

Interessados: Vinicius Scaramuzzi

Walpires S.A. CCTVM

Assunto: Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos.

Diretor Relator: Otavio Yazbek

-

Relatório

I. Objeto

1. Trata-se de pedido de ressarcimento formulado ao Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos ("MRP") da BM&FBOVESPA Supervisão de Mercados ("BSM") por Vinicius Scaramuzzi ("Reclamante") em razão de operações realizadas sem a sua autorização.

I. Fatos

1. Nos dias que se seguiram a 5.8.2008, a Walpires S.A. CCTVM ("Corretora") encerrou operações a termo registradas em nome do Reclamante e vendeu parte das ações que tinham sido dadas em garantia. Tais operações teriam sido realizadas sem a autorização do Reclamante.
2. De acordo com a Corretora o Reclamante estava inadimplente e, mesmo após notificação, não liquidou o saldo devedor que mantinha em conta corrente. Este saldo devedor, como, aliás, demonstra o relatório da Auditoria da BSM (fl. 101), decorria principalmente de não atendimento a chamada de margem e do débito correspondente a operações realizadas no mercado de opções do pregão do dia anterior.
3. Em 18.12.2008, o Reclamante apresentou reclamação acionando o MRP em face da Corretora, imputando a esta a responsabilidade por prejuízos decorrentes das operações não autorizadas (fls. 25-32). Novas informações e novos argumentos foram posteriormente trazidos, em resposta aos ofícios encaminhados pela BSM (fls. 65-67, 75-76, 151-161). Em apertada síntese, o Reclamante afirma que:
 - i. em 1º.8.2008, teria ordenado a compra, a termo, de mil ações preferenciais da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e de mil ações preferenciais da Vale S.A. Tais compras teriam sido erroneamente registradas em nome de um terceiro;
 - ii. em 5.8.2008, realizaram-se as operações acima referidas, com a venda de 3.700 ações da Petrobras e de 1.500 ações da Vale, sem que ele tivesse dado, formal ou informalmente, qualquer autorização para tal ou, ainda, para que a sua carteira fosse administrada; e que
 - iii. a argumentação de que ele fora notificado por e-mail é descabida porque (a) não se apresentou qualquer comprovante do seu recebimento, (b) o horário do seu envio impedia qualquer ação por parte do Reclamante, e, principalmente, porque (c) o contato que mantinha com a Corretora sempre foi via telefone e nunca por *Home Broker* ou por correspondência eletrônica.
4. Em sua defesa, a Corretora aduz que procedera da forma acima descrita a fim de " *minimizar as perdas do próprio Reclamante e resguardar as condições de liquidez do mercado e da instituição*", tudo isso baseado nas regras do mercado e, mais concretamente, nas autorizações contratuais firmadas pelo próprio Reclamante (fls. 144-148).
5. A Gerência Jurídica da BSM, após opinar pela tempestividade da reclamação, bem como pela legitimidade ativa e passiva, entendeu que (i) a re-especificação relativa às ações adquiridas em 1º.8.2008 não impactou no valor da margem exigida pela Central Depositária BM&FBOVESPA, e que (ii) a Corretora conduziu o processo dentro dos parâmetros estabelecidos tanto contratualmente, quanto no Regulamento de Operações da BM&FBovespa. A opinião, ao fim, foi pela improcedência do pedido de ressarcimento objeto do presente Processo (fls. 165-176).
6. A 24ª turma do Conselho de Supervisão da BSM decidiu, por unanimidade, e nos termos do voto do conselheiro relator, pela improcedência do pedido do Reclamante, baseando-se no fato de (i) a conduta da Corretora estar baseada em regras contratuais, nas suas Regras e Parâmetros de Atuação e no Regulamento de Operações da BM&FBovespa, e no fato de que (ii) tais regras não exigem que, em casos como o presente, realize-se uma notificação prévia do cliente inadimplente (fls. 177-187).
7. Em recurso protocolado em 5.11.2011 (fls. 3-22), o Reclamante retoma os argumentos já apresentados, acrescentando, basicamente, que:
 - i. de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (em especial seus arts. 51, §1º, III, e art. 39, IV), não só é abusiva a disposição contratual que permitia que a Corretora procedesse unilateralmente, mas também a conduta perpetrada pela Corretora; e que
 - ii. a utilização, por parte da Corretora, de correspondência eletrônica representou uma quebra de confiança, devendo-se aplicar o princípio do *venire contra factum proprium non potest*.
8. A Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários (" SMI") opinou: (i) preliminarmente, pela tempestividade do recurso, e (ii) no mérito, pela manutenção da decisão da BSM em linha com os argumentos apresentados pela Gerência Jurídica da BSM e pela 24ª turma do Conselho de Supervisão da BSM (fls. 191-202).
9. O presente processo foi encaminhado para apreciação do Colegiado em 24.8.2011, tendo sido designado relator em 30.8.2011 (fl. 203).
É o relatório.

