Concluindo no sentido de que, em razão das informações prestadas pela Futura, e que, conforme declarou: “aproveitando-se da autorização que [REDACTED] havia lhe concedido para operar em seu nome”, teria ocorrido em infração a ICVM 08/79.

Contudo, na descrição dos fatos, ressalta que ante os esclarecimentos prestados pela Futura, ressaltou que a Acusada operava diariamente com vários ativos, sem especificá-los, obtendo-se lucros e prejuízos que se diluíam na movimentação financeira de [REDACTED].

Também, destaca o percentual que representava tais operações, pois equivalia a 4,1% do total das operações realizadas em nome de [REDACTED].

Como se vê, trata-se de uma conclusão preestabelecida, porquanto, todos os parâmetros de análise é no sentido de absolver, ou melhor, transformar [REDACTED] e Futura em vítimas efetivas, sem se considerar, mesmo porque não existe, os esclarecimentos dos motivos que levaram aos fatos narrados.

A bem da verdade, o que se verifica, independentemente do que se esclarecerá, é que a condenação já ocorreu, especialmente, quando se observa que os esclarecimentos prestados pela Futura, entidade responsável por todos os atos praticados pelos seus funcionários, já foram declaradas vítimas, inocentadas por todos os atos praticados, uma vez que levaram a concluir que a Acusada seria a única culpada por todas infrações apontadas.

Contudo, a verdade é bem diferente!!!

NECESSÁRIAS CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Apresentando-se como pessoa desavisada, enganada, vítima de manobras promovidas pela Acusada, valem-se, [REDACTED] e Futura, de subterfúgios para tentar explicar os fatos, como se de nada conhecessem ou quisessem, para ele mesmo e para a sua empresa.

No entanto, a verdade é bem diferente do enredo que, com esforço, tentam demonstrar!!!



A acusada é uma jovem profissional, que, anteriormente, atuava na área de mercados agrícolas (*commodities*), que, em razão da sua conduta, conhecimento e capacidade profissional, mereceu, sempre, destaque entre os demais dessa área.

A sua conduta esmerada e competência foi o bastante para chamar a atenção de [REDACTED], empresário experiente na área de Mercado de Capitais (Bolsa), e que, há muito, ansiava e pretendia obter sucesso na área dos mercados agrícolas/mercadorias.

Desse modo, ante a identificação da Acusada para desenvolver tais os mercados que pretendia, e em razão dos altos volumes operados por ela diariamente, resolveu por convidá-la para trabalhar na sua empresa e na mesma área em que atuava, mercadorias agrícolas, e, posteriormente, na área de ações.

Para tanto, ofereceu para a Acusada um rendimentos mensais superior a 100% (cem por cento) do valor que auferia na antiga empresa, o que de fato ocorreu, bem como, a promessa de crescimento profissional e financeiro, e além disso, prometeu-lhe ganhos adicionais de acordo com a sua atuação na área da Ações.

Assim, em um primeiro momento, a Acusada, passou a desenvolver um incessante trabalho na área de mercadorias. Contudo, ante as diversas ocorrências do mercado que levaram por uma maior observação na área de Ações, a Acusada, passou, então, por determinação de [REDACTED], seu patrão, a atuar, exclusivamente, nessa a área.

Todavia, tendo-se em vista o compromisso assumido por [REDACTED], quando da contratação da Acusada, este, valendo-se da sua posição de patrão, a incumbiu, mesmo que contrário a Norma, posto que regularmente inabilitada para isso, a exercer a função de **administradora de recursos**.

Para tanto, conforme confessa, estabeleceu um limite operacional, mas, deixou à sua livre escolha os ativos que melhor identificasse.

OS FATOS TAIS COMO SE DERAM

Conforme restou confessado, [REDACTED], designou, a Acusada, sua **funcionária**, a realizar operações no mercado de ações, dentro dos limites estabelecidos por ele, cujos ativos seriam de sua livre escolha, com os quais eram realizadas as operações de administração de recursos.

Evidentemente, a conduta assumida por [REDACTED] não era apenas de dar ocupação para a Acusada, na verdade, o que [REDACTED] queria era amealhar ganhos adicionais e, ainda, de se desincumbir da obrigação de desembolsar seu próprio dinheiro para pagar a remuneração prometida para a Acusada.

