BSM-0671/2015

Marson Advogados

Gerência Jurídica Fls. 231 BSM

ILUSTRISSÍMO(A) SENHOR(A) CONSELHEIRO(A) DO PLENO DO CONSELHO DE SUPERVISÃO DA BSM - BM&FBOVESPA SUPERVISÃO DE MERCADOS

RECURSO ADMINISTRATIVO

Processo Administrativo Ordinário nº **42/2012**

Recorrente: **Guilherme Tesser**

10:15 25/03/2015 015253 BSM/DAK

PRELIMINAR

DO CERCEAMENTO DE DEFESA DIANTE DA INAUDIBILIDADE DO ARQUIVO CONSTANTE NO CD-R

Inicialmente, cumpre destacar que em diversas oportunidades o Recorrente alertou que o CD-R que acompanhou o Termo de Acusação, anexado ao OF/BSM/GJUR/PAD/195/2012, estava inaudível.

Acredita-se que no momento da gravação do CD-R acima o arquivo corrompeu-se. Em explicação mais detalhada, todos os arquivos possuem uma assinatura interna para que seja verificada sua integridade. Esta assinatura, chamada de Checksum, indica que o conteúdo do arquivo não foi alterado. Erros na integridade do arquivo ocorrem quando na gravação deste (em disquete, CD, DVD, HD, etc.) os bytes embaralham-se, causando o não funcionamento correto do arquivo. Isto geralmente acontece em decorrência de falhas no programa durante o salvamento do arquivo, vírus, queda de energia, falta de espaço em disco, má instalação, entre outros.

Gerência Jurídica Fls. 235

Tal situação ofende gritantemente princípios constitucionais assegurados a todos pela Carta Magna. Em especial suscitamos o princípio do devido processo legal, expresso no art. 5°, inciso LIV da CF e, novamente, o princípio do contraditório e da ampla defesa, dispostos no art. 5, inciso LV da CF, os quais foram evidentemente desrespeitados no presente processo. A lição de Elpídio Donizetti[1] demonstra tal qual, conforme segue:

> "A ampla defesa, também prevista no art. 5°, LV da CF, corresponde á dimensão substancial do contraditório. Representa, assim, o direito de participar efetivamente na formação do convencimento do julgador ou, em outras palavras, o acesso 'aos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual, oportunizado na lei'.

Observa-se que o desenvolver do presente processo desrespeitou normas e princípios processuais, verificando-se um desenvolver processual inaceitável. Com efeito, o Recorrente somente teve acesso a todo conteúdo que serviu de base ao Termo de Acusação no dia 02/10/2014, deste modo, por óbvio restou prejudicado para formular sua defesa e demais manifestações. E, ainda que o Recorrente, por seus procuradores, tenha tido acesso ao conteúdo contido no CD-R anteriormente à Sessão de Julgamento, resta claro que o prazo disposto no art. 40, inciso II do CPC não é suficiente para que o Recorrente possa formular sua defesa de forma adequada.

Portanto, todas as manifestações do Recorrente, restaram-se em posicionamentos técnicos insuficientes, ao passo que não se teve conhecimento da totalidade do conteúdo que deu base ao Termo Acusatório, o qual deu origem ao presente processo. **Com efeito, em vista da falta de acesso do conteúdo integral que embasou o Termo de Acusação que originou o presente processo por parte do Recorrente em tempo hábil a realizar sua defesa, constitui nulidade insanável, tornando a nulidade do processo *ab initio*.**

Propugna-se, assim, pela nulidade processual e do feito na sua plenitude, ante a flagrante inobservância ao que dispõe o art. 5, incisos LIV e LV da CF/88.

---

[1] DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 14 ed. rev. ampl. e atual. Até a Lei n/ 12.153, de 22 de dezembro de 2009. – São Paulo: Atlas, 2010. Página 90.

Gerência Jurídica Fls. 233 BSM

DO MÉRITO

DA ATUAÇÃO DE AGENTE AUTÔNOMO DE INVESTIMENTOS

Por cautela, caso não acolhida a preliminar supra, o Recorrente tem as seguintes colocações a fazer.

