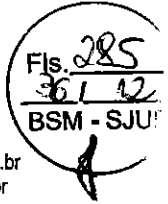


BSM - 1908/2015

J.G. ASSIS DE ALMEIDA & ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

www.aaalaw.com.br



Rio de Janeiro: Av. Rio Branco, 109, 21º andar, RJ, CEP 20.040-004 - tel: +55 21 2242 1077 - fax: +55 21 2252 3117 - rj@aaalaw.com.br
São Paulo: Alameda Lorena, 800, Gr. 1204, SP, CEP 01404-000 - tel: +55 11 3525 7316 - fax: +55 11 3525 7345 - sp@aaalaw.com.br

**EXMOS SRS. CONSELHEIROS DO PLENO DO CONSELHO DE
SUPERVISÃO DA BM&FBOVESPA SUPERVISÃO DE MERCADOS**

Processo Administrativo Ordinário nº 36/2012

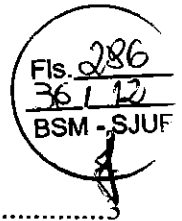
17.44 10/08/2015 016657 BSM/DIR

17.44 10/08/2015 002208 BSM&FBOVESPA

**UM INVESTIMENTOS S.A. CTVM e MARCOS PIZZARRO DE MELLO
OURIVIO**, nos autos do processo administrativo em referência, vêm interpor

RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO

contra a decisão da Turma do Conselho de Supervisão desta BM&FBOVESPA SUPERVISÃO DE MERCADOS (“BSM”) tomada em sessão de julgamento no dia 21 de maio de 2015, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:



SUMÁRIO

I. Tempestividade	3
II. A decisão recorrida não é unânime. É fruto de uma divergência na Turma Julgadora. ...	3
III. A nulidade do Termo de Acusação: A não indicação da sanção a que estariam sujeitos os Acusados.	3
IV. A nulidade ocorrida na sessão do dia 21 de maio: O pré-julgamento anunciado ainda durante a sustentação oral e mediante a interrupção desta.	5
V. A Corretora como “gatekeeper” e seu dever de fiscalizar.	8
VI. O descabimento da condenação do Recorrente Marcos Ourivio pelo simples fato de ter sido Diretor Responsável.	11
VII. A violação do princípio da proporcionalidade na dosimetria das sanções	15

I. Tempestividade

1. No dia 24 de julho, os Recorrentes receberam o ofício OF/BSM/SJUR/PAD-0439/2015 por meio do qual o Diretor de Autorregulação da BSM informou o resultado do julgamento ocorrido no dia 21 de maio.
2. O mesmo ofício também informou aos Recorrentes que, na forma do art. 38 do Regulamento Processual da BSM, eles teriam o prazo de 15 dias para interpor recurso ao Pleno do Conselho de Supervisão da BSM, prazo este contado do dia 24 de julho, sexta-feira, data do recebimento do ofício.
3. Assim, interposto neste dia 10 de agosto, não há dúvidas da tempestividade deste recurso.

II. A decisão recorrida não é unânime. É fruto de uma divergência na Turma Julgadora.

4. Antes de se passar a expor os motivos pelos quais a decisão recorrida deve ser reformada, é importante chamar a atenção desse d. Órgão Pleno para o fato de que o voto do i. Conselheiro Relator não ter sido acompanhado pela unanimidade dos membros julgadores.
5. Com efeito, o Conselheiro Claudio Ness Mauch proferiu voto divergente e absolveu os Recorrentes, conforme fls. 282 do PAD 36/12.

III. A nulidade do Termo de Acusação: A não indicação da sanção a que estariam sujeitos os Acusados.

6. Ao contrário do que afirmou o i. Conselheiro Relator, não basta a um acusado saber apenas os fatos narrados em uma denúncia, mas também as sanções e penas a que estará sujeito por conta destes mesmos fatos.

