

BSM-0292/2016



**AO ILMO. DIRETOR DE AUTORREGULAÇÃO DA BM&BOVESPA
SUPERVISÃO DE MERCADOS – BSM**

Rua XV de Novembro, nº 275, 8º andar
São Paulo/SP – CEP 01013-001

14.32 16/02/2016 020554 BSM/DNR

Processo Administrativo Ordinário nº 29/2015

ANDRÉ GUSTAVO RICARTE, brasileiro, solteiro, operador de pregão, portador da Cédula de Identidade nº [REDACTED] e inscrito no CPF sob o nº [REDACTED], residente e domiciliado na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua [REDACTED], nº [REDACTED], apto. [REDACTED], CEP [REDACTED] (“Defendente”), vem respeitosamente perante V.Sa., com fulcro no artigo 3º do Regulamento Processual da BM&FBOVESPA Supervisão de Mercados – BSM, apresentar sua

DEFESA

em atendimento ao Ofício OF/BSM/SJUR/PAD-0029/2016 (“Ofício”), emitido pela **BM&FBOVESPA SUPERVISÃO DE MERCADOS – BSM** (“BSM”) nos autos do processo em epígrafe, nos termos adiante aduzidos:

13.42 16/02/2016 005322 0001 BSM/DA 14.32 16/02/2016 020554 BSM/DNR

I – DA TEMPESTIVIDADE

O Defendente recebeu o Ofício na data de 18 de janeiro de 2016, por meio do qual lhe foi assinado o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de sua defesa, em conformidade com o artigo 3º do Regulamento Processual da BSM.

Considerando que o prazo final de apresentação da defesa será o dia 17 de fevereiro de 2016, tem-se que a apresentação da presente Defesa é tempestiva.

II – DAS ALEGAÇÕES DA BSM

A BSM aduz em seu Ofício, suportado por Termo de Acusação emitido com base no Parecer da Superintendência de Acompanhamento de Mercado da BSM nº 005/2015 (“Parecer”), que o Defendente teria realizado operações simuladas consistentes em negócios diretos intencionais com Contratos Futuros de Taxa de Câmbio de Reais por Dólar Comercial intermediados pela Corretora Guide Investimentos S.A. CV (“Corretora”), no pregão de 28 de novembro de 2014, para dissimular a transferência de recursos no valor total de R\$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais) entre o Banco [REDACTED] S.A. (“Banco [REDACTED]”) e a sua subsidiária [REDACTED] Ltda. (“[REDACTED]”).

Como informado à BSM pela Corretora, estas operações teriam ocorrido com o propósito de corrigir erro operacional ocorrido no pregão de 27 de novembro de 2014, referente à estratégia envolvendo certos Contratos Futuros de Café Arábica (ICFH15 e ICFZ14) e Contratos Futuros de Taxa de Câmbio de Reais por Dólar Comercial (DOLZ14), consistente na diferença de 40 contratos de DOLZ14, o que teria acarretado posição comprada favorável de USD 2.000.000,00 para o Banco [REDACTED] e vendida desfavorável para a [REDACTED], com ganhos do Banco [REDACTED] perante a [REDACTED].

Detectado o erro pelo cliente, o Defendente foi contatado e requerido, no pregão de 28 de novembro de 2014, a efetuar o ajuste referente à diferença identificada por meio da venda pelo Banco [REDACTED] ao mercado de 35 contratos de DOLF15, com vencimento em janeiro de 2015, ao preço de R\$ 2.569,00, e da compra pela [REDACTED] do mercado de 40 contratos de DOLZ14, com vencimento em dezembro de 2014, ao preço de R\$ 2.549,00.

Em complemento, com o propósito de efetivar-se a compensação financeira entre as partes a fim de eliminar o ganho indevido de R\$ 78.000,00 em favor do Banco [REDACTED], foi realizada compra e venda entre o Banco [REDACTED] e a [REDACTED] de 260 contratos DOLF15, com perda de R\$ 78.000,00 para o Banco [REDACTED] e ganho do mesmo valor para a [REDACTED].

