

BSM - 1542/2015

Welinton Balderrama dos Reis
Celso Cândido Filho
Advogado



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO PLENO DO CONSELHO DE SUPERVISÃO DA BSM - BM&FBOVESPA SUPERREVISÃO DE MERCADOS

Processo Administrativo nº 15/2013

SILMARA APARECIDA LEÃO, já devidamente qualificada nos autos do procedimento administrativo em epígrafe, que lhe move a **BSM - BM&FBOVESPA Supervisão de Mercados**, com fundamento nos artigos 38/39, do Regulamento Processual da BSM, vem, por intermédio do presente **RECURSO** com **PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO**, expor e requerer o quanto segue;

DAS RAZÕES DO PRESENTE RECURSO

Preliminarmente

1. Consta do Julgado:

"14. Por fim, vale mencionar, em relação à alegação da Defendente de que a BSM teria desconsiderado a conduta dos demais envolvidos nas operações aqui discutidas (fls. 49), que o presente Processo foi instaurado para apurar exclusivamente a responsabilidade da Sra. Silmara na execução dos day trades em análise, independentemente da participação, qualquer que seja, dos demais envolvidos nesses fatos. Ou seja, o presente voto analisou exclusivamente a consulta da Sra. Silmara, a qual, pelas razões anteriormente expostas, não tem a sua irregularidade afastada por qualquer eventual atuação de terceiros relacionados aos fatos."

2. Nos termos do Regulamento da BSM, e tendo-se em vista a decisão exarada quando do julgamento do Processo Administrativo acima referenciado, não se pode concordar, uma vez que, *data venia*, não fora observada a realidade dos fatos.

16:44 01/07/2015 016250 BSM/DAR

15:45 01/07/2015 001801 BR&F BOVESPA

3. A propósito, os fatos foram alterados de modo a imputar a culpabilidade exclusivamente à Recorrente, como admite o Relator.
4. Isto porque, independentemente da conclusão a que se chegará, não se poderá dizer que houve a devida justiça no julgamento, posto que não foram, sequer, considerados quaisquer dos argumentos trazidos à análise no decorrer do Processo pelos Conselheiros Julgadores.
5. Tem-se por certa, diante dos fatos, a absoluta falta de equilíbrio da decisão prolatada por não ter levado em conta a participação de cada um dos envolvidos, e, assim, a culpabilidade e a aplicação das respectivas penalidades nos limites da participação de cada um.
6. Nota-se, Nobres Julgadores, que a parcialidade do julgado é percebida na medida em que uma simples declaração da Coinvalores, corretora responsável pelas operações, foi o suficiente para isentá-la de qualquer participação e, portanto, de qualquer culpabilidade.
7. Ressalte-se, e isso impõe ao Julgador, também, considerar a aplicação da penalidade à Coinvalores, pois, fora ela quem criou o ambiente propício para a ocorrência dos fatos tidos por indesejáveis, merecendo, pois, caso entendido ter havido qualquer irregularidade na realização das operações, a penalidade proporcional à sua participação.
8. Da mesma forma, não se observa qualquer medida ou desaprovação da conduta do Sr. [REDACTED] Diretor e titular da Instituição e a quem cabia ditar as diretrizes das operações realizadas pela Recorrente.
9. Do mesmo modo, não se vê qualquer ressalva quanto à conduta da Futura DTVM, Instituição da qual a Recorrente era funcionária e estava sob as ordens direta do seu Diretor e titular, quanto à falta de diligência ao permitir a realização de tais operações.
10. Nesse ponto, cabe aqui uma observação quanto à competência da BSM apreciar e julgar atos praticados por uma Distribuidora de Valores, posto que, os fatos se deram em ambiente da Futura Distribuidora e a Recorrente era funcionária dela.
11. De qualquer modo, cumpre ressaltar que todas as operações realizadas pela Recorrente, se deram dentro dos limites definidos pelas Autoridades de Mercado, observados todos os parâmetros e realizadas a preço de mercado.
12. Portanto, se culpa houve e deve ser imputada a Silmara, por igual, na medida da participação de seus agentes, deve, também, ser imputada a mesma culpabilidade à Coinvalores, à Futura e ao Diretor [REDACTED]