7. Isto porque, a estratégia de defesa não passa apenas pela negativa de fatos, mas também pela discussão sobre a aplicabilidade de determinadas sanções e a redução de penas.
8. Não fosse assim, inexistiria o instituto da delação premiada, na qual a defesa reconhece os fatos e até adiciona tantos outros, e passa a discutir apenas a pena a ser aplicada.
9. Tampouco está correto o que foi dito pela decisão recorrida no sentido de que as sanções aplicáveis não necessitam estar reproduzidas no Termo de Acusação.
10. Ora, uma das regras do devido processo legal e do direito de defesa é que toda acusação deve indicar, com exatidão, a sanção aplicável.
11. Com efeito, o acusado tem o direito de saber não apenas a infração que cometeu, mas também a sanção (ou as diferentes possíveis sanções) a que está sujeito.
12. Até porque o acusado – ao conhecer qual a sanção (ou a margem dentro da qual será definida a sanção) possível – pode optar por não se defender e, simplesmente, aceitar a sanção.
13. Por outro lado, o conhecimento da sanção possível também determina a estratégia de defesa, pois pode levar o acusado a se defender de uma maneira ou de outra.
14. Não existe denúncia no processo penal na qual não esteja indicada qual a eventual sanção a que esteja exposto o acusado.
15. De igual modo, não existe portaria ou termo de acusação de instauração de processo administrativo disciplinar – inclusive no âmbito da CVM - na qual não seja indicada qual a sanção que poderá ser imposta ao acusado.

16. No entanto, o Termo de Acusação limita-se a indicar as infrações que supostamente os Recorrentes teriam cometido e a descrever os artigos das normas que as capitulam. Em nenhum lugar, o Termo de Acusação indica quais as sanções a que, em tese, estariam expostos os Acusados.
17. Ora, por que razão o processo administrativo disciplinar da BSM não estaria obrigado a respeitar a essencial regra que compõe o conjunto do direito à ampla defesa e ao devido processo legal acima exposta?
18. Não há razão. Na verdade, há nulidade do Termo de Acusação eis que ele, ao capitular determinadas infrações, não indica quais as sanções a que os Recorrentes estariam expostos: ou seja, o Termo de Acusação indica as infrações, mas não indica as sanções possíveis.
19. Em consequência, o Termo de Acusação, a decisão recorrida e este processo são nulos.
- IV. A nulidade ocorrida na sessão do dia 21 de maio: O pré-julgamento anunciado ainda durante a sustentação oral e mediante a interrupção desta.**
20. Como se pode ler a partir de fls. 272 destes autos, a sustentação oral – ato privativo de advogado através do qual se viabiliza em parte o exercício do direito de defesa dos acusados – realizada pelo advogado dos Recorrentes foi diversas vezes interrompida pelo i. Conselheiro Relator.
21. Com efeito, o que deveria ser um monólogo do advogado, anterior à prolação do voto, foi transformado pelo i. Conselheiro Relator em um diálogo.

22. Com efeito, o i. Conselheiro Relator interrompeu diversas vezes a sustentação do patrono dos Requerentes e dinamicamente rebatia imediatamente cada um os argumentos expostos na sustentação oral, para apresentar a sua posição pessoal, minando o exercício desse importante ato de defesa.

23. Vejam-se os seguintes exemplos

O Sr. José alegou que o Regulamento Processual da BSM não prevê consequências para a apresentação de defesa fora do prazo e que as considerações a respeito, que constam do Parecer Jurídico, não deveriam prosperar. O Relator questionou se houve algum prejuízo à defesa. O Sr. José afirmou que, de acordo com o Parecer Jurídico, teria havido o reconhecimento dos fatos. O Relator esclareceu que o Parecer Jurídico é opinativo e que a sua conclusão não vincula a decisão.

[...]

Ademais, alegou que a ausência de previsão específica da sanção decorrente da infração levaria à nulidade do Termo de Acusação, já que deveria ser dada ao acusado a opção de aceitar a sanção imposta e não se defender. Sobre este ponto, o Relator esclareceu que o acusado se defende dos fatos e não das possíveis penas, e que não é possível constar da acusação a penalidade específica que poderá ser imposta. O Sr. José continuou sua sustentação alegando que a estratégia de defesa dos acusados pode ser diferente e que não são discutidos apenas os fatos, a discussão seria mais ampla.