Desse modo, ante a reconhecida capacidade da Acusada de gerar receitas, que, somada ao conhecimento da operacionalidade do mercado, poderia, há um só tempo, gerar, também, lucro com operações originadas da administração de recurso a que estava incumbida.

Ou seja, incumbindo a Acusada de gerir os recursos com a realização de operações de compra e venda de ações, poderia não só obter um ganho adicional, como, também, cumprir com o avençado (perspectiva de ganhos) promovendo a **auto remuneração**, pois, disso, dependeria o seu próprio ganho.

Desse modo, seria proporcionada a Acusada a possibilidade de crescimento profissional, conforme combinado, bem como o aceno com a possibilidade de, sem dispêndio dele ou da sua empresa, proporciona-lhe um adicional de ganhos financeiros que havia prometido.

MÉRITO

Em que pese a qualidade do Relatório e da Peça de Acusação, inicialmente, há que se ressaltar quanto a sua mais **absoluta parcialidade** e, ainda, quanto ao açodamento da conclusão a que se chegou, posto que, sem, sequer, ter dado a oportunidade de defesa a Acusada, concluiu-se por fazer recair sobre ela todos os males, todas as culpas e todas as penas.

Evidentemente, salta aos olhos as oportunidades de manifestações concedidas a Coinvalores, Futura e [REDACTED] partes envolvidas nas realizações das diversas operações tidas por irregulares e, com maior gravidade, a conclusão a que chegou quando recepciona a alegação do desconhecimento dos fatos como causa excludente de culpabilidade.

E nem se diga que o fato de a Coinvalores possuir um contrato assinado com a Futura, tem-se nisso afastada a figura de sua culpa para recair toda sobre a Acusada.

Do mesmo modo, não poderá prevalecer a tese adotada no sentido de que o alegado desconhecimento dos fatos e, ainda, a alegação de que teria sido "vítima de uma fraude muito bem engendrada" estaria a merecer imunidade.

Vê-se que não se pode ignorar a necessária igualdade de tratamento e a observância, por todos, do princípio constitucional da isonomia, da ampla defesa e do contraditório, de modo a se permitir concluir que a simples alegação de desconhecimento dos fatos por parte de [REDACTED] da Futura e, inclusive, da Coinvalores, é o quanto bastaria para a parcialidade da conclusão de que eles sejam transmudados em vítimas.

Como se vê, Silmara era **funcionária/empregada** da Futura e sujeita ao poder hierárquico do empregador [REDACTED] e, como por todos sabido, a principal obrigação é a prestação de serviços para a qual foi contratada de acordo com seus conhecimentos profissionais, adequando-se aos interesses da empresa e aos seu poder da mando.

Nesse sentido, ensina Cavalieri:

“Bastará que a função tenha oferecido ao preposto a oportunidade para a prática do ato ilícito; que a função tenha lhe proporcionado a ocasião para a prática do ato danoso. E isso ocorrerá quando, na ausência da função, não teria havido a oportunidade para que o dano acontecesse.”.Cavaliere Filho, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 203

Deveras, conforme restou confessado, [REDACTED] teria determinado que a Acusada operasse na administrando recursos, promover ganhos e dali surgir a oportunidade de adicionar ganhos ao seu salário, à sua remuneração prometida. Ou seja, estava a Acusada sob as ordens direta do Patrão e no exercício da função a que estava submetida e compelida a desempenhar.

Ora, não se pode concordar com a parcialidade na condução e a conclusão a que chegou, de modo a Acusada merecer, exclusivamente, a imputação de todas as culpas - se é que existiram de sua parte - e, aos demais, verdadeiramente únicos responsáveis, o acolhimento da tese sobre o manto da singela alegação de desconhecimento dos fatos seria o quanto basta para verem-se afastados de qualquer acusação ante o entendimento que possibilitaria a excludente de culpabilidade.

Independentemente disso, não se pode olvidar que, o aqodamento na análise e a conclusão a que se chegou, mesmo que a despeito do cerceamento do direito a ampla defesa e do contraditório, não permite concluir pela identificação das infrações apontadas.