13. Vale lembrar que, nos termos da legislação aplicável à espécie, deve a Coinvalores responder pelos atos praticados pelos seus prepostos. Contudo, ante a parcialidade do Julgado, nada nesse sentido, por conseguinte, fora observado.
14. Antes, verifica-se um esforço descomunal para ignorar a realidade dos fatos de modo, isto sim, a proteger e afastar a responsabilidade da Coinvalores, corretora submetida à competência de fiscalização e penalização por parte da BSM.
15. Por igual, à Futura DTVM, tal como à Coinvalores, culpa alguma lhe fora imputada, fazendo transparecer que, sequer, teria havido a participação dela, quer como contratante da Recorrente, quer por ser responsável direta pelos atos de seus prepostos.

DO MÉRITO

16. Com o escopo de informar V. Sa., Ilustre Relator deste Recurso, cumpre, antes de adentrar-se ao mérito, suscitar, em breve síntese, os fatos que ensejaram a imposição de elevadíssima multa à Recorrente, não obstante sua humilde condição de funcionária e subordinada ao Diretor da Instituição Financeira onde trabalhava, e que não ostenta qualquer possibilidade de honrar destemperada condenação no valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), cujas informações sobre as atividades que exercia consta nos autos deste Procedimento Administrativo.
17. Tais condições, forçosamente, conduzem à conclusão de que a BSM, por intermédio de seus Conselheiros Julgadores, *data venia*, não utilizam critérios razoáveis para aplicação das penalidades previstas na norma, uma vez que a narração dos fatos no Termo de Acusação, demonstram com clareza uma situação que não condiz com a pena aplicada, sem observar, por exemplo, e mais uma vez com todas as *vênias*, os princípios da equidade e isonomia.
18. Vale lembrar, todavia, que a Recorrente trabalhava na Nova Futura DTVM Ltda., e fora acusada de realizar operações, por intermédio das Corretoras Intra e Coinvalores, naquela em nome da Sra. [REDACTED] sua mãe, no período de 30/01 a 29/06/2009 (cinco meses), cujas operações importaram em prejuízos à carteira do Sr. [REDACTED] Diretor da Nova Futura, no valor total de R\$ 30.193,40 (trinta mil, cento e noventa e três reais e quarenta centavos).
19. Sobre o Termo de Acusação a Recorrente se manifestou, esclarecendo as razões que a levaram a realizar as indigitadas operações, quais sejam, a remuneração acertada pelo seu contratante, Sr. J. [REDACTED] Diretor da Futura DTVM, bem como a forma como ela seria efetuada e auferida.