Quanto ao mérito, [o advogado dos Acusados] alegou que a corretora tem apenas o dever de auxiliar a vigilância do mercado de capitais. Ela não seria o fiscal principal. Questionou em quais casos a corretora deveria dispensar especial atenção, se deveria ser feito um juízo de valor sobre os fatos ou se deveria contextualizar as infrações de acordo com a Lei nº 9.613/1998. Por fim [o advogado dos acusados] alegou que não são todas as operações que devem ser comunicadas. O Relator esclareceu que a comunicação independe de um juízo de valor feito pela corretora, Se a operação se enquadrar nas hipóteses previstas pela Instrução CVM nº 301/1999 ela deve ser comunicada. O Sr. José sustentou que a corretora só deve dispensar especial atenção às operações que possam ser vinculadas ao artigo 11 da Lei nº 9.613/1999. O Relator

ponderou que pode haver divergência entre o juízo de valor da corretora e do regulador. Caso a corretora entenda que não é necessária a comunicação da operação, deve armazenar os dados que fundamentaram a sua decisão. O Conselheiro Luis Gustavo da Matta Machado ressaltou que cabe à corretora analisar todas as operações que, na forma da redação então vigente da ICVM nº 301/99, devem merecer sua especial atenção. Após a análise, se entender ser o caso, deve a instituição promover a comunicação, mantendo registro da análise efetuada. O Relator completou afirmando que o juízo de valor sobre se a operação configura "lavagem de dinheiro" não cabe à corretora. O Sr. José afirmou que o Termo de Acusação não demonstrou que houve tentativa de lavagem de dinheiro.

[...]

Em continuidade, os Conselheiros, sem a presença dos advogados, do Diretor de Autorregulação da BSM e dos demais presentes consideraram e discutiram as razões da defesa. Encerrados os debates, e na presença de todos, o Relator explicou [...]

24. Ao mesmo tempo, o i. Conselheiro Relator – acompanhado de um dos dois outros Conselheiros que integrava a Turma Julgadora - antecipava o voto e feria, assim, os artigos 35 e 36 do Regulamento Processual da BSM, na medida em que não seguia o rito processual lá previsto.

25. Veja-se pelas transcrições acima que a tese da defesa era que cabia à corretora fazer um juízo de valor sobre o que deveria ou não ser comunicado, para os fins da Instrução CVM 301/99 e tanto o i. Conselheiro Relator, como um dos outros dois Conselheiro que integravam a Turma anteciparam o seu voto no sentido que não cabe à corretora fazer tal juízo de valor!

26. Houve, assim, duas nulidades:

- (i) A interrupção da sustentação oral;
- (ii) A antecipação do voto pelo i. Conselheiro Relator e por um dos Conselheiros integrantes da Turma Julgadora, antes da deliberação pela Turma Julgadora.

27. Assim, deve ser anulada a sessão de julgamento e, conseqüentemente, anulada a decisão recorrida, para que nova e integral oportunidade de sustentação oral seja dada ao advogado dos Recorrentes.

V. A Corretora como “gatekeeper” e seu dever de fiscalizar.

28. É certo que, como afirmado no Parecer Jurídico, “as Corretoras e seus prepostos tem o dever de atuar como auxiliar dos órgãos reguladores e autorreguladores (gatekeeper)”¹. Mas se os intermediários de mercado têm um papel importante no cumprimento das regras do mercado de valores mobiliários, eles são apenas auxiliares.

29. Com efeito, os principais responsáveis pela fiscalização do mercado são os próprios órgãos reguladores (CVM) e autorreguladores (BSM).

30. Da mesma forma, a expressão “dispensar especial atenção” destacada no item 33 do Parecer Jurídico, deixa claro que a obrigação dos intermediários de mercado é de vigilância, mas não é de controle sistemático, que incumbe aos órgãos reguladores e autorreguladores, primeiros responsáveis pela fiscalização do mercado.