A BSM alega, com suporte no registro telefônico entre o Defendente e o transmissor das ordens, que o Defendente teria definido a estratégia das transações para efetivar a operação simulada e fugir de interferências do mercado, criando condições artificiais no mercado de valores mobiliários, em violação à alínea "a" do item II da Instrução CVM nº 8/79¹ e ao inciso II do § 1º do artigo 167 do Código Civil.²

Para este fim, já teriam sido previamente definidos o comprador, o vendedor, a quantidade negociada e o spread das transações, não caracterizando-se uma operação regular do mercado. Em complemento, segundo a BSM, os elementos do *day trade*, tais como o seu registro na forma de negócios diretos intencionais para evitar a interferência de mercado, o lapso temporal de poucos segundos

¹ "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 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."

² "Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: (...) II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira."

✍

entre a abertura e o fechamento do *day trade*, e o fato de a mesma pessoa transmitir as ordens das duas partes envolvidas, realizadas pelo mesmo operador, também comprovariam que o resultado da operação teria sido previamente combinado.

Fis. 31
29/15
BSM - SJUP

No tocante à conduta do Defendente, a BSM alega que ele teria escolhido a estratégia adotada para realizar a transferência de recursos do Banco [REDACTED] para a [REDACTED], definindo o vencimento dos contratos e calculando a quantidade necessária para evitar o leilão e chegar ao valor da compensação financeira estipulada pelo transmissor das ordens.

Diante dos fatos acima descritos, são a seguir expostas as razões pelas quais nenhuma penalidade deveria ser aplicada pela BSM ao Defendente.

III – DAS RAZÕES DO DEFENDENTE

(i) Aplicação anterior de penalidade ao Defendente pela Corretora

Em primeiro lugar, deve ser informado que o Defendente já foi punido pela Corretora, o que leva, de pronto, à perda do objeto do presente Processo Administrativo.

Neste contexto, como informado pela Corretora à BSM por meio de sua manifestação datada de 23 de fevereiro de 2015, é revelado ao final do item 1 do documento que o operador já foi verbalmente advertido pela Corretora. Assim, conforme formalizado pela Corretora perante este órgão regulador, o Defendente já foi submetido a grave penalidade consistente na reprimenda por seus superiores.

De acordo com o artigo 35 do Regulamento Processual, o Diretor de Autorregulação deve levar em conta no julgamento, além dos efeitos imediatos

[Handwritten mark]

da decisão sobre as partes, importantes efeitos gerais, “especialmente quanto ao aspecto educacional, ao aprimoramento da conduta do acusado e à credibilidade do mercado”.

Ora, havendo sido o Defendente punido por seus superiores, certamente tornou-se ciente dos padrões de sua atuação profissional perante a Corretora e o mercado. Deste modo, o efeito educacional priorizado pela legislação procedimental da BSM teria sido atingido mediante a penalidade aplicada pela própria Corretora.

O artigo 53 do Regulamento Processual da BSM estabelece que as penalidades passíveis de aplicação pela BSM são: (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão, observado o prazo máximo de 90 dias; e (iv) inabilitação temporária, pelo prazo máximo de 10 anos, para o exercício de cargos de administradores, empregados, operadores, prepostos e representantes dos Participantes e de administradores, empregados, prepostos e representantes da BSM e/ou da BM&FBOVESPA. Já o item 5.11.1 do Regulamento de Operações do Segmento Bovespa dispõe que as infrações à legislação sobre mercado de capitais cometidas por operadores os sujeitam às seguintes penalidades: (i) advertência verbal; (ii) advertência por escrito; e (iii) suspensão.

A punição de advertência aplicada pela Corretora consta, como se vê, do rol de punições da BSM, de modo que sua aplicação pela Corretora já configura a utilização de mecanismo legitimamente eleito pelo órgão regulador. Vê-se, portanto, que a penalização do Defendente mais uma vez, desta vez pela BSM, acarretaria a sobreposição de punições pela mesma conduta sobre o Defendente, configurando-se um “bis in idem” que contraria as bases de nosso sistema jurídico.