20. Não obstante os esclarecimentos prestados em defesa e a disposição de assinar Termo de Compromisso em valor compatível com suas possibilidades, os fatos, no entendimento da Turma Julgadora, culminaram com a imposição de multa absolutamente impossível de ser cumprida por uma ex funcionária de uma Distribuidora, fundada no descumprimento das previsões normativas previstas na Instrução CVM 8/79, inciso I e II, *alínea "a"* c.c. item 5.10.3, *alínea "e"* e 5.10.3, *alínea "a"* c.c. item 23.5.2, do Regulamento de Operações Bovespa.
21. À luz dos fatos, Ilustre Relator, denota-se, claramente, que a Recorrente, sem o pleno conhecimento e autorização do Diretor [REDACTED] jamais poderia realizar as aludidas operações sem ser, facilmente, constatadas.
22. Cabe ressaltar que foram reiteradamente esclarecidas as razões que levaram a Recorrente a realizar as operações *day trades*, idealizadas, autorizadas e comandadas pelo referido Diretor, a quem aquela estava diretamente subordinada, quais sejam, o complemento da remuneração mensal acertada entre ambos.
23. E isso fica absolutamente claro ao cotejar-se o total das 2.359 (duas mil, trezentas e cinqüenta e nove) operações realizadas pela Recorrente no período de 30/01 a 29/06/2009 com, apenas, 43 (quarenta e três) de operações *day trades*, realizadas no mesmo período.
24. A conclusão a que se chega não requer nenhum esforço descomunal de raciocínio para aferir-se, em números aproximados, o seguinte:
- a) em cinco meses, considerando-se que cada mês tem 20 (vinte) dias úteis ($5 \times 20 = 100$), tem-se ($2.359 : 100 = 23,59$) o resultado de 23,49 operações por dia;
 - b) considerando-se a mesma proporção para as operações *day trade* ($43 : 100 = 0,43$) tem-se, pois, que não eram realizada sequer uma operação por dia dessa modalidade.
 - c) a Recorrente, nas operações de *day trade* realizadas em todo o período, auferiu, segundo a acusação, o valor de R\$ 30.193,40 (trinta mil, cento e noventa e três reais e quarenta centavos), que, dividido por 5 (cinco) meses, resulta em uma média de R\$ 6.038,68 (seis mil, trinta e oito reais e sessenta e oito centavos). **Justamente o valor combinado com o solerte Diretor.**
25. Ora, se a intenção da Recorrente não fosse realizar somente as operações a que era compelida pelo seu Diretor, em razão do acordo entabulado entre ambos, uma vez que realizou mais de 23 (vinte e três) operações por dia, durante o período em que trabalhou na Nova Futura DTVM, sob as ordens do seu Superior, sem dúvida alguma, a média seria muito superior a esta, por óbvio.

26. Apenas com o escopo de corroborar as afirmações da Recorrente, pede-se *venia* para transcrever-se trecho daquilo que a acusação apurou, ressalvando-se o sentido que o acusador quis dar no Termo de Acusação:

“(vi) atendendo à solicitação de esclarecimentos da corretora Coinvalores, a Nova Futura informou que a Sra. Silmara teria admitido a realização de operações com prejuízos para o Sr. [REDACTED] aproveitando da autorização conferida pelo referido cliente para ‘girar papéis em sua conta’ (fls. 10 e 37/38).”

27. No voto prolatado pelo Relator, vê-se que, para a BSM, a prova de que o Diretor [REDACTED] era mesmo o MANDANTE DAS OPERAÇÕES, deveria ser expressa, documental, com firma reconhecida, etc. Isso porque assevera que “...NÃO FOI COMPROVADO PELA DEFESA...”.

“5. Vale mencionar que a alegada existência de autorização do Sr. [REDACTED] para que a Sra. Silmara realizasse as operações em tela, o que não foi comprovado pela Defesa, não interfere no resultado do presente Processo. (...)

6. Além disso, conforme exposto no Parecer da Superintendência Jurídica, a alegação da Defendente, também não comprovada, de que estava apenas cumprindo ordens de seu empregador também não pode ser utilizada como causa para afastar a irregularidade da conduta por ela adotada. (...)”

28. A propósito, cabe um questionamento: Por acaso, FORA O SR. [REDACTED] QUEM APRESENTOU RECLAMAÇÃO CONTRA A RECORRENTE PERANTE À BSM???

29. Vale lembrar que a Recorrente, logo que fora comunicada da inadequação das indigitadas operações, decidiu abandonar o Mercado Financeiro, compelida, principalmente, pela atitude covarde do seu Diretor que preferiu deixá-la à míngua e das Instituições que participaram das operações. Pois, inegavelmente, todos se beneficiaram, mas, por motivos desconhecidos e que resvalam no mais absoluto absurdo, a BSM se insurge somente em face da parte mais fraca, e que estava, o tempo todo, sob ordens de seu superior.

30. A atitude constrangedora adotada pela BSM nesse caso, *data venia*, somente reforça a certeza de que em suas decisões não observa, entre outros, o princípio da imparcialidade do julgador, impondo, não à luz da legalidade e dos mandamentos normativos pertinentes, mas ao seu exclusivo critério, penalidades em inteiro desacordo com os fatos, as provas e as previsões legais e normativas.