31. Por outro lado, importa destacar os artigos 6 e 7 da Instrução CVM 301/1999, cuja violação foi imputada aos Recorrentes:

Art. 6º - **Para os fins do disposto no art. 11, inciso I, da Lei nº 9.613/98**, as pessoas mencionadas no art. 2º desta Instrução dispensarão especial atenção às seguintes operações envolvendo títulos ou valores mobiliários:

[...]

II. operações realizadas, repetidamente, entre as mesmas partes, nas quais haja seguidos ganhos ou perdas no que se refere a algum dos envolvidos;

III. operações que evidenciem oscilação significativa em relação ao volume e/ou frequência de negócios de qualquer das partes envolvidas;

¹ Parecer Jurídico, item 32.

Art. 7º - Para os fins do disposto no art. 11, inciso II, da Lei nº 9.613/98, as pessoas mencionadas no art. 2º desta Instrução deverão comunicar à CVM, no prazo de vinte e quatro horas, a contar da ocorrência que, objetivamente, permita fazê-lo:

I. todas as transações abarcadas pelos registros previstos no art. 4º desta Instrução, cujas características sejam excepcionais no que se refere às partes envolvidas, forma de realização e/ou instrumentos utilizados, ou para as quais falte, objetivamente, fundamento econômico ou legal, que possam constituir-se em sérios indícios dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, ou com eles relacionar-se; e

II. a proposta ou a realização de transação abarcada pelo preceituado no art. 6º desta Instrução. (grifou-se)

32. Segundo o art. 11, I, da Lei nº 9.613/98, "As pessoas referidas no art. 9º: I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se".

33. Trata-se, portanto, de um delito de resultado, cuja configuração exige que o resultado seja alcançado (lavagem de dinheiro) ou possa ser alcançado (tentativa de lavagem de dinheiro).

34. Logo, as obrigações de especial atenção e de comunicação à CVM têm um escopo restrito e limitado: existem apenas e somente quanto a operações que possam constituir em sérios indícios dos crimes previstos na Lei n.º 9.613/1998, ou seja, os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.

35. Dessa forma, cabia ter sido demonstrado nesse PAD 36/12 que houve o crime de lavagem de dinheiro ou que houve a tentativa de cometimento de tal crime, o que não foi realizado!

36. Manifestamente, a decisão recorrida extrapola e generaliza a aplicação de uma disposição legal expressamente limitada uma situação específica. Os dispositivos normativos invocados não impõem obrigações automáticas de comunicação à CVM.

37. Pelo contrário, o dispositivo, ao referir-se a “sérios indícios de crimes de lavagem”, expressamente pede um juízo de valor por parte das pessoas devedoras desta obrigação de comunicar, sendo que devem ser comunicadas apenas e somente as operações que gerem dúvidas à corretora a respeito de lavagem de dinheiro.

38. Assim, a simples variação quantitativa e/ou qualitativa nas operações realizadas – que se admite, sem se conceder e apenas para efeito de argumentação – não é suficiente para, por si só, provocar a obrigação de comunicação e, conseqüentemente, não fica comprovada a falta de especial atenção dos Recorrentes.

39. A r. decisão recorrida, porém, achou por bem refutar toda a tese acima exposta através das seguintes e singelas palavras:

Caso tal argumento fosse acatado, admitir-se-ia situação que impediria a adequada fiscalização imposta pela norma. Nesse sentido, entendo que os controles foram insuficientes em relação ao exigido pela norma à época dos fatos, evidenciando uma falha nos procedimentos de PLD da Corretora, sob responsabilidade de Marcos Ourivio. Verificou-se na instrução do presente processo que houve falhas de controle acentuadas, permitindo a ocorrência das operações irregulares entre os investidores Aline e Diego, bem como em nome do investidor Edvaldo.

