

Processo Administrativo CVM nº RJ2013/10105 - Reg. Col. nº 8974/2014

Processo Administrativo CVM nº RJ2013/10789 - Reg. Col. nº 8976/2014

Processo Administrativo CVM nº RJ2013/10936 - Reg. Col. nº 8971/2014

Interessados: Marciano Testa

Agiplan Serviços Financeiros Ltda.

ABM – Associação Beneficente Mútua Assistencial aos Servidores Públicos do Brasil

Banif Corretora de Valores e Câmbio S.A.

Assunto: Recurso contra decisão da BSM em procedimento de MRP

Diretora Relatora: Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes

Relatório

Do Objeto.

1. Trata-se de recurso interposto por Marciano Testa, Agiplan Serviços Financeiros Ltda. e ABM Brasil – Associação Beneficente Mútua Assistencial aos Servidores Públicos do Brasil (em conjunto "Reclamantes"), com base no art. 82, parágrafo único[1], da Instrução CVM nº 461/2007, contra decisão da 59ª Turma do Conselho de Supervisão da BM&FBovespa – Supervisão de Mercados ("BSM"), que julgou improcedente reclamação apresentada contra Banif Corretora de Valores e Câmbio S.A. ("Corretora" ou "Reclamada") no âmbito do Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos.
2. Observe-se que embora as três Reclamações tenham sido instruídas em processos apartados (processos MRP nº 74/10, nº 75/10 e nº 76/10), seus fatos e fundamentos são os mesmos e, por isso, serão tratadas conjuntamente. Além disso, a administração das duas pessoas jurídicas citadas era feita pelo Sr. Marciano Testa. As análises da BSM e as Defesas foram apresentadas conjuntamente.
3. É importante destacar que o Reclamante, Sr. Marciano Testa era sócio tanto da Agiplan Serviços Financeiros Ltda (também Reclamante) como também da AGIPLAN AGENTE AUTÔNOMO DE INVESTIMENTO ("Agiplan AA"). A Agiplan AA prestava serviços de intermediação a todos os três Reclamantes.

Da Reclamação (fls. 06-11[2])

4. Em 20/05/2010, os Reclamantes protocolaram pedido de ressarcimento alegando: (i) atuação irregular de administração de carteira por agente autônomo e (ii) falta de fiscalização por parte da Corretora. Como fundamentação argumentaram que:
 - a. Inicialmente, os Reclamantes expuseram que a Agiplan AA tinha contrato de prestação de serviços com a Reclamada, para prestação de serviço de distribuição e mediação de títulos e valores mobiliários, agindo, pois, como representante da Corretora. Ainda, que o Sr. Rilton Brum Nunes, Agente Autônomo de Investimento ("AAI"), na condição de sócio-administrador, fazia parte do quadro de agentes autônomos da Agiplan AA.
 - b. Os Reclamantes informaram que, em 05/04/2010, receberam uma ligação da Corretora informando que o AAI responsável pelo seu atendimento estava efetuando operações de compra e venda de ações sem a devida autorização dos Reclamantes.
 - c. A partir dessa notícia, os Reclamante realizaram uma análise das operações, após o que, alegam que foram apuradas diversas irregularidades na atuação do AAI, dentre elas: (i) discrepâncias no valor do real saldo aplicado nos comunicados de operações realizadas em comparação com os demonstrativos obtidos junto à corretora BANIF nas mesmas datas; (ii) omissão de operações realizadas, constando apenas as operações que continham lucro; (iii) alteração dos demonstrativos financeiros mensais; (iv) uso indiscriminado da "conta margem" dos Reclamantes.
 - d. Além disso, os Reclamantes afirmam que, no período em que o AAI comprou e vendeu ações sem autorização, este gerou para a Corretora um montante expressivo em corretagem. Assim, restaria claro que, pelo alto valor movimentado e pelos tipos de operações, o AAI somente agiu em prol dos seus interesses pessoais, já que parte de sua remuneração advém da corretagem gerada pelas operações que ele intermediou junto à Corretora.
 - e. Os Reclamantes ainda ressaltaram que o agente autônomo tem o dever de fornecer, periodicamente, um conjunto de informações para que o investidor possa acompanhar as operações realizadas. Contudo, tal obrigação não teria sido cumprida, visto que os Reclamantes que não estavam cientes das condutas ilícitas praticadas e tampouco da ausência de supervisão da Corretora.
5. Portanto, diante do prejuízo causado, agravado pela atuação irregular e irresponsável do AAI, assim como a falta de fiscalização pela Corretora, os Reclamantes buscam o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da ação e omissão dos reclamados, nos valores de R\$ 1.668.000,00, R\$ 11.289,22 e R\$ 66.397,92, correspondentes às perdas do Sr. Marciano Testa, Agiplan Serviços Financeiros Ltda. e ABM Brasil, respectivamente, assim como a posterior aplicação das penalidades previstas em lei aos responsáveis pela conduta ilegal.
6. Em esclarecimento (fls. 181-184) prestado em 04/08/10, a pedido da BM&FBovespa – Supervisão de Mercados ("BSM"), os Reclamantes acrescentam que: (i) não enviavam ordens específicas à Banif, à Aginvest[3] ou ao Sr.

