

Interessados: Henrique José Ferreira e
SLW Corretora de Valores e Câmbio Ltda.

Assunto: Recurso em processo de Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos.

Diretor relator: Otavio Yazbek

Relatório

I. Objeto

1. Trata-se de recurso interposto por Henrique José Ferreira ("Reclamante") contra a decisão do Conselho de Supervisão da BM&FBovespa Supervisão de Mercados - BSM ("BSM") de negar o ressarcimento de supostos prejuízos que lhe teriam sido causados pela SLW Corretora de Valores e Câmbio ("SLW" ou "Reclamada"), Time Agentes Autônomos de Investimento Ltda. ME ("Time") e Diego Perez, sócio da Time, em virtude da execução de ordens não dadas.

II. Fatos

2. Em 2.2.2009, o Reclamante apresentou reclamação ao Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos ("MRP") da BSM em face da SLW e sua preposta, Time, imputando a estes a responsabilidade pelos prejuízos que sofreu (fls. 14-16). Novas informações e novos argumentos foram posteriormente trazidos, em resposta aos ofícios encaminhados pela BSM (fls. 39-41 e 193). Em apertada síntese, o Reclamante afirma que:
 - i. firmou "*contrato de prestação de serviço de compra e venda de ações junto à Time, sendo que as operações no mercado de valores mobiliários eram intermediadas pela SLW*";
 - ii. requereu à Time, tão somente, "*a simples compra de ações dentro dos limites de disponibilidade de capital de cada conta*" uma vez que "*não conhecia os mecanismos de alavancagem, bem como o uso de derivativos ou intensa especulação*";
 - iii. "*em maio de 2008, encaminhou um e-mail ao Sr. Diego [sócio da Time] e foi informado de que seu patrimônio estava em R\$ 24.000,00, com um rendimento de 10% em 5 (cinco) meses*";
 - iv. apenas em outubro de 2008 é que lhe foi comunicado o prejuízo decorrente das operações em bolsa. O Reclamante apurou que a Time realizou operações em seu nome, sem autorização, ainda que informal, no mercado de derivativos, que resultaram em uma perda no valor de R\$ 16.477,50;
 - v. após a ciência do ocorrido contratou um contador para apurar as perdas e tomou as providências cabíveis; e, por fim, que
 - vi. não recebia relatórios informativos das operações realizadas. Porém, ainda que recebesse, "*o fato de alguém ter ciência ou não de que está sofrendo um prejuízo não exime àquele que causou o dano de sua responsabilidade*".
3. Em 30.3.2009, a SLW apresentou defesa com os seguintes argumentos (fls. 71-79):
 - i. a Time foi contratada pela SLW para prestar serviços de mediação e distribuição de valores mobiliários primordialmente no Espírito Santo;
 - ii. o Reclamante "*autorizou, de forma inequívoca, a realização de operações nos mercados à vista e de liquidações futura (mercados à termo, futuro e assemelhados) administrados pela Bovespa e/ou pela Sociedade Operadora do Mercado de Ativos S.A. – SOMA*" e "*expressamente concordou com a transmissão de ordens verbais, considerando-as válidas, conforme evidenciado por sua ficha cadastral*";
 - iii. o Reclamante recebia, mensalmente, o extrato de suas operações no mercado de capitais. Estes extratos contêm, de maneira compreensível pelo "homem médio", informações sobre todas as operações realizadas, incluindo data, ativo negociado, valores em reais e saldo final em conta corrente do investidor, à semelhança de um extrato de conta corrente bancária. Paralelamente, o Reclamante tinha acesso, através de senha pessoal, a um sistema de informações eletrônicas mantido pela SLW e disponível na Internet (sistema POSIC);
 - iv. também os informativos enviados pela Bovespa (Avisos de Negociação Ativos, ou "ANA") e pela Câmara Brasileira de Liquidação e Custódia – CBLC (extratos de posição acionária) permitem aos clientes o acesso às informações sobre as operações efetuadas e o imediato reconhecimento de eventuais irregularidades;
 - v. considerando estes procedimentos, que chegam a ser redundantes, a inércia do Reclamante "*logra traduzir indubitavelmente a ciência, a concordância e a autorização quanto às operações cursadas por sua conta e ordem. De outra forma, ficaria apenas clara a flagrante falta de diligência esperada do homem médio brasileiro que seja minimamente cioso de seus próprios interesses e negócios*"; e
 - vi. a responsabilidade por eventuais irregularidades cometidas pela Time não lhe pode ser imputada, pois todas suas obrigações foram integralmente cumpridas, sejam civis, regulamentares ou contratuais.
4. Ao apurar o ocorrido, o relatório de auditoria preparado a pedido da Gerência Jurídica da Bovespa ("GJUR"), de 1.12.2009, contém os seguintes esclarecimentos (fls. 170-187):
 - i. em sua ficha cadastral, o Reclamante declarou que (a) seriam consideradas válidas as ordens transmitidas verbalmente, (b) estava ciente de que qualquer preposto da corretora, inclusive agente autônomo de investimento, não poderia ser seu procurador, e (c) não autorizava a transmissão de ordens por procurador ou representante;
 - ii. o Reclamante assinou perante a SLW "*Contrato para Realização de Operações nos Mercados Administrados por Bolsa de Valores e/ou Entidade de Balcão Organizado (operações à vista, termo, opções e futuros)*", o qual contém cláusulas em que o Reclamante declara conhecer o risco das operações e autoriza a SLW a realizar operações a termo, opções etc. O Reclamante assinou, também, o "*Contrato Eletrônico SLW/NetAções*", que dispõe sobre a execução de operações por meio da internet;