Primeiro, porque a acusação somente se sustentaria se tivesse a Acusada, após intimada a apresentar a sua defesa, confirmado, tal como apontados, os fatos, todos, por verdadeiros.

Segundo, porque para se imputar quaisquer da práticas descritas nos itens 5.10.2 e 5.10.3 – do Regulamento de Operações do Seguimento Bôvespa, todos os fatos narrados nas respectivas peças não poderiam sofrer qualquer negativa daquilo que fora narrado. Senão vejamos:

O item 5.10.2, do Regulamento de Operações, está a dizer:

“O operador deve empregar, no exercício de sua funções, a seriedade; o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, servindo com lealdade a Sociedade Corretora a que estiver vinculado.”

Como se vê, inaplicável à espécie este item do Regulamento, pois não restou caracterizada qualquer infringência a este dispositivo, pois, para tanto, teria que se ter por verdadeiro todas as declarações prestadas pela Futura ou pelo patrão da Acusada. E tal não ocorreu!!!



Para tanto, basta verificar o que fora estabelecido e confessado por [REDACTED]. “... designou a repassadora de ordens Silmara a realizar operações no mercado de ações, fornecendo-lhe um parâmetro operacional, sem determinar os ativos e as quantidades a serem negociadas...”

Ora, conforme restou consignado e provado, Silmara estava a cumprir com todas as determinações do patrão [REDACTED] e por todo esse período, jamais, houve qualquer manifestação em contrário, dando tudo por certo.

Não haveria por que restar dúvidas quanto à clara intenção do empregador da Acusada, haja vista que ficou determinado por ele que esta teria rendimentos superiores aos que obtinha na corretora anterior onde atuava. A forma de auferi-los, também, fora determinada por quem tinha poder de mando.

Cabe salientar que a Acusada, num universo de 2.359 operações, repassou somente o equivalente a 4,1% delas para o fim a que o seu empregador determinou.

E, para qualquer pessoa com um mínimo de conhecimento do mercado, sabe que, se a Acusada tivesse a intenção de lesar o seu empregador/patrão, este percentual seria muito maior, obtendo lucro muito superior àquele descrito nos autos, frise-se.

Não se poderia ter como verdadeiras as declarações do empregador, que pelo período de seis meses, **TODOS OS DIAS TINHAM A PRESTAÇÃO DA INFORMAÇÕES SOBRE TODAS AS OPERAÇÕES REALIZADAS**. Um profissional de mercado, experiente, jamais deixaria de perceber se algo estivesse em desacordo com o que determinara.

Portanto, não havendo qualquer manifestação em contrário, restou por certo que a conduta da Acusada, diferentemente do que tenta fazer crer a acusação, não cometeu qualquer infração a esse dispositivo, pois, repita-se, esta, estava sob ordens, agindo em nome e por conta do seu empregador e da Futura, não podendo, portanto, ser-lhe imputa qualquer infração; do contrário, estar-se-ia diante da presunção de culpa.

De outra banda, não há que se falar em infração ao item 5.10.3, pois para tanto, inexistem nos autos quaisquer das condutas narradas. Não havendo, pois, falar na utilização de determinado benefício que deva em razão de ofício conhecer.

Do mesmo modo, não há se falar em omissão na proteção de direitos da Corretora ou de [REDACTED] ou deixar de promover o interesse deles na conduta descrita na peça acusatória.

Ainda, adquirir para revender títulos que sabe interessar a [REDACTED] ou a Futura. Nada disso!!!



Ora, conforme restou demonstrado, todas as operações foram realizadas por determinação e inteira ciência de J. [REDACTED] que tudo sabia e era o verdadeiro beneficiário. Tanto é verdade que, a demissão da acusada somente se deu em virtude de aconselhamento do departamento Jurídico e não por convicção ou interesse dele.

Do mesmo modo, não há se falar em omissão na proteção de direitos da Corretora ou de [REDACTED] ou deixar de promover o interesse deles na conduta descrita na peça acusatória.

Ainda, adquirir para revender títulos que sabe interessar a [REDACTED] ou a Futura. Nada disso!!!