Rilton Brum, deixando a critério da Banif as decisões de investimento; (ii) não foi firmado nenhum contrato com a Aginvest, tampouco com qualquer agente autônomo, sendo o firmado diretamente com a Banif; (iii) não foram recebidos os Avisos de Negociação de Ativos ("ANA"), nem extratos de posição em custódia emitidos pela BM&F BOVESPA; (iv) não eram recebidas notas de corretagem; e (v) os Reclamantes recebiam apenas e-mails do AAI contendo resultados forjados.

Da Defesa (fls. 216-232)

7. Em 25/10/10, a Corretora apresentou Defesa nos seguintes termos:
 - a. Após a BSM solicitar esclarecimentos complementares, os Reclamantes indicaram a Banif como responsável por decidir as suas operações (fl.181), e não mais o AAI. Tal afirmação se mostra contraditória, uma vez que se a Corretora tivesse atuado como administradora dos recursos dos Reclamantes, estes deveriam ter exposto tal fato na Reclamação original e não posteriormente a pedido da BSM. Além disso, a Corretora informa que jamais exerceu a função de administradora de recursos, sequer possuindo na CVM o registro necessário para administrar recursos de terceiros.
 - b. Adicionalmente, a Corretora destaca que as provas apresentadas pelos Reclamantes comprovam que todas as operações realizadas não tiveram nenhuma participação da Corretora, sendo efetuadas por meio de: (i) *login* efetuado pelos próprios Reclamantes ao *Home Broker*; (ii) *login* do agente autônomo da Agiplan AA no *Home Broker*; e (iii) contato direto com a Corretora pela Agiplan AA.
 - c. Sobre a alegação dos Reclamantes de que não estariam cientes das operações realizadas, a Corretora ressalta que o Sr. Marciano Testa é sócio da Agiplan AA e, portanto, não poderia alegar que desconhecia os negócios realizados pela Agiplan AA.
 - d. Além disso, a Corretora observa que os Reclamantes juntaram aos autos *e-mails* trocados com o AAI, o que comprovaria uma constante troca de informações sobre as operações realizadas. Segundo a Reclamada, apesar de tais *e-mails* terem sido juntados com fim de provar que o AAI prestava informações incorretas, eles também constituem prova concreta de que existia um contato constante entre os Reclamantes e o AAI.
 - e. Outro ponto ressaltado pela Corretora é o fato de que ela adota um sistema em que, sempre que uma ordem é efetuada por meio do *Home Broker*, é enviado automaticamente um *e-mail* de confirmação para a conta indicada pelo cliente. E, no caso dos Reclamantes, durante o período de 24/04/2009 a 14/04/2010, foram gerados pelo sistema mais de 8.500 *e-mails* automáticos, o que significa uma média de 20 *e-mails* por dia.
 - f. Ainda, a Corretora verificou os *logs* de acesso à conta dos Reclamantes e constatou que as contas eram acessadas com uma alta frequência. Durante o período de 16/04/2009 a 21/07/2010 teriam sido realizado mais de 200 acessos (fl.222).
 - g. Também, foram enviados os Avisos de Negociação de Ativos ("ANA") e os extratos mensais de custódia pela CBLC, uma vez que tal envio é obrigatório. Deste modo, seria razoável afirmar que eles foram emitidos. Contudo, tendo em vista a afirmação dos Reclamantes de que não receberam tais avisos, a Corretora alega que não tem acesso aos dados da CBLC e, portanto, não tem como confirmar o envio dos referidos avisos.
 - h. Assim sendo, mesmo sem considerar os ANAs e os extratos mensais de custódia pela CBLC, o envio de ordens através do *Home Broker* com a senha pessoal do Sr. Marciano Testa, o recebimento automático de *e-mails* e o acesso frequente à conta do *Home Broker*, constituiriam prova de que os Reclamantes estavam ciente das operações realizadas em seus nomes, além de participarem ativamente na movimentação da sua conta.
8. Outro ponto contestado pela Reclamada é a tentativa dos Reclamantes de responsabilizar a Corretora pela sua suposta responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes autônomos. Segundo argumenta:
 - a. A responsabilidade da Corretora pelos atos do AAI, não se estende aos atos estranhos ao contrato entre a Corretora e o AAI.
 - b. No caso em questão, a atividade profissional da Agiplan AA, como preposta da Corretora, não inclui a administração de recursos de terceiros. Isto demonstraria que o AAI, ao exercer atividades para as quais não foi contratado, não atuou como intermediário, deixando de existir qualquer responsabilidade solidária por parte da Corretora, a qual somente incidiria quando o preposto está exercendo as funções para o qual foi contratado.
 - c. Portanto, a Corretora ressalta que, se houve prejuízo, estes não guardam relação com a falta de supervisão da Corretora com as atividades da Agiplan AA, mas sim com a imprudência dos Reclamantes que, se não foram responsáveis pelas operações, cederam conscientemente as suas senhas e admitiram atuação irregular por parte do AAI.