- iii. não foi possível identificar nenhum documento que comprove que o Reclamante autorizou a Time ou Diego Perez a transmitir ordens em seu nome ou a administrar sua carteira;
- iv. cerca de 50% dos negócios realizados pelo Reclamante foram registrados em seu nome por Diego Perez e Matheus Caliman, também sócio da Time. Entretanto, ambos não foram credenciados pela BM&FBovespa como repassadores de ordens autorizados a acessar o sistema de roteamento de ordens da Reclamada;
- v. as correspondências contendo os relatórios enviados pela Bovespa e pela CBLC ao Reclamante não foram devolvidas pelos Correios;
- vi. o Reclamante acessou, no período, oito vezes o sistema da Reclamada que possibilita o acesso de clientes aos dados sobre suas movimentações, inclusive o histórico de investimentos;
- vii. o limite operacional atribuído ao Reclamante pela Reclamada foi excedido em duas ocasiões; e
- viii. a conta corrente que o Reclamante mantinha na Reclamada apresentou saldos negativos em 33 dias, o que levou a Reclamada a debitar o montante de R\$ 871,73 a título de "*juros sobre saldo devedor em conta corrente*".

5. Em seu parecer de 5.3.2010, a GJUR entendeu que (fls. 207-219):

- i. *"muito embora afirme não ter autorizado a realização de operações no mercado a termo, o Reclamante não só declarou expressamente conhecer suas específicas regras, como ainda autorizou expressamente a Reclamada a nele operar, desde que mediante 'ordem do cliente'";*
- ii. pode-se concluir, com base no conhecimento do Reclamante de que a Time operava em seu nome, que houve a outorga de mandato verbal à Time, nos termos dos artigos 653^[1] e 656^[2] da Lei n.º 10.406, de 10.1.2002 ("Código Civil");
- iii. *"além disso, não há prova do estabelecimento, pelo Reclamante, de qualquer limite ou parâmetro para os negócios a serem realizados em seu nome, o que, além de demonstrar que havia relação de confiança entre o reclamante e o agente autônomo, indica que o Reclamante conferiu à Time poder geral para administração de sua carteira, nos termos do previsto no art. 660 do Código Civil^[3]";*
- iv. ao tomar conhecimento das operações realizadas em seu nome e não se manifestar perante a Reclamada, o Reclamante ratificou eventuais atos praticados pela Time com excesso de poderes; e
- v. embora haja indícios de administração irregular de carteira por parte de Time, o caso em tela não configura hipótese de ressarcimento pelo MRP, pois a gestão ocorreu por solicitação do próprio Reclamante, sendo aplicáveis à espécie as normas do Código Civil acerca da celebração de mandato, gestão de negócios e validade do ato jurídico.