O Recorrente é Agente Autônomo de Investimentos certificado pela CVM desde 2007, exercendo, portanto, as atividades de Agente Autônomo de Investimentos há sete anos. Ao longo destes anos, no exercício de suas atividades, sempre manteve uma conduta ilibada e escorreita nos moldes que preconiza a lei. Sempre pautou seu trabalho com transparência e diligência, características indispensáveis para o exercício da Atividade de Agente Autônomo de Investimentos.

No dia 26 de dezembro de 2012 o Recorrente recebeu notificação da instauração do Processo Administrativo n° 42/2012, ora em contento, em razão do Termo de Acusação que teve como base o Processo de Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos - MRP n° 6/2011.

Segundo o Termo de Acusação o Recorrente teria violado os arts. 15, inciso II, 16, inciso II e 17, *caput* da Instrução nº 434 da CVM - Comissão de Valores Mobiliários, consubstanciado na suposta execução de operações no mercado de capitais, sem que houvesse ordens do investidor S[redacted]ou do seu procurador C[redacted], agindo assim, como se procurador fosse do investidor.

A decisão *a quo*, entendeu que não houve o descumprimento do art. 15, inciso II da ICVM 434/2006. No entanto, sobreveio o entendimento de que o Recorrente teria infringido o art. 16, inciso II, em vista da responsabilidade atribuída no art. 17, *caput*, ambos da ICVM n° 434/2006.

A acusação feita em face do Recorrente é amparada em gravações telefônicas observadas no Processo de Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos - MRP n° 6/2011, o qual, o Sr. S[redacted] figurou como Autor da demanda, representado na ocasião, pelo seu Procurador, o Sr. C[redacted] C[redacted], figurando no polo passivo a Diferencial CTVM S.A., a qual encontra-se em processo falimentar. **Ao fim, a decisão promulgada já transitada em julgada, foi**

Gerência Jurídica Fls. 237 BSM

pela improcedência do postulado pelo Sr. S[redacted]l. Ressalta-se que estes mesmos fatos é que servem de base para o Termo Acusatório que ensejou o PAD nº 42/2012.

É sabido que existem dois ritos processuais na BSM, quais sejam o de MRP e o do PAD, no entanto, muito embora existam estes dois ritos processuais, certamente o resultado obtido em um deve impactar no outro, pois analisam a atuação do Recorrente no exercício de suas funções. Ora, se o resultado final daquele MRP fosse no sentido de dar provimento ao pedido do investidor, não serviria para este processo? Seria desconsiderado? Seria imprestável? Certamente que não.

A decisão já transitada em julgado com a improcedência do pedido do investidor naquele processo de MRP, somente vem corroborar que o Recorrente, em momento algum, atuou em descumprimento com a legislação vigente à época.

De qualquer modo, analisando os áudios contidos no CD-R enviado às vésperas da Sessão de Julgamento, dia 02/10/2014, verificou-se que de modo algum houve por parte do Recorrente o desrespeito aos dispositivos 16, inciso II e 17, *caput* da ICVM 434, senão vejamos.

Na gravação OUT – 20100707-094248-2004—1278506568.6999 é possível compreender que o Recorrente é que entra em contato com o Procurador do investidor, o Sr. [redacted] C[redacted], o qual sempre foi quem conduziu todas as operações e exerceu de fato e de direito a posição de procurador do investidor, a fim de passar as informações quanto aos dados da Diferencial CTVM S.A. e passar, ainda, outras informações, realizando a atividade de Agente Autônomo de Investimentos de forma correta. Observa-se no fim da ligação que o Procurador do investidor, o Sr. C[redacted], comenta que:

> "... tá depois de noite conversamos, me da teu telefone aí."

Observa-se desde este momento, que comporta o início do atendimento ao Procurador do investidor S[redacted], que o Sr. C[redacted]

Gerência Jurídica Fls. 230 12/12 BSM

[redacted] se envolvia 24 horas com o desenvolvimento das negociações de representado.

Já na gavação OUT – 20100707 – 160248 – 2001 – 1278529368.7185, o Recorrente entra em contato com o Procurador do investidor, apenas informando de que o dinheiro havia entrado na conta da Corretora Diferencial e informando de que realizou testes a fim de verificar se a porta de negociação estava liberada para que o cliente pudesse efetuar suas negociações no mercado de ações. De qualquer sorte, o próprio Recorrente entrou em contato com o Sr. C[redacted], a fim de informar esta situação. Ainda, na mesma gravação o Procurador do investidor já solicita a senha de acesso ao *Home Broker* para realizar suas negociações. O Recorrente, realizando sua função de Agente Autônomo de Investimento realiza de forma correta o procedimento.