Do Relatório de Auditoria da BSM (fls. 518-552)[\[4\]](#)

9. O Relatório de Auditoria foi realizado com intuito de averiguar:
 - i. o perfil operacional dos Reclamantes
 - ii. a compatibilidade das operações efetuadas em nome dos Reclamantes e suas condições
 - iii. os detalhes das operações realizadas em nome dos Reclamantes por intermédio da Corretora Banif
10. Segundo o Relatório de Auditoria, o Sr. Marciano Testa operou pela corretora Bradesco no período entre 18/09/2006 a 28/05/2007, e pela Reclamada entre 17/04/2009 a 29/04/2010. Consta no Relatório que o Sr. Marciano Testa também foi cadastrado na corretora Santander, mas não realizou operações por intermédio dessa Corretora.
11. Sobre as operações por intermédio da Reclamada, cumpre informar que foi realizado um total de 15.135 negócios de compra e venda nos mercados à vista e de Opções, tendo sido realizadas operações de *Day trade* em ambos os mercados. Além disso, foi realizado empréstimo de títulos junto ao BTC, assim como o exercício de opções no

- período supracitado. O resultado bruto dessas operações foi um prejuízo de R\$ 262.317,10.
12. Além das operações mencionadas, em 24/08/2009, o Sr. Marciano Testa aplicou R\$ 50.000,00 em cotas de clube de investimento, resgatando a totalidade de suas cotas por R\$ 56.455,76 em 06/05/2010.
 13. No que diz respeito às ações no BTC, cerca de 7% dos empréstimos, tem características de que foram realizados para concretizar operações "*long & short*", compreendendo a manutenção simultânea de ações compradas e vendidas com tendências opostas, para reduzir a exposição dos investimentos ao risco de mercado.
 14. Sobre essas ações, o relatório informou que foi debitado da conta do Sr. Marciano Testa R\$ 50.962,85 a título de taxas de remuneração, comissão de intermediação de empréstimos de ações e reembolso de fração de ações. O Sr. Marciano Testa também pagou R\$ 41.111,26 aos doadores das ações a título de reembolso de dividendos/juros sobre o capital próprio deliberado pelas sociedades emissoras de ações.
 15. O relatório ainda cientificou que o Sr. Marciano Testa outorgou poderes à Reclamada para atuar em operações no BTC através do "Termo de Autorização de Cliente", no qual não consta data de assinatura, somente indicando que foi obtido no site da Corretora e impresso em 23/02/2010, ou seja, data posterior à de início das operações de empréstimo de ações realizadas em nome dos Reclamantes. Em 30/12/2010, a Corretora informou que não tem outro documento assinado pelos Sr. Marciano Testa permitindo a realização de empréstimos em data anterior a 23/02/2010.
 16. Sobre a compatibilidade das operações, a Corretora informou que em 2010 iniciou um processo de *suitability* a fim de mapear o perfil e os objetivos de investimento dos clientes da instituição, considerando: (i) a situação econômico-financeira dos investidores; (ii) os respectivos padrões de risco; (iii) a necessidade de liquidez; e (iv) o prazo de retorno dos investimentos.
 17. Em 11/01/2011, a Corretora informou que o Sr. Marciano Testa preencheu o questionário, por meio do site da instituição em 27/05/2010, ou seja, data posterior à da última operação realizada por intermédio da Corretora.
 18. A Corretora cientificou que o Sr. Marciano Testa preencheu o questionário sobre seu perfil como investidor de maneira mais conservadora do que atuou no mercado e com respostas dissonantes de funções exercidas e de suas experiências anteriores, sendo classificado com um perfil conservador.
 19. Consta no Relatório que o Sr. Marciano Testa declarou, no questionário, que era diretor da Agiplan Serviços Financeiros Ltda., recebia rendimentos mensais de R\$15.578,00 e mantinha patrimônio de R\$1.350.000,00. Entretanto, através dos documentos apresentados pela Corretora, foi verificado que o Sr. Marciano Testa era diretor e sócio majoritário da Agiplan Serviços Financeiros Ltda., procurador da empresa ABM Brasil, e sócio minoritário da Agiplan AA.