40. A fundamentação é de tal forma escassa que os i. Conselheiros interromperam a sustentação oral do advogado dos Recorrentes quando da sessão de julgamento para fazer um adendo na justificativa para a rejeição à tese acima exposta:

... a comunicação independe de um juízo de valor feito pela corretora, Se a operação se enquadrar nas hipóteses previstas pela Instrução CVM nº 301/1999 ela deve ser comunicada. [...] pode haver divergência entre o juízo de valor da corretora e do regulador. Caso a corretora entenda que não é necessária a comunicação da operação, deve armazenar os dados que fundamentaram a sua decisão. [...] cabe à corretora analisar todas as operações que, na forma da redação então vigente da ICVM nº 301199, devem merecer sua especial atenção. Após a análise, se entender ser o caso, deve a instituição promover a comunicação, mantendo registro da análise efetuada. [...] o juízo de valor sobre se a operação

configura "lavagem de dinheiro" não cabe à corretora. (fls. 272/273 do PAD 36/12)

41. Mesmo assim, o adendo realizado oralmente antes mesmo da leitura do voto vencedor não é capaz de afastar toda a argumentação acima expendida, que os Recorrentes requerem seja acolhida por esse Órgão Pleno para reforma a decisão recorrida.

42. De todo modo, ainda que houvesse ocorrido falha por parte dos Recorrentes, é importante repisar o que foi dito pelo Conselheiro Cláudio Ness Mauch, às fls. 274 dos autos: "*as falhas foram poucas operações num grande universo*". De um modo ou de outro, portanto, há que se reformar a r. decisão recorrida para se decidir pela absolvição da corretora e seu diretor, ora Recorrentes.

VI. O descabimento da condenação do Recorrente Marcos Ourivio pelo simples fato de ter sido Diretor Responsável.

43. Para condenar o Recorrente Marcos Ourivio, a r. decisão recorrida afirmou apenas que:

... operações que poderiam ser detectadas por sistemas e rotinas de monitoração por parte da Corretora e do Diretor Marcos Pizarro Mello Ourivio ("Marcos Ourivio"). Entretanto, verificou-se que não havia tais controles e disciplina de monitoração à época dos fatos, tendo, a Corretora e Marcos Ourivio falhado em seu dever de diligência nos termos da ICVM 301. (fls. 280/281 dos autos)

44. Como se vê, nenhuma ação ou omissão foi especificamente atribuída ao Recorrente Marcos Ourivio pela decisão recorrida.

45. Tampouco foi demonstrado e explicado de que forma o Recorrente Marcos Ourivio teria concorrido para o descumprimento das disposições das normas supostamente violadas.

Fls. 296
36 / 12
BSM - SJUR

46. Não há uma única linha da decisão recorrida a informar a ação ou omissão individual do Recorrente Marcos Ourívio que tenha concorrido para a caracterização da acusação a ele imputada.

47. Assim, não tendo sido demonstrada a participação direta do Recorrente Marcos Ourívio nos fatos que conduziram à aplicação de sanção, deve o mesmo ser absolvido, pois o Recorrente Marcos Ourívio não pode ser condenado apenas e tão somente por ter sido, à época, o diretor responsável da Corretora.

48. Nesse sentido, inclusive, o Colegiado da CVM já julgou:

Por fim, quanto à responsabilidade do indiciado Armindo Tavares Jotta, é preciso analisá-la separadamente, no que diz respeito aos dois ilícitos imputados.

Quanto à primeira infração, consistente na co-participação na prática não equitativa, creio faltar prova ou indício do elemento doloso, essencial a essa modalidade de ilícito.

Com efeito, o indiciado Armindo Tavares Jotta era o diretor de bolsa da Arijú CCTVM, mas sua participação dolosa no evento não decorre automaticamente de seu cargo. De outro lado, não há nos autos qualquer prova ou indício no sentido de que ele tenha participado das operações em causa.

Logo, em primeiro lugar, meu voto é no sentido de absolver o indiciado Armindo Tavares Jotta quanto à imputação relativa à prática não equitativa.” (Inquérito Administrativo CVM N° 17/99, voto do Diretor Relator Marcelo Trindade)

49. Acresce que, no contexto do direito regulatório e administrativo disciplinar e sancionador é inaceitável a responsabilidade objetiva. Por conseguinte, é indispensável a comprovação efetiva e concreta da participação do acusado nas supostas práticas irregulares para que se possa cogitar da sua responsabilização.

