

Interessados: Oya e Sugioka Ltda. ME; e Umuarama S.A. CTVM (atual UM Investimentos S.A. CTVM)

Assunto: Recurso em Processo de Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos

Diretor-Relator: Otavio Yazbek

Relatório

I. Objeto

1. Trata-se de recurso apresentado por Oya e Sugioka Ltda. ME ("Reclamante") contra a decisão da BM&FBovespa Supervisão de Mercados ("BSM") que indeferiu pedido de ressarcimento dirigido ao Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos ("MRP"), por supostos prejuízos decorrentes de operações não autorizadas, realizadas por intermédio da Umuarama S.A. Corretora de Títulos e Valores Mobiliários ("Reclamada").

II. Reclamação

2. Em sua reclamação de 15.10.2008 e nos esclarecimentos posteriormente prestados, a Reclamante destaca que (fls. 15-17 e 51-52):
 - i. iniciou o relacionamento com a Reclamada por meio de Lucas Oliva Schietti ("Lucas Schietti") e de Tiago Oliva Schietti ("Tiago Schietti"), que foram seus únicos interlocutores durante todo o período objeto do presente processo;
 - ii. na ocasião em que abriu a sua conta, autorizou Lucas Schietti e Tiago Schietti a utilizar o valor depositado apenas para compras de ações à vista. Não obstante os limites da autorização, e o fato de que "*qualquer outra operação dependeria de autorização expressa, por ser medida excepcional*", a partir de junho de 2008 a Reclamada realizou operações a termo e com opções, gerando um prejuízo total de R\$ 53.452,79; e que
 - iii. após ter tomado conhecimento da realização das operações não autorizadas, o que só ocorreu porque a Reclamada passou a lhe solicitar depósitos para cobrir o saldo negativo das operações, solicitou "*várias vezes verbalmente para os Sr. Tiago e Lucas Schietti que tais operações não fossem mais realizadas, bem como fosse ressarcido o prejuízo*".

III. Relatório de auditoria, parecer jurídico e decisão da BSM

3. De acordo com o Relatório de Auditoria BSM/GAP n.º 31/10, preparado para o caso (fls. 71-85):
 - i. a Reclamante realizou operações por intermédio da Reclamada no período compreendido entre 29.11.2007 e 7.8.2008, sendo que (a) em 2.5.2008, foi realizada a primeira operação no mercado de opções; que (b) exceção feita a este negócio, todas as demais operações no mercado de opções foram realizadas entre 3.6.2008 e 4.8.2008; e que (c) nos pregões de 3.6.2008 e de 21.7.2008 foram realizadas operações nos mercados a termo;
 - ii. em sua ficha cadastral, a Reclamante declarou que considerava válidas as ordens transmitidas verbalmente e autorizou a Reclamada a cobrir eventuais débitos pendentes a partir da liquidação de direitos e ativos em seu nome;
 - iii. "*o campo da ficha cadastral destinado à identificação do procurador/representante autorizado a emitir ordens não foi preenchido*" e não foram identificados elementos de que os representantes da Reclamante tenham autorizado terceiros a transmitir ordens em seu nome;
 - IV. segundo informações prestadas pela Reclamada, "*os representantes da Oya e Sugioka transmitiam as ordens de operações verbalmente, por e-mail e MSN*", sendo que (a) a grande maioria das ordens (relativas a 82% dos negócios) registradas em nome da Reclamante foram repassadas por Lucas Schietti e por Tiago Schietti, sócios da MS2 Agente Autônomo de Investimento Ltda. [1]; e que (b) todas os negócios no mercado de opções (35, no total) registrado em nome da Reclamante foram repassados por Lucas Schietti e Tiago Schietti. As demais operações, inclusive as realizadas no mercado a termo (4, no total), teriam sido registradas por intermédio do *home broker* ou por operadores da Reclamada;
 - v. a Reclamante efetuou depósitos na conta corrente da Reclamada em 26.11.2007 e em 30.4.2008, ou seja, antes do período em que se iniciaram as operações no mercado de opções e a termo;
 - vi. segundo informações fornecidas pela Reclamada, no período entre 29.11.2007 e 20.10.2008, os "representantes" da Reclamante acessaram o *home broker* 230 vezes; e
- VII. a Reclamada apresentou três gravações de diálogos mantidos entre Sérgio Yoshio Oya ("Sérgio Oya"), representante da Reclamante, e os prepostos da Reclamada, todas sem indicação da data em que ocorreram. Na primeira, os participantes discutem só notícias de mercado. Na segunda, "*uma pessoa não identificada pergunta ao Sr. Sérgio [sócio da Reclamante] se ele quer vender (não informa o ativo), pois o preço do ativo, sobre o qual ele havia pagado R\$ 41,86 estava em R\$ 38,61*" [2]. Na terceira, o "*Sr. Sérgio Oya comunica que desejava "lançar" Vale. Uma pessoa não identificada informa que faria a trava ainda nessa data, assim como menciona que "travou" as vendas do cliente e que estava esperando um papel "bom" para vender*".
4. Em manifestação protocolada em 15.3.2010 (fls. 111-112), a Reclamante afirmou que as gravações não apresentam autorização ou solicitação para as operações irregulares. Segundo a Reclamante, as gravações são de conversas ocorridas após o prejuízo causado, comprovando o comportamento ilegal da Reclamada.
 5. Chamada a se manifestar sobre a reclamação e sobre o relatório de auditoria, a Reclamada limitou-se a reiterar, em 10.2.2010, que a Reclamante conhecia todas as operações feitas em seu nome (fls. 94-95).
 6. O parecer da Gerência Jurídica da BSM (fls. 139-152), exarado em 25.3.2010, considerou o seguinte:
 - i. que "*a Reclamante exteriorizou sua intenção de operar nos mercados a vista, de opções e a termo*", na medida em que no contrato celebrado com a Reclamada consta declaração sua de que "*tem conhecimento das regras aplicáveis (...) aos mercados a vista e de liquidação futura*" e de que "*tem pleno conhecimento de que os investimentos realizados nos mercados a vista e de liquidação futura (...) são caracterizados por serem de risco*";
 - ii. durante nove meses foram realizadas, por meio da Reclamada, operações em nome da Reclamante e que, ao longo de todo esse período, a Reclamante teria recebido os Avisos de Negociação de Ativos ("ANAs"), os extratos de custódia e as notas de corretagem; e
 - iii. que a Reclamante não trouxe elementos que demonstrem a alegação de que "*por diversas vezes, advertiu as reclamadas de*