Na gravação OUT – 20100708 –120307 – 2002 – 1278601387.7299, o Recorrente novamente é que entra em contato com o Procurador do investidor, Sr. C[redacted], demonstrando sua prestatividade no atendimento ao cliente, no caso o procurador do cliente. Na gravação, suscita que estava testando ordens e, a partir daquele momento iria começar a operar. Contudo, este começar a operar é atender o cliente, negociar o que o cliente deseja, operar à forma e os ativos que o cliente, no caso, o que o Sr. C[redacted] efetivamente queria comprar e vender. Tanto é assim, que solicita a presença do Sr. C[redacted] no escritório ao fim do dia, em razão de verificar o perfil agressivo que o Procurador do investidor possuía.

Outrossim, para concluir todos os procedimentos que ensejasse a liberação da conta do cliente, para que o Procurador, o Sr. C[redacted], efetivamente pudesse negociar ações na Bolsa de Valores, ocorreram diversos contratempos. A partir disto, como o Sr. C[redacted] se mostrava muito ansioso para iniciar a comprar e vender ações e demais ativos, o Recorrente realizou os testes mencionados na gravação, a fim de verificar se de fato estariam liberados os limites postulados pelo Sr. C[redacted] para negociar ao seu modo.

Na gravação OUT – 20100713 -153914 – 2003 – 1279046354.8085 o Recorrente liga para o Sr. C[redacted] apenas para informar que encerrou, conforme tinha sido solicitado em momento anterior pelo Sr. C[redacted], a posição realizada pelo

Gerência Jurídica Fls. 239 BSM

mesmo de long/short com os ativos de CSN e Usiminas. Informa ainda o resultado que o Procurador obteve com a sua negociação. O fato de ligar e comunicar o Sr. C[redacted] do encerramento da posição realizada pelo próprio Sr. C[redacted], em hipótese alguma pode ser encarada como uma atuação de Procurador do investidor. Além do que, este contexto não se restringe a esta ligação. Pois como já foi exaustivamente manifestado pelo Recorrente ao longo da instrução deste processo, existem uma enormidade de ligações que não encontram-se nos autos e se mostram de suma importância, para de fato compreender como realmente eram conduzidas as negociações da conta do investidor S[redacted]. Ainda assim, nesta gravação, resta evidente a prestatividade do Recorrente no atendimento ao Procurador do investidor S[redacted], passando todas as informações quanto ao encerramento antes postulado pelo Sr. C[redacted] quanto à posição de long/short com os ativos de CNS e Usiminas. E pela natureza da operação, no caso long/short, é possível compreender que certamente não teria sido efetuado naquele mesmo dia, como alhures dito.

Ademais, a referência quanto posição de opção, apenas coloca a sugestão de carregar a posição, pois o próprio Recorrente também tinha as suas operações no mercado financeiro e, no caso, o Recorrente tinha uma posição pessoal sua no ativo, no caso no derivativo, ou seja, a referência é quanto à sua conta, mencionando o seu prejuízo pessoal e o prejuízo que estava tendo o investidor com a sua posição, visto que era uma operação em que os dois estavam realizando. Ainda, ao fim da ligação o Recorrente convida o Sr. C[redacted] para passar no fim do dia no escritório para que saíssem para tomar uma cerveja, mostrando o forte envolvimento estabelecido em um curto espaço entre os dois. Este envolvimento se deve justamente pelas incessantes ligações, visitas ao escritório e inúmeros contatos feitos pelo Sr. C[redacted], evidenciando que sempre foi este que conduziu unicamente os negócios do investidor, o Sr. S[redacted].

Entretanto, ressalta-se que somente estas ligações, das que foram disponibilizadas ao Recorrente, é que há diálogo entre o Procurador do investidor e o Recorrente. Porém, houve inúmeras outras ligações entre os dois que não foram analisadas e disponibilizadas para análise, o que se impõe seja de igual forma analisadas, possibilitando-se, assim, o exercício da ampla defesa.

Gerência Jurídica Fls. 210 10/12 BSM

Desta forma, como pode ser decretado com veemência que o Recorrente haveria de ter executado negócios sem ordem e atuado como Procurador do investidor, analisando somente estas quatro ligações que não comportam tal interpretação???