Ora, conforme restou demonstrado todas as operações foram realizadas por determinação de [REDACTED] que tudo sabia e era o verdadeiro beneficiário. Tanto é verdade que, a demissão da acusada somente se deu em virtude de aconselhamento do departamento Jurídico e não por convicção ou interesse dele.

Do mesmo modo não há que se falar em infração a ICVM 08/79, inciso I e II, alínea "a", senão vejamos:

Conforme se verifica no Termo da Acusação, em tese, a Acusada teria realizado operações de compra ou venda pela Coinvalores e venda ou compra pela Intra.

Contudo, conforme se pode observar, as operações não eram fechadas, tomando-se por base preços contrários à lógica do mercado e muito menos as operações se davam de forma a não permitir interferências pelos demais participantes. Não se tratanto, pois, de operações entabuladas unicamente entre as contrapartes (troca de ficha).

Muito pelo contrário, conforme se depreende do Termo de Acusação, a Acusada, transmitia ordem de compra ou venda para o operador da Intra que, em atendimento às características da "ordem", a registrava no sistema de negociação da Bolsa, aberta para o mercado.

Portanto, não há nos autós nada que comprove ou permita, sequer, deduzir que as operações foram realizadas com a criação de falsa demanda de oferta ou preço, pois, não se registrou, apenas, a realização de um negócio.

Na verdade, repita-se, ordens eram inseridas no sistema de negociação disponibilizado pela Bolsa e, que, sujeitava o fechamento por qualquer outro participante. Portanto, todas as ordens eram ofertadas para todos os participantes, que, poderiam, vender ou comprar.



Assim, estando as ordens ofertadas ao mercado, não há falar em falsa criação de demanda e preço; manipulação de preço ou realização de operações fraudulentas, pois as ordens não estavam submetidas à exclusiva sujeição da Acusada.

Como se vê, não há se falar em infração a qualquer dispositivo em decorrência das operações realizadas, pois, ante a existência de ofertas que permitiam a interferência de todos os participantes do mercado, não se vislumbra nenhuma das condutas descritas na norma.

Do mesmo modo fica afastada qualquer tentativa ou entendimento de modo a permitir concluir-se pela existência de práticas não equitativas, devendo, pois, tal conduta ser analisada sobre a ótica dos males que teriam sido causados.

Verdadeiramente, não há se falar, também, na existência de culpa de qualquer natureza à imputar a Acusada, ante a mais absoluta e clara inexistência de culpa.

No mesmo sentido, é o que se verifica quanto à formação artificial de preço, inexistindo, neste caso, a infração de qualquer dispositivo legal senão a existência exclusiva no imaginário do acusador.

Ora, para a condição de infringência quanto à formação artificial de preço, deveria, a peça acusatória apontar os artigos de lei ofendidos, pois a mera presunção obrigaria o seu afastamento.

Com maior razão ainda quando se verifica o que estaria a norma a tutelar, o que, para tanto, o distanciamento daquilo que se busca na acusação, pois tal como registra, os percentuais estariam, exatamente, na medida em que limita a própria Norma.

Isto, é o que se verifica nas disposições insculpidas na Instrução CVM 168, cujos fatos, a serem sustentados, não encontram nela, qualquer ofensa ao que ali está disposto.

Como se vê, não se demonstrou em qualquer das passagens constantes na acusação qualquer dispositivo violado, senão, repita-se, aqueles que, em tese poderia ser aplicados, mas em caso de os fatos terem se dado da forma como se entendeu, ANTES DA MANIFESTAÇÃO DA ACUSADA, que, agora, após seus esclarecimentos, denota-se não serem aplicáveis.

Do mesmo modo, falta a acusação, a pormenorização da descrição dos fatos, que, deverão, de qualquer modo, estar em consonância com a vontade de acusar por parte de quem seria, conforme a acusação, a vítima das manobras ora imputadas como ilegais.

E tal não ocorreu. Mas, para que se pudesse, também, sustentar a acusação, deveria, ela, observar quanto às necessidades da implicação dos fatos à realidade fática.



Primeiro, por não se poder ignorar a condição de hipossuficiência da Acusada, que estava todo o tempo submetida às ordens do seu empregador/patrão e de cuja sobrevivência dependia o cumprimento dos interesses dele e da Futura.