31. Ressalte-se que, no presente caso, não obstante as evidências de que a Recorrente jamais poderia agir sozinha, sem o conhecimento e autorização do seu Diretor, mormente porque este tinha plena ciência do seu saldo em conta corrente, da sua carteira de ações, Aviso de Negociações com Ações - ANA, e demais informações, mesmo porque essas informações são disponibilizadas *on line*, e, a menos que tivesse intransponíveis dificuldades para tanto, o que nem se pode cogitar, NÃO PODERIA ALEGAR DESCONHECIMENTO, a BSM, à toda evidência, elegeu, fundada em suas próprias razões, a quem processar e punir.

32. Nota-se que parte das penalidades aplicadas por esta Instituição são fundadas na presunção do "risco de infringência" a determinada previsão normativa ou legal pelo Participante, como é o caso das normas previstas no PQQ, Regulamento de Operações Bovespa, Lei 7492/86, Lei 6385/76, Instruções CVM, etc., mesmo que NÃO RESULTE NA PRÁTICA EFETIVA DO ATO PUNÍVEL, TIPIFICADO NA NORMA.

33. E isso fica bem claro no voto do E. Relator, cujo trecho pertinente à assertiva acima, consta:

"2. A propósito, vale mencionar que, de acordo com o entendimento mais recente da CVM, com o qual concordo, para ficar caracterizado o ilícito previsto no item "a" do inciso II da Instrução CVM nº 8/79, basta que as operações sejam realizadas de forma artificial e para fins diversos daqueles normalmente esperados, não sendo necessário comprovar que elas efetivamente acarretaram mudança na cotação ou no volume negociado com determinado papel, conforme trecho abaixo:" (g.n.)

34. Ou seja, dentro dessa premissa absolutamente subjetiva, qualquer coisa poderá ser caracterizada ilícita, ao sabor da vontade do julgador e em total detrimento do exânime acusado.

35. Todavia, no presente caso a mesma presunção não fora observada, pois, não obstante a mais clara evidência de culpa do indigitado Diretor, quem, de fato, MANDAVA que as operações fossem realizadas da forma como constatadas, bem como as Instituições indicadas e realizadoras das operações, estão sendo processados nestes autos.

36. É, de fato, além de ilegal pelo abuso de direito, constrangedora essa atitude do Órgão Julgador!

Alteração no preço e na quantidade das ações

37. Aduz a acusação que as operações realizadas pela Recorrente causaram alteração no preço e na quantidade dos ativos negociados, sem, contudo, demonstrar tais fatos.

38. Cumpre mencionar para ocorrer alteração no preço e na quantidade, basta que o ativo seja negociado com diferença de **R\$ 0,01** (um centavo) do preço do último negócio realizado e que a quantidade, também, não seja a mesma. Portanto, a subjetividade desta conclusão é inafastável.

39. Frise-se, ainda, que as operações são efetuadas por intermédio de sistemas eletrônicos, programados e aptos a identificarem as supostas distorções alegadas pela acusação. E caso isso fosse sustentável, o próprio sistema indicaria o fato e que tal operação deveria ser suspensa e submetida a leilão (ICVM 168/91), por exemplo. Se isso não aconteceu é porque a operação fora realizada dentro dos parâmetros de Mercado; **ou, então, os sistemas operacionais da Bolsa são falhos e imperfeitos para o fim a que se destinam.**

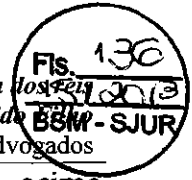
40. Vê-se que esta alegação visa à aplicação da Instrução CVM 8/79, que, por sua vez, traz em seu texto campo fértil para as mais diversas interpretações. Sendo que, nas mãos de insensatos aplicadores da norma torna-se poderosa arma que, pelo que se vê, somente por intermédio do Poder Judiciário se poderá buscar-se a justiça de sua aplicação.

DO DIREITO

41. Cabe mencionar que a Recorrente nunca teve seu nome ligado a qualquer infração das normas que regulam o Mercado de Capitais, sendo, pois, os fatos narrados no Termo de Acusação os únicos que tiveram a sua participação, por delegação de seu Superior hierárquico, diga-se.