Outrossim, além destas quatro gravações, foram disponibilizadas ao Recorrente outras gravações em que o Sr. C[redacted] conversa com outras pessoas. Nestas gravações, pode-se observar uma série de detalhes que certamente esclarecem bem o modo de agir do Sr. C[redacted], o qual sempre exerceu a função de Procurador do investidor S[redacted] e, como a seguir se observa, em certa ocasião fez se passar pelo próprio investidor, cometendo crime de falsa identidade previsto no artigo 307 do Código Penal.

Na gravação OUT – 20101019-195715-2002—1287525435.26889 o Sr. Cristiano Ribeiro entra em contato com o Sr. C[redacted], a fim de conversar a respeito de sua conta. Na ocasião o Sr. Cristiano pede o número de celular do Sr. C[redacted], o qual diz não se lembrar do número do próprio celular, fato este, que ao menos demonstra estranheza.

Entretanto, na gravação OUT – 20101028-160724-2004—1288289244.29975, a estranheza quanto ao comportamento do Sr. Cleomar aumenta, no momento que A Sra. Daniela entra em contato solicitando falar com o Sr. S[redacted], o Sr. C[redacted], questiona:

"Sobre?"

Neste momento, a Sra. Daniela diz que é da RPI Investimentos, quando no mesmo momento o Sr. C[redacted] se faz passar pelo investidor S[redacted]. Porque o Procurador se fez passar pelo investidor? Teria algo a esconder? Esta atitude tomada pelo Sr. C[redacted] é crime de falsidade de identidade disposto no Código Penal em seu art. 307. Ora, esta ligação traz esclarecimentos cabais ao tipo de pessoa que o Recorrente estava atendendo naquele momento.

Nas demais ligações disponibilizadas ao Recorrente, o Sr. C[redacted] demonstra claramente o seu perfil de investidor, ou em melhor tom de especulador, conforme se verifica a seguir.

Gerência Jurídica Fls. 241 BSM

Na gravação OUT – 20101101-153946-2002—1288633186.30702 o Sr. Rafael Adami, sócio administrador da RPI Agentes Autônomos de Investimentos, entra em contato com o Sr. C[redacted] a fim de oferecer uma aquisição de ações da empresa Braskem. Na conversa, o Sr. Rafael passa o cenário atual que se encontra o mercado, o que nada assusta o Sr. C[redacted], ao colocar ironicamente que:

"...não sou muito apavorado."

Por certo não era apavorado, pois buscava incessantemente o risco nas suas negociações, estas que realizava durante todo o pregão. Na gravação OUT – 20101112-150239-2001--1289581359.33878, observa-se claramente que o Sr. C[redacted] não se desligava do pregão e do que estava ocorrendo. Nesta ligação o Sr Rafael, então sócio da RPI Agentes Autônomos de Investimentos, discorre quanto à situação do mercado naquele momento, o qual passava por certa turbulência, quando é interrompido pelo Sr. C[redacted], afirmando o seguinte:

"...tá nervoso sim, eu tava olhando."

Na ligação OUT 20101116-141732-2002—1289924252.34199, temos esta mesma percepção, quando em conversa com o Sr. Rafael, o Sr. C[redacted] faz referência ao fato de a ação da BVMF3 ser a única positiva do pregão, conforme trecho que segue:

"única positiva hoje"

Diante desta pequena amostragem de gravações fica evidentemente claro que o Sr. C[redacted], então Procurador do investidor S[redacted], é quem efetivamente sempre conduziu as negociações do investidor, sendo, portanto, o único Procurador do investidor S[redacted], o qual sempre realizou as negociações, não havendo possibilidade alguma de ensejar tal posição ao Recorrente.

No entanto, ainda que tenha sempre realizado de forma escorreita as suas atividades, o Recorrente vem enfrentar esta acusação que lhe é direcionada, unicamente por atender clientes como o Sr. C[redacted] que, na frustração de suas "aventuras" no mercado de ações, se faz valer de um procedimento sério que é o MRP para atacar com uma série de mentiras a pessoa do Recorrente. Tal referência é feita, pois, indubitavelmente o PAD nº 42/2012 se originou do MRP nº 6/2011.