50. Sendo assim, não se pode presumir a responsabilidade do Recorrente com fundamento no simples fato de o mesmo ser formalmente o Diretor responsável da Corretora, sem que se comprove que a sua conduta tenha sido orientada de forma finalisticamente direcionada à produção do resultado que a ele se quer imputar.

51. Como é sabido, a responsabilidade pela prática de infração no âmbito do direito administrativo sancionador é sempre subjetiva e personalíssima; jamais objetiva.

52. A manifesta rejeição em nosso ordenamento jurídico da responsabilidade disciplinar objetiva é bem expressa por José Alexandre Tavares Guerreiro nos seguintes termos:

[...] a imposição de sanção disciplinar a determinado sujeito passivo pressupõe a **caracterização perfeita e fundamentada do elemento intencional, sem o qual não se configura a infração administrativa.**[...] Repele-se pois, modernamente, a responsabilidade disciplinar objetiva.²

53. Não discrepa desse entendimento a própria CVM, que consagra a responsabilidade administrativa subjetiva e individual dos acusados, em repúdio à responsabilidade objetiva, como se pode constatar do trecho do parecer jurídico abaixo transcrito:

No tocante à alegação de que a peça acusatória teria deixado de individualizar a culpa concreta de cada um dos acusados membros da diretoria, do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal – cumpre ponderar, repisando a tese já assumida por este órgão em outros casos, que a responsabilidade administrativa é subjetiva e individual, não sendo lícito presumir a responsabilidade pela autoria do ilícito apurado, unicamente, com base no fato de serem todos os acusados integrantes da administração da companhia emissora. **A responsabilidade disciplinar decorre da constatação da efetiva participação de cada um dos acusados.**³

54. Nessa linha de entendimentos, é justo afirmar que para a aplicação de penalidades de natureza administrativa é necessária a efetiva comprovação da culpabilidade do agente infrator, como o demonstra Nelson Eizirik:

As penalidades administrativas nunca podem ser aplicadas de modo mecânico, posto que inexistente a responsabilidade objetiva na esfera do direito administrativo sancionador; **só cabe a aplicação de penalidades se ficarem demonstradas, não só a infração da norma, como também a culpabilidade do agente.**⁴

² Sobre o poder disciplinar da CVM, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n° 43, São Paulo, pp. 75/76.

³ Parecer CVM/SJU n° 012, de 01.06.88.

⁴ Reforma das S.A. e do mercado de capitais, 2ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 174.

55. Tal entendimento deriva do fato de que, a bem da verdade, inexistente infração, quer penal, quer administrativa, sem conduta humana, livre e consciente, dolosa ou culposa (nullum crimen sine conducta):

No âmbito do direito administrativo sancionador do sistema financeiro e do mercado de capitais, é plenamente aplicável o princípio da culpabilidade. Ou seja, não pode o agente ser punido, administrativamente, se não tiver a consciência da ilicitude de seu ato; não caracterizada culpa ou dolo do acusado em processo administrativo não pode a autoridade aplicar-lhe qualquer penalidade. [...] **A aplicação de sanção administrativa por parte da CVM pressupõe a caracterização perfeita e fundamentada do elemento intencional, ou seja, a consciência de ilicitude por parte do agente infrator.**⁵

Em resumo, essencial se afigura, em qualquer hipótese, que o julgamento da infração disciplinar se fundamente na **culpa própria, concreta e individual de cada indiciado**, à luz das circunstâncias de cada caso, não podendo sob nenhum pretexto prescindir da explicitação do elemento intencional do ilícito punido.⁶

56. Pelo que ora fica exposto, infere-se que, em não havendo a caracterização do elemento intencional no sentido da infração à norma, não resta configurada a própria infração, ficando desautorizada a autoridade sancionadora de aplicar ao agente a respectiva penalidade.