 20. A média diária negociada em nome do Sr. Marciano Testa, por intermédio da Corretora, foi de R\$1.975.617,66, o que significa uma média diária 20 vezes superior ao seu perfil operacional junto à corretora Bradesco.
 21. Analisando os resultados das operações no segmento BM&F, foi verificado que a Corretora Banif utilizou 3 contas para registrar e liquidar as operações: A conta corrente do SINACOR[5], a conta gráfica de depósito[6] e a conta margem[7]. Em 15/04/2009, os Reclamantes assinaram perante a Corretora o "Termo de Adesão ao Contrato de Financiamento para Aquisição de ações - Conta Margem", documento no qual o Sr. Marciano Testa declara que está de acordo com as cláusulas do referido contrato. (fl.593)
 22. No Relatório de Auditoria consta uma tabela (fls.540/541) que demonstra o resumo das movimentações financeiras registradas nas contas correntes do Sr. Marciano Testa no período de 16/04/2009 a 22/07/2010. A tabela mostra que na data da última movimentação (22/07/2010) o Saldo era equivalente a R\$ 0,33.
 23. Analisando a transmissão e registro de ordens no segmento BOVESPA, conforme informado pela Reclamada em sua defesa, as ordens em nome do Sr. Marciano Testa foram transmitidas pelo próprio ou pela Agiplan AA, utilizando os seguintes meios: (i) sistema *Home Broker*; (ii) sistema de roteamento de ordens concedido à referida empresa de agentes autônomos; (iii) contato direto com a mesa de operações da Corretora.
 24. Consta no Relatório que as ofertas relativas à cerca de 92% dos negócios realizados em nome do Sr. Marciano Testa, no período de 17/04/2009 a 29/04/2010, foram enviadas ao Sistema de Negociação Mega Bolsa pelo sistema de roteamento de ordens por intermédio das portas 300 e 301, do *Home Broker* e, também, pela 311, que é a porta de um repassador de ordem. A tabela (fl. 542) demonstra todas as operações realizadas no período, em um total de 15.135 negócios com um volume de R\$ 480.075.090,88.
 25. Em correspondências eletrônicas, a Reclamada informou que os responsáveis pelo registro das ofertas enviadas ao Sistema de Negociação Mega Bolsa pela porta 311 foram Rilton Brum Nunes, Píer Luiz de Resende Mattei e o próprio Sr. Marciano Testa, sócio da Agiplan AA.
 26. Foi verificado que Rilton Brum Nunes e Pier Luiz de Resende Mattei são sócios e administradores da empresa e estavam credenciados pela BM&FBOVESPA como repassadores de ordens, autorizados a acessar o sistema. O Sr. Marciano Testa, por sua vez, apesar de sócio minoritário, detendo 2% do capital da empresa, não estava credenciado pela CVM para exercer a função de repassador de ordens.
 27. Foram depositados na conta gráfica de depósito do Sr. Marciano Testa, nos dias 16/04/2009 e 20/05/2009, os valores de R\$ 1.400.000,00 e R\$ 550.000,00, respectivamente. Consta que os valores foram creditados na conta corrente da Corretora por meio de TED's emitidas pelo Sr. Marciano Testa contra o Banco Itaú.
 28. No que diz respeito às retiradas, os comprovantes de liquidação financeira indicam que os valores foram creditados nas contas correntes do Sr. Marciano Testa, mantidas no Banco ABN AMRO Real, Banco Itaú e Banco do Brasil, por meio de TED's emitidos pela Corretora contra o Banco Banif.
 29. Por fim, o Relatório de Auditoria indicou que, os ANAs e os Extratos de Custódia foram enviados pela BM&FBOVESPA ao endereço correspondente ao indicado na ficha cadastral da Corretora e que tal endereço não foi alterado. Além disso, a *clearing* da BM&FBOVESPA enviou quinzenalmente o Aviso de Movimentação do BTC - AMB. Ainda, cumpre observar que os avisos enviados aos Reclamantes não foram devolvidos pelos Correios.