Gerência Jurídica Fls. 482 BSM

Ainda que sejam dois âmbitos processuais distintos, encontram-se nos fatos observados.

Com efeito, o Recorrente ao longo de todo o período em que atendeu o Sr. C[redacted], procurador do investidor, Sr. S[redacted], realizou as suas atividades de Agente Autônomo de Investimentos em conformidade com a legislação vigente à época, conforme foi demonstrado alhures, devendo, portanto, ser afastada a condenação imposta pela decisão *a quo*.

DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Na pior hipótese, caso seja o entendimento desta Corte de que houve o descumprimento do que dispõe o art. 16, inciso II em vista da responsabilidade atribuída pelo art. 17, *caput* da Instrução nº 434 da CVM, deve ser considerado que o Recorrente não possui histórico de condenação no âmbito da BSM, ou em qualquer outro âmbito, seja administrativo ou judicial. Neste sentido, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade exige que o julgador utilize prudência, sensatez e bom senso ao realizar atos discricionários, evitando, assim, a prática de condutas demasiadas e incoerentes. Portanto, cabe aqui observar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade na lição do saudoso Hely Lopes Meirelles[2], que diz o seguinte:

> "Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas(...) Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. Registre-se, ainda, que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque 'cada norma tem uma razão de ser'".

Ocorrerá violação deste princípio sempre que o julgador, tendo dois valores legítimos a sopesar, priorize um a partir do sacrifício exagerado do outro.

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 30ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005. Página 93.

Gerência Jurídica Fls. 242 10/12 BSM

Na hipótese dos autos, observa-se que a penalidade de multa, arbitrada em R$ 20.000,00 pela decisão *a quo* é demasiada, visto que o Recorrente não possui, como alhures dito, histórico de condenação no âmbito da BSM e em qualquer outro âmbito, seja administrativo ou judicial, e tampouco recursos financeiros para quitar expressiva pena pecuniária que lhe foi imputada.

Observando precedentes[3] desta Corte é possível observar que em casos de maior gravidade a penalidade arbitrada foi de advertência, o que no presente caso, ainda sim seria demasiado. Portanto, é inconcebível que se mantenha a condenação imposta ao Recorrente!

No Processo Administrativo n° 43/2012, por exemplo, sobreveio entendimento de que a acusada teria atuado como Agente Autônomo de Investimentos sem o devido credenciamento perante a CVM (**falta grave**, conforme art. 18, inciso I da ICVM n° 434/2006), no entanto, sua pena foi de advertência.

Além do mais, diante do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, deve ser considerado como atenuante para fins de dosimetria da pena o fato de que o Recorrente não possui histórico de condenação no âmbito da BSM.

DIANTE DE TODO O EXPOSTO, o Recorrente requer, ante ao fato de não ter tido acesso ao conteúdo na sua integralidade do Termo de Acusação que originou o presente feito, se **DECLARE A NULIDADE DO PROCESSO**, a partir do ato processual de recebimento do Termo de Acusação (*ab initio*), para que não seja ferido princípio constitucional da ampla defesa preconizado no art. 5°, inciso LV da

[3] Processo Administrativo n° 43/2012;
Processo Administrativo n° 04/2010;
Processo Administrativo n° 13/2010;
Processo Administrativo n° 14/2010;
Processo Administrativo n° 06/2011;
Processo Administrativo Sumário n° 15/2012;
Processo Administrativo Sumário n° 26/2012;
Processo Administrativo Sumário n° 01/2013;
Processo Administrativo n° 27/2013;
Processo Administrativo n° 28/2013.

Gerência Jurídica
Fls. 42
BSM

CF. Em não sendo este o entendimento dos Ilmos. Conselheiros, verificando o conteúdo fornecido, restou claro o cumprimento correto das atividades de Agente Autônomo de Investimento por parte do Contestante, e, portanto, espera-se que o feito seja julgado **IMPROCEDENTE**. Na pior hipótese, caso o entendimento desta Corte seja de que houve irregularidade por parte do Recorrente na consecução de suas atividades, deve ser observado o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como precedentes desta Corte, devendo a pena ser modificada para a pena de advertência.

Nestes termos, espera deferimento.

Porto Alegre, 23 de março de 2015.

VALCIRIA MARSON
OAB/RS 21803

FERNANDO MARSON SCHUCH SANTOS
OAB/RS 92926