Segundo, pelo fato de que as responsabilidades pelas operações tidas por irregulares tem, na sua essência, as responsabilidades imposta no desenvolvimento de sua atividade fim.

Terceiro, porque inexistente nos autos qualquer acusação por parte daquele que teria sido vítima dos atos descritos na peça acusatória.

Desse modo, repita-se, por absoluta falta de sustentação, por tratar-se de uma simples presunção, e por faltar-lhe provas hábeis, impõe-se a impossibilidade de ser utilizadas como indutor de culpa, concluindo-se, por necessária, à absolvição da Recorrente.

Ou seja, tendo-se em vista que a condenação imputada a Acusada decorre de supostas práticas não equitativas, o pacífico entendimento da CVM, por exemplo, assim não autoriza, pois lhe faltaria a prova necessária de que a apontada vítima estaria em situação de desequilíbrio, inclusive, pelo fato de que teriam sido induzidos e mantidos em erro.

Por outro lado, não se sustenta a tese adotada também pelo fato de contrariar o pacífico entendimento no que tange ao induzimento a erro, cuja análise extensiva poderia, até mesmo, servir como indícios das práticas não equitativas. No entanto, conforme acima, esse entendimento também está pacificado no sentido de que a falta de manifestação da parte prejudicada obstaculiza essa conclusão e orienta pela inexistência da presunção de ilicitude do fato imputado.

Como se vê, as teses sustentadas na peça acusatória, e recepcionadas no Processo, não estariam em conformidade com o pacífico entendimento desta Entidade, do Direito e da CVM, uma vez que o induzimento a erro dependeria de manifestação contrária da parte, e tal não ocorreu.

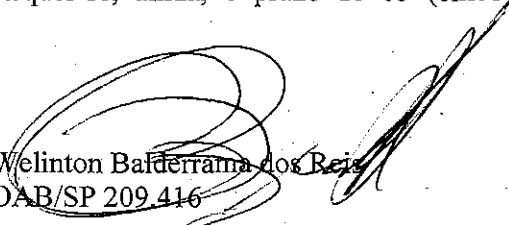
Nesse sentido, outra não pode ser a conclusão, senão a absolvição, pois inexistente nos autos qualquer manifestação no sentido de que estariam a proclamar de forma diversa daquelas operações realizadas, posto que a idealização das ordens e a identificação dos comitentes tinham como origem, a determinação através de pessoa que possuía sobre a Acusada o poder hierárquico.

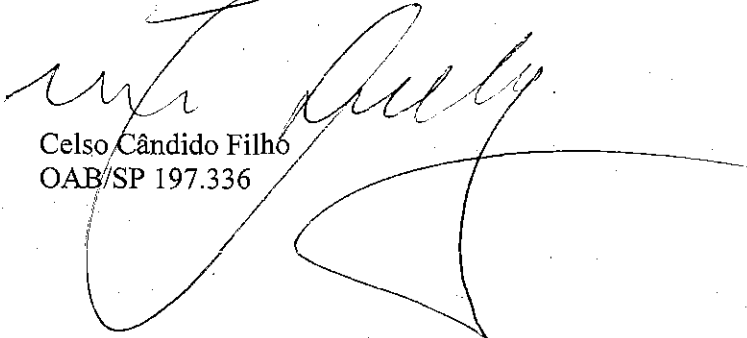
Posto isso, à luz dos esclarecimentos acima, requer-se a V. Sas., seja a Acusada, uma vez que agiu em obediência e premida pelas ordens de seu empregador/patrão, absolvida das acusações insertas no Termo de Acusação e no Parecer da Gerência de Acompanhamento de Mercado, ou, se outro for o entendimento de V. Sas., em homenagem ao princípio de equidade, sejam os demais envolvidos responsabilizados pelos fatos ocorridos.



Por oportuno, requer-se seja concedida à Acusada, a oportunidade de formalizar, perante esta Entidade Fiscalizadora, o Termo de Compromisso, nos termos do regulamento pertinente, não implicado nisso qualquer concordância ou confissão de culpa..

Requer-se, ainda, o prazo de 05 (cinco) dias para juntada da respectiva procuração.


Welinton Balderrama dos Reis
OAB/SP 209.416


Celso Cândido Filho
OAB/SP 197.336