Assim, conclui-se que, já havendo sido o Defendente punido pela Corretora, nenhuma penalidade deveria a ele ser aplicada pela BSM.

(ii) Ausência de reincidência

Ademais, deve ser ressaltado que o Defendente possui histórico de conduta exemplar e ética como operador de valores mobiliários e nunca foi submetido a qualquer procedimento similar, seja perante a Corretora, a BSM, a Comissão de Valores Mobiliários ou o Poder Judiciário.

Desta forma, a instauração do Procedimento Administrativo em epígrafe constitui a primeira e única manifestação contra o comportamento profissional do Defendente, que sempre se pautou pela lisura e correção em seus atos.

O parágrafo segundo do artigo 53 do Regulamento Processual da BSM claramente elenca a ausência de reincidência como hipótese de atenuação das penalidades passíveis de imposição pelo regulador.

Trata-se, portanto, de mais um fator fundamental para demonstrar o histórico de conduta ética e ilibada do Defendente, de modo a afastar a aplicação de penalidade pela BSM.

(iii) Ausência de intenção de criar condições artificiais no mercado de valores mobiliários

Em linha com os aspectos acima descritos, deve ser salientado que o Defendente nunca teve a intenção de criar condições artificiais no mercado de valores mobiliários.

Neste cenário, depreende-se da transcrição do registro telefônico entre o Defendente e o transmissor das ordens que o único interesse do Defendente consistiu em dar suporte adequado ao cliente, mesmo que no calor do momento,

entre diversas outras transações em andamento, ele não pudesse ter atinado para detalhes da conduta.

Da redação da alínea “a” do item II da Instrução CVM nº 8/79 se vê que a existência do elemento volitivo é essencial para a caracterização da irregularidade, como se verifica do teor do dispositivo legal:

“Para os efeitos desta Instrução conceitua-se como: 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”.

Como dito, o Defendente nunca teve a intenção de causar dano ao mercado e a terceiros. Isso se torna claro pela verificação da transcrição de sua conversa com o transmissor das ordens e pela falta de sistematicidade da conduta mediante o pequeno número de operações realizadas, inclusive em um mesmo dia somente, não havendo qualquer indício de dolo do Defendente com o intuito de causar dano, o que confirma o seu histórico consistente de conduta ética, como detalhado no item antecedente.

Este posicionamento é confirmado por Nelson Eizirik, que assim explana:

“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 negociarem 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."³



Assim, diante da ausência de intenção de criar condições artificiais no mercado de valores mobiliários, deve ser afastada pela BSM a possibilidade de aplicação de qualquer penalidade sobre o Defendente.

(iv) Ausência de dano

Confirmando o fato de que não houve qualquer intenção de causar dano ou prejuízo ao mercado e tampouco às partes envolvidas, deve ser ressaltado que o único objetivo do transmissor das ordens, conforme operacionalizado pelo Defendente, consistiu na mera compensação financeira entre o Banco [REDACTED] e a [REDACTED] a fim de corrigir erro operacional havido em pregão anterior.

Em diversas passagens o Ofício da BSM deixa claro que a compensação financeira de R\$ 78.000,00 era o único propósito visado com as operações atacadas. Ora, uma compensação visa somente equalizar e corrigir discrepâncias de crédito e débito de modo que a relação financeira entre as partes tenha resultado zero, sem buscar ganho para qualquer delas. Deste modo, não há que se falar na existência de dano a qualquer pessoa.

Com efeito, tendo o Banco [REDACTED] indevidamente tido benefício no montante de R\$ 78.000,00 em desfavor da [REDACTED], o que se fez foi somente realizar o ajuste entre as partes, de modo que esta vantagem fosse revertida à [REDACTED] em desfavor do Banco [REDACTED], zerando-se, assim, as variações financeiras entre as partes.

A legislação brasileira exige a existência de dano como condição para que surja hipótese de responsabilização, conforme previsto nos artigos 186⁴ e 927⁵ do

³ Mercado de Capitais e Regime Jurídico. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 530-531.