Das Manifestações sobre o Relatório de Auditoria (fls. 654-677)

30. Em 09/02/2011, a Reclamada apresentou suas considerações sobre o Relatório de Auditoria, nos seguintes termos. A Corretora ressaltou que os Reclamantes seriam investidores ativos, tendo realizado operações especulativas em volume substancial, somente vindo a reclamar de tais operações depois de sofrerem prejuízos. A Corretora ainda

prestou alguns esclarecimentos sobre o Relatório, os quais se seguem:

- a. O Relatório de Auditoria informou que o Sr. Marciano Testa declarou possuir rendimentos mensais de R\$ 15.578,00. Entretanto, conforme consta na ficha cadastral dos Reclamantes (fl. 39) junto à Corretora, os rendimentos mensais declarados pelos Reclamantes somam R\$ 350.000,00.
- b. Embora não tenha sido possível localizar o Termo de Autorização para realização das operações de BTC, o próprio Relatório comprovou que os Reclamantes tinham ciência das operações através dos Avisos de Movimentação de BTC - AMB. Portanto, a incapacidade de localizar o documento não altera a circunstância de que as operações contaram com a ciência e aprovação dos Reclamantes.
- c. Houve um atraso no cadastramento dos repassadores de ordens dos Reclamantes, mas tal atraso só ocorreu por uma pendência de regularidade no SERASA. De qualquer forma, a Corretora esclareceu que já teria alterado os seus procedimentos internos para não aceitar ordens transmitidas por repassadores que não detenham o credenciamento totalmente deferido.
- d. O Sr. Marciano Testa era pessoa autorizada a emitir ordens em nome da ABM Brasil e da Agiplan Serviços Financeiros Ltda. (fls.27 e 50).
- e. No que diz respeito às funções exercidas pelo Sr. Marciano Testa na ABM Brasil, cumpre observar que ele era Procurador. Entretanto, em 24/09/2009, o ex-presidente Ricardo Testa, renunciou ao cargo, tendo sido o Sr. Marciano Testa eleito Presidente. Portanto, somente até 24/09/2009, o Sr. Marciano Testa atuou em nome da ABM Brasil por meio de escritura pública que conferia ao mesmo amplos poderes. A partir de 24/09/2009, o Sr. Marciano Testa passou a representar a ABM Brasil como Presidente.
- f. Por fim, a Corretora confirmou o valor do prejuízo apontado pelo Relatório de Auditoria no valor de R\$ 262.317,10[8] ainda que tenha total convicção de que o pleito dos Reclamantes é indevido.