-

Voto

1. Acompanho a posição da área técnica, consignada no parecer de fls. 191-198 e nos despachos de fls. 199 e 200-202, julgando o presente recurso improcedente e mantendo, desta maneira, a decisão proferida pelo Conselho de Supervisão da BSM.

2. Em breve síntese, no presente caso se está discutindo a liquidação compulsória de determinadas posições de titularidade do cliente, com o encerramento de posições a termo e a venda de ações de titularidade daquele. Creio que é necessário, sem prejuízo da minha concordância com os argumentos trazidos pela área técnica, explorar alguns pontos trazidos no recurso apresentado.
3. O primeiro desses pontos diz respeito aos alegados efeitos, sobre as margens de garantia, dos contratos a termo cuja aquisição, comandada originariamente em 1º.8.2008, apenas foi levada a efeito em 4.8.2008. O Reclamante destaca a importância deste ponto, realçando que a referida compra foi efetuada por insistência da pessoa que o atendia na sociedade corretora, procurando relacionar o atendimento extemporâneo de sua demanda às perdas sofridas. Creio que tal argumento não pode prevalecer. Inicialmente, porém, lembro que não importa se a compra a termo foi ou não recomendada pela funcionária da corretora, uma vez que o próprio Reclamante assume que havia ordem para tal. Ainda que a aquisição tenha se dado apenas em 4 de agosto, quando se sanou a especificação errônea daquelas operações, isso, pelo que se apurou nos autos, não foi o que constituiu a dívida do Reclamante. A ocorrência de erro ou a sua correção, como se pode ver às fls. 162 a 164, 172 e 173, não é relevante para o deslinde do presente caso.
4. Não é relevante também, ante esse mesmo quadro, a impossibilidade de acesso às gravações das ligações telefônicas. A ordem de compra daqueles contratos a termo, em 1º.8.2008, é, afinal, reconhecida pelo Reclamante. O encerramento de suas posições, por sua vez, a partir de 5.8.2008, deu-se sem a emissão de correspondente ordem pelo simples fato de ser compulsório.
5. O que importa, no presente caso, é a existência de saldo devedor não pago no correr do pregão de 5 de agosto. E cumpre, então, passar aos questionamentos acerca do tipo de procedimento adotado pela corretora para tal. Tais questionamentos foram trazidos, fundamentalmente, com base no regime do Código de Defesa do Consumidor, que, antecipo, a meu ver é, de fato, aplicável à relação entre corretora e cliente. Por motivos de ordem lógica, porém, não se pode falar na aplicação do art. 51 do referido diploma ao caso vertente, ignorando completamente as especificidades do mercado bursátil, o modo pelo qual aquele mercado se organiza e a sua dinâmica. Tais aspectos devem, com efeito, ser levados em conta para uma interpretação adequada da lei. E é com base nessa consideração que passo à análise dos pontos trazidos.
6. O primeiro ponto a destacar, então, é o da alegada abusividade da disposição contratual que permitia à Corretora que procedesse unilateralmente e da própria conduta da Corretora. Pelos motivos acima expostos, não vislumbro, como esclarecido, abusividade naquela conduta. Da mesma maneira, as regras que autorizam o encerramento compulsório das posições e a venda de ativos, como já antecipei, não são abusivas porque engastadas na própria dinâmica das operações bursáteis e, mais do que isso, na dinâmica dos sistemas de liquidação daquelas operações.