42. Em face disso, uma vez que a conduta fora determinada por ordem superior, e isso resta cristalino por qualquer ângulo que se observe, considerando-se os seus bons antecedentes e sua primariedade, a pena aplicável não poderia superar uma ADVERTÊNCIA, e, em caso de reincidência, a multa, na forma que estabelece o artigo 11, da Lei 6385/79 e artigo 30, do Estatuto da BSM.

43. Todavia, em face dos fatos descritos, decidiu-se pela imposição, de plano, da pena de multa no valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), cujo cumprimento é impossível por uma ex funcionária de uma Distribuidora que não tem quaisquer condições financeiras para tanto, fundamentada nos **itens I e II, alínea "a", da Instrução CVM nº 8/79, combinado com o item 5.10.3, alínea "e", do Regulamento de Operações do Segmento Bovespa, e com fulcro no item 5.10.3, alínea "a", combinado com o item 23.5.2, ambos do Regulamento de Operações do Seguimento Bovespa, pela pena de advertência.**



44. Desnecessário transcrever-se, na íntegra, as previsões normativas acima indicadas, mas com o escopo de demonstrar a impertinência da aplicação da severa pena pecuniária à Recorrente, considerando-se suas condições financeiras, pede-se *venia* para aludir-se, apenas, aquelas que ao presente caso são indispensáveis:

“ICVM 8/79

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 equitativas.

II - Para 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 provocaram, direta ou indiretamente, alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários”;

45. A discutível constitucionalidade da Instrução acima mencionada destaca-se da imprecisão das definições de suas previsões, deixando ao intérprete a subjetividade de sua incidência.

46. Por sua vez, os fundamentos que embasaram a aplicação da multa à Recorrente, não permitem dúvidas de que prevêm a pena de ADVERTÊNCIA antes da cominação de pena pecuniária, que, aliás, no item 24.1.4, do Regulamento de Operações do Segmento Bovespa, prevê:

“24.1.4 As multas poderão ser relevadas, pela Bolsa, mediante pedido formal do infrator. É condição indispensável para o deferimento do pedido, que nos 60 (sessenta) dias anteriores, não tenha o infrator, sido penalizado pela mesma falta”. (g.n.)

47. Vale reportar-se, ainda, à previsão contida no artigo 11, § 9º, da Lei 6385/76, que prevê:

“Art . 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades:

I - advertência;

*II - multa;
(...)*

N

§ 9º Serão considerados, na aplicação de penalidades previstas na lei, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer pessoa, espontaneamente, confessar ilícito ou prestar informações relativas à sua materialidade”.

48. Por outro lado, verifica-se que a imposição de multa tão gravosa, que compromete a própria vida da Recorrente, haja vista que na possui nem pequena parte daquilo a que fora condenada a pagar, pois não é a dona da Instituição, não auferiu recursos suficientes para pagar, apenas complementação da remuneração prometida pelo Diretor que a contratou, fere, de morte, entre outros, o princípio da legalidade, consignado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II, que reza:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

49. Os E. Professores Gilberto de Ulhôa Canto e Fábio de Souza Coutinho, ensinam:

“O princípio da legalidade não é restrito ao direito tributário. Prevalece também em outros ramos do direito, prescrevendo que certas normas - pela onerosidade que os efeitos de sua aplicação causam às pessoas, à sua liberdade ou ao seu patrimônio - devem, necessariamente, constar de lei” (grifos nossos).

(Caderno de Pesquisas Tributárias nº 6, Ed. CEEU/Resenha Tributária, O princípio da legalidade, pg. 289).

Do afastamento dos demais responsáveis

50. Considerando-se a responsabilidade do empregador pelos atos de seus prepostos, principalmente neste caso em que o Diretor Responsável era também aquele que disponibilizou sua carteira para a Recorrente operar, não há compreender a pertinência de seu afastamento do polo passivo.