31. Por sua vez, os Reclamantes apresentaram manifestação nos seguintes termos:

- a. O AAI, de acordo com a ICVM nº 434/06, exerce funções de intermediação sendo uma extensão da Corretora, portanto, age sob a responsabilidade dela, não podendo a Corretora alegar que não responde pelos atos do mesmo.
- b. Os Reclamantes sustentam que, com base no item 11 das Regras e Parâmetros de Atuação da Banif Corretora S/A e no item 12 do contrato firmado entre a Corretora e o Cliente (fl.665), toda operação efetuada no mercado mobiliário deve ser precedida por ordem dada pelo cliente, cujo teor deve ser gravado, sob pena de nulidade do ato.
- c. Os serviços de empréstimo, operações de aluguéis de ações e alavancagem, entre outros, não poderiam ter sido realizados por terceiros sem procuração, muito menos por agentes autônomos, uma vez que os mesmos estão expressamente proibidos de atuarem como administradores de carteira. Isto demonstra uma irregularidade cometida pela Corretora, que, através do agente autônomo, forneceu aos Reclamantes serviços que não foram contratados. Além do mais, não há nenhum documento nos autos que comprove que as ordens cumpridas pela Reclamada estavam suportadas por e-mail ou gravação telefônica.
- d. Outro ponto contestado pelos Reclamantes foi o fato de que a Corretora utilizou a conta margem com limite de crédito superior aos 70% indicado na cláusula 2ª, item 2.1, do Contrato de financiamento para Aquisições de Ações-Operação Conta Margem.
- e. No que diz respeito ao cuidado da Corretora com os Reclamantes, estes alegam que a Reclamada não teve o cuidado e o comprometimento necessário, agindo de forma ilegal e irresponsável.
- f. Sobre as operações com o *Home Broker*, o Sr. Marciano Testa alega que nunca acessou o sistema uma vez que não tinha a senha para isso. Segundo o mesmo, as ordens de compra oriundas do sistema partiram de uma terceira pessoa, com a conivência da Reclamada.
- g. A respeito das operações através do Sistema de Negociação Mega Bolsa, os Reclamantes ressaltaram a fragilidade do sistema da Corretora, uma vez que não há nenhum registro de conversa entre o Sr. Marciano Testa e algum funcionário da Corretora. Adicionalmente, o Sr. Marciano Testa não possui conhecimentos na área e não é cadastrado pela CVM, portanto, não estaria habilitado para atuar como agente autônomo ou como repassador de ordens. Segundo os Reclamantes, isso demonstraria que a porta utilizada para repassar as ordens não foi utilizada pelo Sr. Marciano Testa e sim pelos agentes autônomos da Agiplan AA.
- h. Assim, permitindo que tais operações fossem realizadas, a Corretora não levou em conta o conhecimento do perfil dos Reclamantes, nem comprovou a autorização de ordens através de cópia de algum e-mail enviado ou gravação telefônica entre o Sr. Marciano Testa e os prepostos da Corretora.
- i. Os Reclamantes ainda alegam que tal atitude da Corretora se justifica pelo alto faturamento obtido com as operações realizadas em nome dos Reclamantes. Somente considerando os juros pela utilização da conta margem a Corretora teria faturado a quantia de R\$ 390.248,34, que deveriam ser somados a mais R\$ 781.731,52 a título de corretagem.
- j. Adicionalmente argui que, somente após o momento que a situação ficou desfavorável para a Reclamada, ela buscou um contato com os Reclamantes para informar sobre débitos pendentes junto à mesma.
- k. Ainda, em comparação com o perfil operacional na Corretora Bradesco, o número de pregoes e o volume negócios realizados seriam muito inferiores daqueles verificados na Reclamada. Além disso, as operações se limitariam à aquisição de ações no mercado à vista.

32. Os Reclamantes concluem a manifestação apontando as seguintes supostas irregularidades praticadas pela Corretora: (i) disponibilização, sem contratação, de recursos na forma de empréstimos; (ii) utilização da conta margem nas aquisições de ações fora do mercado à vista e em limites superiores a 70% da carteira de valores mobiliários mantidas na Corretora; (iii) aquisição e venda de ações sem autorização ou determinação do cliente para tanto; (iv) desprezo da Corretora Banif pelas práticas de *suitability*.

Do Parecer BSM - GJUR (fls. 738-761)

33. Em 04/04/2012, a GJUR apresentou seu parecer. Inicialmente, após reconhecer a tempestividade da reclamação e

a legitimidade das partes, a GJUR entendeu que o ponto controvertido no processo seria a infiel execução de ordens, por parte do AAI, que resultaram em prejuízo para os Reclamantes, em operações efetuadas entre 17/04/2009 e 29/04/2010, conforme indicado no relatório de auditoria. A gerência ressalta que, em nenhum momento, os Reclamantes forneceram datas ou operações que teriam sido realizadas sem consentimento. Ademais, os Reclamantes alegam que as informações prestadas pelo AAI eram inverídicas, mas não especificaram nenhuma ocasião ou dado que possibilitasse a análise de tal alegação neste MRP.