6. Em 5.4.2010, o Conselho de Supervisão da BSM acompanhou o parecer da GJUR e decidiu pela improcedência da reclamação por não vislumbrar a configuração de quaisquer das hipóteses previstas pelo art. 77 da Instrução CVM n.º 461, de 23.10.2007^[4] (fls. 261-268).

7. Após ser informado, em 30.4.2010, que seu pedido fora julgado improcedente, o Reclamante interpôs recurso em 13.5.2010 (fls. 3-11), aduzindo que:

- i. contratou expressamente a Reclamada para que esta realizasse seus investimentos no âmbito da bolsa de valores, porém nunca celebrou qualquer contrato tácito ou verbal no mesmo sentido com a Time;
- ii. a relação jurídica objeto do presente processo é uma relação de consumo, portanto são aplicáveis não só o inciso III do art. 51 da Lei n.º 8.078, de 11.9.1990 ("Código de Defesa do Consumidor")^[5], mas também, a lição de Cláudia Lima Marques de que "*o ficto acordo tácito através do silêncio do consumidor ou mesmo do pagamento da prestação exigida à maior não deve prevalecer*"; e
- iii. a ausência de provas não lhe deve prejudicar, pois a aplicação do inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor ^[6] tem como resultado a inversão do ônus da prova do consumidor hipossuficiente para o prestador de serviços que tem o dever legal de manter todos os dados e informações sobre o consumidor e sobre os atos realizados e autorizados por ele.

8. Em suas manifestações, a área técnica da CVM considerou o recurso do Reclamante intempestivo, uma vez que a peça foi protocolada em 13.5.2010, quando o prazo se encerrava em 12.5.2010. No mérito, a referida manifestação acompanhou a decisão da BSM, levando em conta recentes precedentes do Colegiado e propondo, assim, o não provimento do recurso (fls. 272-284).

9. O processo foi, então, encaminhado para o Colegiado em 23.1.2012, tendo sido designado relator na reunião do dia 31.1.2012 (fl. 290).

É o relatório.

Voto

- 1. Acompanho a posição da área técnica da CVM no sentido de que o presente recurso é intempestivo, conforme consta do item 8 do Relatório. Entretanto, na hipótese de essa questão preliminar ser superada, passo a examinar o mérito do recurso.
- 2. Partindo da premissa de que o Código de Defesa do Consumidor deve reger a sua relação com a SLW, o Reclamante argumenta em seu recurso que a decisão da BSM teria violado o inciso VIII do art. 6º e o inciso III do art. 51 do referido diploma, além de ter atribuído efeitos indevidos ao silêncio do consumidor. Como já tive oportunidade de afirmar em voto no Processo Administrativo CVM n.º RJ 2010/16961, julgado em 16.11.2011, entendo que o Código de Defesa do Consumidor é, de fato, aplicável à relação entre corretoras e clientes. Não acredito, porém, que os dispositivos indicados favoreçam o Reclamante. Não me parece que o inciso III do art. 51 tenha aplicação ao presente caso, pois a decisão recorrida em nenhum momento transfere responsabilidades da SLW para terceiros – prática vedada pelo referido dispositivo. Já a pretendida

inversão do ônus da prova, facultada ao juiz pelo inciso VIII do art. 6º, não seria aqui relevante, pois a decisão não se baseia na inexistência de provas acerca dos fatos. A questão a respeito do silêncio, por sua vez, será enfrentada mais adiante.