51. Da mesma forma, a mesma benevolência com a Corretora Coinvalores, a quem cabia a realização das operações em nome de [REDACTED] cujo preposto, conforme consta nos autos, mantinha contatos diretamente com a Recorrente para efetuarem as operações tidas por ilícitas. Este fato demonstra que há uma indevida e inexplicável proteção justamente das partes que deveriam ser responsabilizadas em primeiro plano.

52. Verifica-se, pois, que houve clara inobservância aos princípios da proporcionalidade, isonomia e equidade, que dão sustentabilidade em todos os ramos do direito na elaboração e aplicação da lei, e que fere, de morte, a legalidade deste Procedimento Administrativo, posto que preteriu na apuração das respectivas responsabilidades, justamente aqueles que deveriam figurar como principais agentes.

53. Vale destacar que o **princípio da proporcionalidade** visa à aplicação da lei, sem excessos, mas com base na justiça, equidade, prudência. E como princípio geral de direito que é, serve de instrumento de interpretação para todo o ordenamento jurídico, impondo, pois, a interpretação e aplicação da lei ao bom senso.

54. Por sua vez, o **princípio da isonomia**, consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, não poderá ser desprezado pelo legislador e, tampouco, pelo aplicador do direito; antes, deve ser observado e respeitado por todos, sob pena de negar sua vigência, impondo aos cidadãos tratamentos desiguais.

55. O **princípio da equidade** estabelece a aplicação justa do direito, observando-se os critérios de igualdade e justiça. Esse princípio veda a aplicação da lei de forma destemperada e que venha a prejudicar o indivíduo, uma vez que a interpretação e aplicação da lei deverá buscar, sempre, a justiça.

56. Assim, o que tais princípios vedam são as determinações e as discriminações arbitrárias que poderão ser intentadas tanto pelo legislador quanto pelo intérprete e aplicador da lei.

57. Em face disso, não há negar que a proteção dada pelo mesmo Órgão Julgador aos demais envolvidos nos fatos elencados nos autos, fere todos os princípios acima mencionados, sem prejuízo dos demais princípios que regem todos os processos administrativos e judiciais, quais sejam, imparcialidade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, etc.

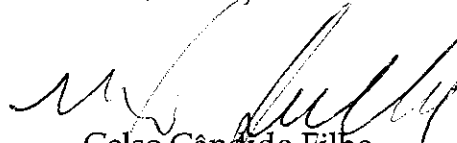
DO PEDIDO

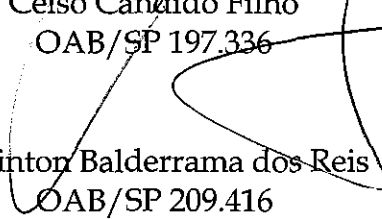
58. Posto isso, requer-se a V. Sa., E. Relator deste Recurso, seja este recebido e a ele dado provimento para que seja reconhecida a culpa exclusiva do Diretor da Futura DTVM - Sr. [REDACTED] - e, por conseguinte, afastada a condenação da Recorrente ao pagamento da multa aplicada, haja vista que, também, extremamente elevada para as suas condições financeiras, e que compromete inteiramente a sua própria vida, com o conseqüente arquivamento deste Processo Administrativo em relação a ela.

59. Se outro for o entendimento de V. Sa., o que se tem apenas por hipótese, seja a aludida multa adequada às suas possibilidades financeiras, considerando-se o valor ofertado para o Termo de Compromisso, uma vez que era apenas uma funcionária do Sr. [REDACTED] que não mais atua no Mercado Financeiro e não possui qualquer condição de pagar tal valor.

60. Requer-se, ainda, sob pena de ferir-se, de morte, todos os princípios de direito acima mencionados, a responsabilização, na medida de suas participações, do demais envolvidos, mormente no tocante ao Sr. [REDACTED]

Nestes Termos,
Pede Deferimento.
São Paulo, 30 de junho de 2015.


Celso Cândido Filho
OAB/SP 197.336


Welinton Balderrama dos Reis
OAB/SP 209.416