- que não havia autorizado, solicitado ou emitido ordem*" para qualquer das operações nos mercados a termo e de opções.
7. A partir desses elementos, o parecer jurídico da BSM concluiu que (i) a Reclamante teria outorgado mandato verbal tácito aos agentes autônomos Lucas Schietti e Tiago Schietti; e que (ii) ainda que não tivesse ocorrido esta outorga, a Reclamante teria praticado atos inequívocos de ratificação ao receber os ANAs, os extratos de custódia e as notas de corretagem, ao acessar o *home broker* e ao efetuar depósitos na conta mantida com a Reclamada.
 8. O parecer jurídico argumenta, ainda, que a Reclamante, embora alegue ter contratado a compra de papéis a vista, não estabeleceu outros parâmetros para a atuação de Lucas Schietti e de Tiago Schietti. Este fato demonstraria que, além de haver relação de confiança entre a Reclamante e os agentes autônomos, houve outorga de poder geral para administração de carteira. Segundo o parecer, a negligência da Reclamante ao não definir apropriadamente os limites dos poderes conferidos aos administradores de sua carteira não poderia, posteriormente, ser utilizada em seu benefício.
 9. Por fim, o parecer jurídico da BSM consignou que as irregularidades verificadas na conduta da Reclamada [3], além dos indícios de administração de carteira por parte dos agentes autônomos, deveriam ser apuradas por meio de procedimento próprio, não se confundindo com as hipóteses de ressarcimento pelo MRP.
 10. Na análise do Conselho de Supervisão da BSM, de 4.5.2010 (fls.143-150), prevaleceu o entendimento da gerência jurídica no sentido da improcedência da reclamação, sob os seguintes fundamentos:
 - i. as alegações da Reclamante de que tentou impedir a continuidade dos negócios dos mercados a termo e de opções não foram acompanhadas de qualquer prova; e
 - ii. por este motivo, a Reclamante contribuiu de modo decisivo para a ocorrência dos prejuízos, seja por não questionar as operações, tempestivamente, com base nas informações regulares que lhe eram prestadas e nos meios de consulta oferecidos pela Reclamada, seja porque desrespeitou o seu próprio contrato social e aventurou-se em operações especulativas em volume desproporcional ao seu porte financeiro.