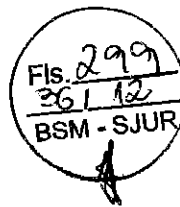
57. Ora, não tendo o Termo de Acusação sequer mencionado o nome do Recorrente Marcos Ourívio e não tendo a decisão recorrida demonstrado o dolo ou a culpa deste Recorrente, não há motivos para a sua condenação.

58. Com efeito, como reconheceu o Conselheiro Claudio Ness Mauch as operações consideradas neste Processo Administrativo são apenas uma pequena parte das operações realizadas diariamente pela Corretora.

59. Assim, a suposta não detecção – ou o suposto julgamento sobre a regularidade – de tais operações, não necessariamente quer dizer não ter o Diretor Responsável cumprido a sua missão e fiscalizado o quanto pode as atividades da Corretora.

⁵ Reforma das S.A. e do mercado de capitais, 2ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 173.

⁶ Ob. cit., p. 77.



60. Neste sentido, cabe ressaltar que, conforme artigo 2º da referida Instrução CVM n.º 301/1999, as obrigações de dispensar especial atenção e comunicar à CVM operações duvidosas vinculam não somente os intermediários e seus diretores, mas sim todas as pessoas referidas no artigo 9º da Lei n.º 9.613/98.

61. Assim, tais obrigações aplicam-se, da mesma forma, às bolsas de valores (Lei n.º 9.613/98, art. 9º, § único, inciso I), ou seja, à BM&FBOVESPA.

62. No caso, a BM&FBOVESPA tinha conhecimento das operações em causa, pois elas decorreram todas no pregão. Assim, cabe a pergunta: a BM&FBOVESPA comunicou estas operações – ou uma única sequer – à CVM ou ao COAF?

63. Logo, tendo a BM&FBOVESPA e os Recorrentes adotado a mesma conduta relativamente aos mesmos fatos, a BSM não pode apenas processar e condenar os Recorrentes.

64. Acresce que as obrigações dos Recorrentes são de meio, não de resultado.

65. Desta forma, a potencial ocorrência de operações irregulares não é suficiente, em si, para demonstrar a responsabilidade do Recorrente Marcos Ourívio e não tendo a decisão recorrida exposto nada mais significativo, sua absolvição é medida que se impõe.

VII. A violação do princípio da proporcionalidade na dosimetria das sanções

66. Por mais surpreendente que possa parecer, o Regulamento processual da BSM não estabelece parâmetros para a dosimetria da pena.

67. Limita-se o referido regulamento a mencionar:

Artigo 29 - No julgamento, o Diretor de Auto-Regulação, a Turma e o Pleno levarão em conta, além dos efeitos imediatos da decisão, seus outros efeitos,

especialmente quanto ao aspecto educacional, ao aprimoramento da conduta do acusado e à credibilidade do mercado.

Artigo 30 - Na aplicação das penalidades será considerado pelo Diretor de Auto-Regulação, pela Turma e pelo Pleno o arrependimento eficaz, o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer acusado, espontaneamente, confessar ou prestar informações sobre os atos e fatos apurados.

68. Já os arts. 30 e 31 do Estatuto Social da BSM, invocado no voto do Relator, estabelecem:

Art. 30 - As penalidades que podem ser aplicadas pela BSM são:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão, observado o prazo máximo de 90 (noventa) dias;

IV - inabilitação temporária, pelo prazo máximo de 10 (dez) anos, para o exercício de cargos de administradores, empregados, operadores, prepostos e representantes da própria BSM, do Associado Mantenedor e dos Participantes; e

V - outras penalidades previstas nas normas regulamentares e operacionais da própria BM&FBOVESPA.

Parágrafo Primeiro - A multa prevista no inciso II do caput deste artigo não excederá o maior dos seguintes valores:

a) R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais);

b) 50% (cinquenta por cento) do valor da operação irregular; ou

c) 3 (três) vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito.