7. Com efeito, o regime do sistema de pagamentos brasileiro (regulamentado a partir da Lei n.º 10.214, de 27.3.2001, em especial com base na Resolução CMN n.º 2.882, de 30.8.2001, e na Circular BCB n.º 3.057, de 31.8.2001) trata os sistemas de liquidação de operações das bolsas como sistemicamente importantes. Tais sistemas, que se organizam a partir de "elos" de uma cadeia de liquidação (as *Clearings* liquidam com os Membros de Compensação, estes com as corretoras e estas, por sua vez, com os clientes), liquidam as suas operações dentro de "janelas de tempo", em reservas bancárias. Para caracterizar os eventuais inadimplementos e a conseqüente necessidade de uso de garantias, eles estabelecem horários-limite para o cumprimento das obrigações pelos diversos participantes da cadeia. Incumbe às corretoras, tendo em vista esses horários-limite, estabelecer os horários para o pagamento por seus clientes e os contratos por elas adotados devem refletir tais condições.
8. Aquilo que, na descrição do Reclamante, soa como pura arbitrariedade é, assim, prática típica de mercado e coerente com a forma pela qual as operações são liquidadas. Adotar outros procedimentos que não aqueles representaria, por vezes, colocar o intermediário em risco, já que o obrigaria a arcar com o risco de crédito do cliente. Isso quando, vale lembrar, sociedades corretoras nem mesmo são intermediários hábeis a dar crédito.
9. O segundo ponto diz respeito ao mecanismo pelo qual se comunicou, ao Reclamante, a existência de débito pendente de liquidação. A correspondência eletrônica era um dos meios previstos para a comunicação entre corretora e cliente e a forma de liquidação das operações, a meu ver, legítima o seu uso.
10. E, digo isso porque não vejo, na utilização, pela Corretora, de comunicação eletrônica, uma quebra de confiança ou mesmo afronta à vedação do *venire contra factum proprium*. Vale explorar um pouco melhor essa afirmação.
11. Para que se possa caracterizar, em um caso concreto, a vedação ao *venire contra factum proprium* é importante não apenas que haja um comportamento mais ou menos padronizado, gerador de confiança na relação entre as partes, mas também que a parte que confia naquele comportamento tenha, de alguma forma, a ele aderido. E Menezes Cordeiro sintetiza os efeitos desse verdadeiro "investimento de confiança" dizendo que ele "*pode ser sinteticamente explicitado com a necessidade de, em consequência do factum proprium a que aderiu, o confiante ter desenvolvido uma actividade tal que o regresso à situação anterior, não estando vedado de modo específico, seja impossível em termos de justiça*"^[1].
12. No caso vertente, se é verdade que o padrão de comunicação entre cliente e corretora era verbal, não se pode olvidar que o próprio cliente autorizou – expressamente – as comunicações escritas, indicando o endereço eletrônico onde as poderia receber. E que a despeito do acompanhamento cotidiano, por meio de contatos telefônicos, é comum o envio de mensagens eletrônicas entre corretora e cliente, em especial como forma de registro ou de documentação de atos. Não vejo, assim, como a habitualidade dos contatos telefônicos possa ser capaz de desautorizar um meio expressamente autorizado, de uso comum, e cuja utilização em nada contradiz o fato de que a maior parte dos contatos se dá por meio telefônico. Não me parece haver, assim, como aceitar tal argumento.
13. Daí porque julgo o presente recurso improcedente, mantendo a decisão proferida pelo Conselho de Supervisão da BSM.

Rio de Janeiro, 16 de novembro de 2011.

Otávio Yazbek

Diretor Relator

[1] Cf. Antônio M. R. Menezes Cordeiro, "Da boa fé no direito civil", Almedina, Coimbra, 2007, p. 759.