IV. Recurso e Análise da SMI

1. Após ser notificado da decisão do Conselho de Supervisão da BSM, em 26.5.2010, a Reclamante apresentou, em 4.6.2010, recurso (fls. 3-6) sob os seguintes argumentos:
 - i. não foram comprovados os acessos da Reclamante ao *home broker*, como reconheceu o relatório de auditoria ao mencionar que "*A Reclamada apresentou relatório de logs dos supostos acessos da Reclamante*". Não obstante, ainda que fossem provados os acessos, o *home broker* não é instrumento que serve a autorizar a atuação nos mercados a termo e de opções.
 - ii. ao afirmar que as irregularidades no âmbito da Reclamada identificadas pelo Parecer Jurídico não ensejam ressarcimento pelo MRP, a decisão do Conselho de Supervisão da BSM permitiu à Reclamada se beneficiar da sua própria torpeza, em desrespeito a um princípio geral de direito, pois a atuação fora dos limites contratualmente estabelecidos foi exclusivamente sua; e
 - iii. o MRP tem a finalidade de assegurar aos investidores o ressarcimento de prejuízos decorrentes da ação ou omissão de intermediário, ou de seus administradores, empregados ou prepostos, exatamente o que ocorre no caso em tela.
2. A Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários ("SMI"), em sua análise, opinou pela improcedência do recurso, subscrevendo os principais argumentos utilizados pela BSM (descritos no parágrafo 6 e seguintes deste relatório).

É o relatório.

Voto

1. O presente caso em muito se assemelha ao Processo Administrativo n.º RJ 2010/13966, decidido em 3.7.2012, ao menos no que tange à corretora reclamada, aos agentes autônomos que deram causa às alegadas perdas e a boa parte dos argumentos apresentados pela Reclamante. Antecipo que minhas conclusões, a despeito das especificidades do caso, que exporei em breve, também não se distanciam das conclusões da diretora relatora naquele processo – em suma, votarei pela improcedência do recurso, acompanhando a posição da SMI e mantendo, assim, a decisão da BSM.
2. Gostaria, no entanto, de destacar alguns pontos que me chamaram a atenção e que, de longa data, vêm suscitando, para mim, algumas preocupações de ordem mais geral. Reitero que as impressões ora trazidas não afetam a decisão do presente caso, em razão de outro aspecto que nele se apresenta. Ainda assim, creio que vale destacar tais pontos.
3. E o primeiro desses pontos diz respeito à evidente inadequação das condutas adotadas por alguns intermediários, mormente quando do uso de agentes autônomos, e ao peso que se tende a dar, nos processos de mecanismo de ressarcimento de prejuízos, a tais condutas. Para usar exemplos do presente caso: Lucas Schietti e Tiago Schietti não eram, durante o período em que se realizaram as operações, cadastrados como "repassadores de ordens" – ainda que exercessem tal função em nome da corretora. Mais do que isso, a BSM assumiu, em seus relatórios, que a contratação dos autônomos pela corretora se deu posteriormente à realização das operações.
4. Na verdade, os levantamentos da BSM e da área técnica da CVM apontam discrepâncias quanto às respectivas datas de credenciamento daqueles dois como agentes autônomos e quanto à data da assinatura do contrato entre a MS2 e a corretora – adoto, aqui, a solução mais benéfica, presumindo que, no período de realização das operações, eles fossem ao menos agentes autônomos e que a MS2 já fosse contratada pelo intermediário.
5. Mas, o que importa, para essa minha argumentação, é que a BSM pressupôs, em sua decisão, que a contratação da MS2 se deu posteriormente. Ora, é perfeitamente possível considerar que, se tal contratação era posterior, os agentes autônomos ligados àquela pessoa jurídica talvez não pudessem ser considerados prepostos da Umuarana, autorizados a receber ordens dos clientes. Numa situação como essa, eles talvez deveriam ser considerados, em relação àquela instituição, como terceiros. Neste sentido, o intermediário teria recebido ordens, em nome de um cliente, de pessoas que não eram autorizadas a dar aquelas ordens – porque a ficha cadastral do cliente, de fato, também não aponta aquelas pessoas como autorizadas.
6. Em casos assim – e deve-se, de fato, analisar cada caso concreto – talvez se devesse tratar a sequência de falhas na constituição de prepostos como algo capaz de reforçar o pleito dos reclamantes. E, mesmo que, neste caso, talvez não se deva falar em irregularidades neste ponto (já que, conforme a SMI, a MS2 já era contratada da Reclamada), permanece válida uma conclusão geral sobre o tema: observadas as características de cada caso concreto, a corretora pode, sim, vir a ser responsabilizada, também em sede de MRP, por irregularidades na sua estrutura de distribuição.
7. Em outras palavras, estruturas informais ou inadequadas de distribuição são geradoras de riscos não apenas para os clientes, mas também, e cada vez mais, para os próprios intermediários que as adotam. Essas práticas não têm apenas o condão de gerar respostas dos reguladores e autorreguladores, sob a forma da aplicação de penalidades diversas, mas também de gerar exposições patrimoniais para o intermediário – estamos tratando, aqui, a rigor, de risco operacional.
8. Outra ressalva que gostaria de apresentar, também esta de caráter incidental, diz respeito à consideração pura e simples de que o envio de ANAs, de extratos de custódia e de notas de corretagem represente sempre prova inequívoca da anuência dos clientes com as operações realizadas. No presente caso, por exemplo, tal fundamento é de relativa valia, uma vez que as operações questionadas teriam se realizado em um período relativamente curto e que os ANAs e os extratos de custódia sujeitam-se a determinadas periodicidades. Também a mera referência

ao número de acessos ao *home broker* deve ser considerada com algum cuidado, uma vez que a corretora apenas apresentou o número de acessos realizados durante todo o período, não trazendo maiores detalhes sobre, sequer, a natureza das consultas.