69. Na ausência de parâmetros para a fixação das sanções, deve a BSM seguir as regras do Código Penal, conforme já decidiu o CRSFN:

Os autos foram enviados à Procuradoria da Fazenda Nacional que emitiu parecer de fls., em 25 de outubro de 2005, onde pondera que: [...]

12) quanto à dosimetria da pena e na falta de outras normas aplicáveis, deve-se adotar as regras do Código Penal, partindo-se da pena base, como ensina Heleno Fragoso. [...]

A Procuradoria da Fazenda Nacional, sensível à necessidade de uma melhor aplicação da dose da pena, propugna pena adoção das regras do Código Penal e

recomenda a redução – em 50% - das penas aplicadas aos Srs. Yochio Kuratani e Milto Bardini, que assinaram documentos e eram membros do comitê de crédito, mas não eram ligados à Cotece S.A. e – em 75% - da aplicada ao Sr. Moacir Jorge Geraldi, diretor das contas, em vista do reduzido número de irregularidades de que participou e de seus valores.

Concordo, por estar em linha com a melhor técnica, com a recomendação da douta Procuradoria da Fazenda Nacional de partir da pena base.

70. Assim, a regra é partir da pena base e, em seguida, aplicar as eventuais majorações e reduções.

71. No caso concreto, a decisão recorrida não indica como calculou a pena. Ora, na dosimetria da pena deveria ter sido considerado:

- a) não ter havido qualquer dano ou lesão ao mercado;
- b) não ter a Recorrente tido proveito com as supostas infrações;
- c) ser a Recorrente uma corretora com mais de 40 anos de atuação no mercado.

72. Assim partindo da pena base que é a advertência (conforme o inciso I do art. 30 do Estatuto Social da BSM), na ausência de qualquer agravante indicada no voto do Relator, e na presença das atenuantes acima indicadas, a pena não poderia ser outra além da advertência.

73. Por último, e se ainda fosse necessário, é manifesto que as penas impostas aos Recorrentes estão fora do parâmetro fixado pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei 9.784/98:

Art. 2º. [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

74. Por outro lado, conforme é do conhecimento de todos e noticiado pela imprensa, as corretoras atravessam um momento de dificuldades:

75. Em consequência, é manifesto que as sanções impostas à Recorrente violam o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo ser reduzidas para advertência.

76. A d. decisão recorrida não contém uma linha, uma palavra sequer para indicar como foi realizado o cálculo da pena. Não indica se partiu da pena mínima – advertência – ou da pena máxima!

77. A d. decisão recorrida não indica quais as eventuais circunstâncias agravantes que teriam levado ao aumento da pena, nem quais as eventuais circunstâncias atenuantes que a teriam reduzido.

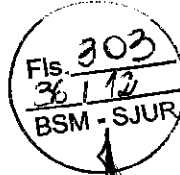
78. Ora, não apenas no direito penal, mas também no direito administrativo sancionador, é requisito da decisão que a mesma seja motivada, inclusive quanto à dimensão da sanção.

79. Sem tal motivação, não é possível o controle da legalidade da sanção imposta.

80. Deste modo, a decisão recorrida é nula, pelo que o presente recurso deve ser provido para ser o processo devolvido à Turma, de modo a que a mesma profira nova decisão na qual justifique o cálculo das penalidades impostas aos Recorrentes, descrevendo a dosimetria das sanções aplicadas.

Face ao exposto, pede-se:

- a) Seja declarada nula a decisão recorrida por qualquer uma das razões expostas acima nos capítulos III a VI;
- b) subsidiariamente, a rejeição das acusações, com a consequente absolvição dos Recorrentes;
- c) ainda subsidiariamente, a absolvição do Recorrente Marcos Ourívio, por ausência de imputação de conduta específica a ele pela decisão recorrida;



- d) a redução das sanções pecuniárias para a de advertência.

Nestes termos

Pedem deferimento.

São Paulo, 10 de agosto de 2015.

José Gabriel Assis de Almeida

OAB/SP nº 129.102

João Marcelo Sant'Anna

OAB/RJ nº 152.880


Patricia Dancham Miura

OAB/SP nº 346.038