Código Civil. Não havendo prejuízo, não há que se falar em responsabilidade. Em linha com o acima afirmado, o resultado das transações denota a completa ausência de intenção ou dolo do Defendente em criar condições artificiais no mercado ou em buscar benefício para si ou para qualquer pessoa.

Trata-se, portanto, de mais um elemento apto a afastar qualquer possibilidade de aplicação de penalidade sobre o Defendente.

(v) Falta de materialidade do valor envolvido

Deve ser ainda ressaltado o fato de que o valor envolvido não é material, o que reforça todas as afirmações acima no sentido de inexistir qualquer intenção de criar condições artificiais no mercado de valores mobiliários e de causar dano.

Com efeito, não é factível considerar-se que um ajuste no valor de somente R\$ 78.000,00 seja apto a impactar negativamente o mercado de modo a alterar as condições naturais de formação de preços. Assim, além de todos os elementos acima aduzidos, o baixo valor envolvido na compensação deixa clara a imaterialidade da conduta do Defendente. Milita ainda neste sentido a ausência de sistematicidade das operações, que se deram em reduzido número e no mesmo pregão.

Trata-se, portanto, de mais um motivo suficiente para afastar a aplicação de qualquer penalidade sobre o Defendente.

IV – DA PROPOSTA DE TERMO DE COMPROMISSO

Não obstante todas as razões acima detalhadas, as quais são suficientes para afastar a imposição de qualquer penalidade ao Defendente pela BSM, o

⁴ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁵ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Defendente, com suporte no artigo 37 do Regulamento Processual da BSM, apresenta alternativamente proposta de Termo de Compromisso em razão do preenchimento das condições aplicáveis, na forma do Anexo Único à presente Defesa.

Neste contexto, o Defendente cessou a prática da atividade ou ato considerado infringente, como estabelecido no inciso I do mencionado dispositivo, não havendo incorrido em conduta similar desde que foi cientificado da irregularidade de sua prática pela BSM. Por outro lado, considerando a inexistência de dano, como acima informado, e o fato de que os contratos transacionados já se encontram vencidos há mais de 1 (um) ano, não seria possível corrigir a irregularidade apontada; de todo modo, como informado, o Defendente vem desde então primando para que nenhuma conduta similar seja praticada e, além disso, vem trabalhando de forma proativa, em conjunto com a Corretora, conforme informado pela Superintendência de Acompanhamento de Mercado da BSM no item 16 de seu Parecer, a fim de não adotar condutas ou utilizar procedimentos que possam vir a, direta ou indiretamente, configurar operações de criação de condições artificiais de mercado.

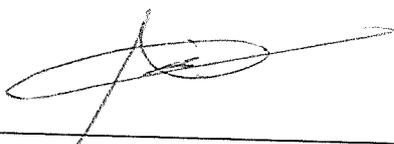
V – DA CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, e em especial (i) a aplicação anterior de penalidade ao Defendente pela Corretora, mediante a punição por advertência de seus superiores, (ii) a ausência de reincidência do Defendente, com a demonstração do seu histórico de conduta ilibada e ética, (iii) a ausência de intenção do Defendente de criar condições artificiais no mercado de valores mobiliários, (iv) a ausência de dano por meio da compensação financeira de valores, e (v) a falta de materialidade do valor envolvido e da sistematicidade da prática, o Defendente requer a esta BSM:

- (i) a não aplicação de qualquer penalidade, em respeito aos propósitos preconizados pelo artigo 35 do Regulamento Processual da BSM;
- (ii) caso, contudo, a BSM venha mesmo assim a entender que seria aplicável a imposição de penalidade sobre o Defendente, que ela seja estipulada na forma de advertência, nos termos do inciso I do artigo 53 do Regulamento Processual; e
- (iii) alternativamente, que a BSM, a seu critério, acolha a proposta de celebração do Termo de Compromisso, em razão do preenchimento das condições regulamentares aplicáveis.

Nestes termos,
Pede deferimento.

São Paulo/SP, 16 de fevereiro de 2016.



André Gustavo Ricarte