3. Passando para a análise dos fatos, verifico grande similitude entre o presente caso e os Processos Administrativos CVM n.º RJ 2010/10271 e RJ 2010/9625, ambos julgados em 19.10.2011. Nesses precedentes discutiu-se, assim como aqui, em que medida a atuação irregular de agentes autônomos, com a anuência dos clientes, poderia ensejar a reparação de danos por meio do MRP. Ao final, o Colegiado entendeu que "*por mais que se apurem irregularidades no âmbito das Corretoras, os negócios realizados de acordo com a manifestação de vontade dos investidores devem ser honrados*".
4. Daí porque, a meu ver, o ponto central neste caso é o da identificação da vontade manifestada pelo Reclamante. Afinal, o pedido de ressarcimento apoia-se, essencialmente, no argumento de que os negócios celebrados pela SLW em seu nome nunca foram por ele autorizados ou pretendidos. Segundo o Reclamante, Time e Diego Perez nunca tiveram poderes para operar com seus recursos no mercado de derivativos.
5. Nesse sentido, acredito que o silêncio do Reclamante durante longo período após o início das operações tidas como irregulares – período durante o qual ele tinha ciência dessas operações, frise-se –, sem dúvida que tem a aptidão de indicar a existência de um mandato e de evidenciar que não houve qualquer restrição aos poderes outorgados à Time.
6. E aqui retomo o argumento do Reclamante, que se utiliza de lição doutrinária para ponderar que não deve prevalecer "*o ficto acordo tácito através do silêncio do consumidor*". No caso, não se está atribuindo ao silêncio um caráter propriamente constitutivo, o que é atacado pela autora citada, mas sim meramente interpretando aquele silêncio como um elemento do conjunto probatório que indica que o mandato teria sido outorgado pelo Reclamante.
7. Nesse sentido, conforme apurado no relatório de auditoria da BSM, as operações com instrumentos derivativos iniciaram-se em 18.12.2007, o Reclamante operou com a Reclamada até 15.10.2008 e sua reclamação é de 2.2.2009. Nesse meio tempo, o Reclamante teve acesso a numerosos mecanismos que lhe proporcionaram a possibilidade de acompanhar e supervisionar os investimentos realizados em seu nome e por sua conta no mercado de valores mobiliários. No período, ele acessou 8 vezes a plataforma eletrônica da SLW que lhe dava informações sobre movimentações, histórico de investimentos, extratos e posições de custódia. Com efeito, o acesso a tais instrumentos, como também aos ANAs e aos extratos enviados pela corretora, indica que o Reclamante conhecia as movimentações de sua carteira de valores mobiliários ou que ele, pelo menos, assumia que a sua carteira estava sendo "administrada" nos termos acordados. E mais, que a autorização abrangia também a realização de operações com derivativos. A autorização foi dada, daí decorrendo, inevitavelmente, a impossibilidade de ressarcimento dos prejuízos pelo MRP.
8. E isso não impede, vale destacar, a apuração de irregularidades nas práticas da Reclamada e da Time, no que tange às práticas de oferta de produtos financeiros e de administração de carteira. Trata-se, porém, de outra instância, distinta daquela do MRP, que é um mecanismo de escopo mais restrito e bem delimitado pela regulamentação de regência, como demonstram as decisões acima referidas^[7].
9. Ante o exposto, julgo intempestivo o recurso interposto pelo Reclamante. Na hipótese de a intempestividade ser superada, voto pelo não provimento do presente recurso em razão do conjunto de indícios que reforçam haver relação entre o Reclamante e a Time, mantendo, assim, a decisão proferida pelo Conselho de Supervisão da BSM.

É o meu voto.

Rio de Janeiro, 20 de março de 2012.

Otávio Yazbek

Diretor Relator

[1] Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

[2] Art. 656. O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito.

[3] Art. 660. O mandato pode ser especial a um ou mais negócios determinadamente, ou geral a todos os do mandante.

[4] Art. 77. A entidade administradora de mercado de bolsa deve manter um mecanismo de ressarcimento de prejuízos, com a finalidade exclusiva de assegurar aos investidores o ressarcimento de prejuízos decorrentes da ação ou omissão de pessoa autorizada a operar, ou de seus administradores, empregados ou prepostos, em relação à intermediação de negociações realizadas na bolsa ou aos serviços de custódia, especialmente nas seguintes hipóteses: I - inexecução ou infiel execução de ordens; II - uso inadequado de numerário e de valores mobiliários ou outros ativos, inclusive em relação a operações de financiamento ou de empréstimo de valores mobiliários; III - entrega ao investidor de valores mobiliários ou outros ativos ilegítimos ou de circulação restrita; IV - inautenticidade de endosso em valores mobiliários ou outros ativos, ou ilegitimidade de procuração ou documento necessário à sua transferência; V - intervenção ou decretação de liquidação extrajudicial pelo Banco Central do Brasil; e VI - encerramento das atividades.

[5] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) III - transfiram responsabilidades a terceiros.

[6] Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

[7] Cf., também nesse sentido, o voto da diretora Luciana Dias no Processo Administrativo CVM n.º SP 2007/0147, julgado em 17.1.2012, dentre outros, ainda mais recentes, que corroboram tal entendimento.