9. Por fim, creio que mesmo os pagamentos efetuados para o intermediário devem ser analisados com cautela, uma vez que, no presente caso, se está lidando, predominantemente, com depósitos efetuados antecipadamente – a saber, em 26.11.2007 e em 30.4.2008.
10. Contudo, a despeito das minhas ressalvas e das preocupações que apresentei, acompanho a posição da SMI, pela manutenção da decisão da BSM. E isso não apenas porque ainda restariam, de qualquer maneira, as notas de corretagem como elemento probatório. Na verdade, e acho que esse é um elemento-chave para o deslinde do presente processo, as gravações telefônicas apresentadas parecem-me prova inequívoca de que a Reclamante deliberadamente operava com derivativos. Note-se que, em uma das gravações, é atribuída ao representante da Reclamante uma compra a termo e que, em outra, este mesmo representante comunica que "*desejava 'lançar' Vale*".
11. É bem verdade que, também aqui, a corretora olímpicamente apresentou apenas três gravações, que poderiam muito bem corresponder só àquelas que lhe favoreceriam. No entanto, as manifestações do cliente naquelas gravações afastam completamente aquilo que ele alega na sua reclamação – de que jamais teria ordenado operações com derivativos.
12. Por fim, gostaria de externar minhas preocupações com dois outros fundamentos que, não raro, têm aparecido e que, a bem da verdade, não deixam de ter alguma validade. E o que quero fazer é apontar, também aqui, a sua relatividade.
13. O primeiro deles é a assunção de que a mera assinatura do contrato de intermediação de operações, que abrange operações no mercado de derivativos e que traz um reconhecimento expresso do risco inerente àquelas operações, já corresponda à autorização do cliente para operar com aqueles instrumentos. Os termos do contrato, genéricos por definição, não substituem, em nenhuma hipótese, a efetiva emissão de ordens, esta sim o ato objetivo capaz de denotar, de forma concreta, a intenção de comprar ou vender um determinado ativo. Deve-se, assim, tomar cuidado com a assertiva genérica de que o contrato já refere operações com derivativos.
14. O segundo ponto diz respeito ao reconhecimento, cada vez mais comum em processos de MRP, da outorga de mandato tácito para agentes autônomos. Sem prejuízo do fato de que o agente autônomo é representante do intermediário perante o cliente e não deste perante o intermediário, e sem prejuízo, também, da vedação aos agentes autônomos para a administração de carteiras, gostaria de registrar que, não raro, o reconhecimento da outorga de mandato tácito pode levar a algumas dificuldades. E acho que esse caso deixa bem claras algumas dessas dificuldades – assim, por exemplo, os atos que são expressamente vistos, pela BSM, como de ratificação do mandato e de expressa anuência, nomeadamente a passividade perante os ANAs e a realização de depósitos pelo cliente, talvez nem possam ser considerados como hábeis para tais fins, como se viu acima.
15. Ressalvadas essas questões, que, como disse, correspondem a uma discussão de fundo, destaco, uma vez mais, que acompanho a posição da área técnica da CVM, votando pela manutenção da decisão do Conselho de Supervisão da BSM.

É o meu voto.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2012.

Otávio Yazbek

Diretor Relator

[1] A MS2 Agente Autônomo de Investimento Ltda. obteve seu credenciamento como agente autônomo pela CVM em 14.8.2007, tendo, em 30.10.2007, celebrado contrato de prestação de serviços de distribuição e mediação de títulos e valores mobiliários com a Reclamada. Também de acordo com o apurado pela auditoria da Bolsa, à época das operações questionadas, nem a MS2 Agente Autônomo de Investimento Ltda., nem Lucas Schietti, nem Tiago Schietti estavam credenciados como repassadores de ordens.

[2] De acordo com as operações relatadas (fls. 86-87), a única operação que teria sido realizada nesses termos é a compra a termo realizada em 21.7.2008.

[3] O parecer jurídico considerou que a Reclamada deixou de observar a prática de suitability e as regras relacionadas ao know your customer.