34. O Relatório de Auditoria abordou a relação existente entre o Sr. Marciano Testa e a Agiplan AA destacando o fato de que o Investidor e o AAI eram sócios minoritários da empresa. Assim, a GJUR argumenta que as alegações do Sr. Marciano Testa de que não possuía qualquer relação ou com contato com a Agiplan AA e seus representantes, ou, até mesmo, que desconhecia as atividades permitidas e exercidas por um AAI não fariam sentido.
35. Além disso, devido à atuação do Sr. Marciano Testa como controlador da Agiplan Serviços Financeiros Ltda., a GJUR julga ser improvável que se trate de um investidor inexperiente.
36. No que diz respeito às gravações telefônicas mencionadas no item 30b), no contrato firmado entre o Sr. Marciano Testa e a Reclamada consta apenas a possibilidade de gravação das conversas telefônicas, não sendo estabelecida a sua obrigatoriedade. Ainda assim, a Reclamada juntou aos autos as gravações referentes ao período questionado. Da leitura das transcrições, foi possível verificar que o Sr. Marciano Testa não enviou ordens diretamente à Reclamada.
37. No que diz respeito às solicitações enviadas através do sistema *Home Broker*, a GJUR apontou que, conforme foi comprovado pela Reclamada, a senha não é enviada aos clientes da Corretora, e sim criada pelo próprio cliente ao preencher o cadastro em seu primeiro acesso *online*. Conforme alegado pela Reclamada, a maioria das ordens foi enviada através do *Home Broker* e não através *doe-mail*. Dessa forma, subsistiria a alegação da Reclamada de que o *e-mail* era apenas um canal para envio de informações sobre as operações realizadas.
38. Posteriormente, atentando à questão de quem teria utilizado o *Home Broker* do Sr. Marciano Testa, a GJUR indica que não há qualquer informação que possa evidenciar, de forma incontroversa, que o usuário do *Home Broker* não tenha sido o próprio. Entretanto, tal presunção não é suficiente para afastar definitivamente a possibilidade de ressarcimento pelo MRP.
39. A respeito dos *e-mails* enviados pela Corretora ao endereço eletrônico indicado pelo Sr. Marciano Testa, a GJUR observa que estes seriam suficientes para que os Reclamantes tivessem ciência das operações que eram efetuadas em seu nome, uma vez que foi enviado uma média de 20 *e-mails* por dia, o que, no mínimo, deveria despertar a curiosidade do Sr. Marciano Testa caso ele não tivesse emitido nenhuma ordem.
40. Assim, ao tomar conhecimento dos negócios realizados, através *doe-mail* e por correio, os Reclamantes deveriam tomar as providências necessárias no sentido de contestar as operações irregulares ou não autorizadas, ainda mais considerando que estes alegam que as mesmas foram realizadas por um sócio do Sr. Marciano Testa na Agiplan AA.
41. Face o exposto, a GJUR concluiu que: (i) os Reclamantes estavam suficientemente informados a respeito das operações realizadas em seus nomes, através do recebimento de *e-mails* e documentos de comunicação; (ii) foi realizado um grande volume das operações através do *Home Broker*, o qual pressupõe acesso reservado aos Reclamantes; (iii) o Sr. Marciano Testa apresenta um perfil de investidor experiente em função de sua atividade profissional e da sua experiência no mercado de valores mobiliários.
42. No curso das investigações a GJUR apontou acesso irregular às portas de conexão automatizada. Em relação a isso, a BSM instaurou procedimento para apurar a irregularidade citada e que resultou em uma Carta Censura (OF/BSM/DAR - 01263/2012) à Corretora (fls.820/822).

Da Decisão BSM (fls. 762/775)

43. Em 04/05/2012, a 59ª Turma do Conselho de Supervisão da BSM indeferiu o pedido dos Reclamantes, por não configurar hipótese de ressarcimento previsto na Instrução CVM nº 461/07, artigo 77, tendo concordado com os termos do parecer da GJUR.

Do Recurso à CVM (fls. 787/796)

44. Em 02/07/2012, os Reclamantes apresentaram recurso pedindo a reforma da decisão da BSM sob os seguintes fundamentos:
 - a. Alega que a Corretora careceria de comprometimento, transparência e credibilidade, uma vez que é seu dever zelar para que os agentes ajam em seu nome com responsabilidade, assim como que tenham sua conduta balizada nos mesmos princípios que a Corretora.
 - b. Observa que as operações deveriam ser iniciadas com o preenchimento da Ficha Cadastral e, de acordo com o seu cadastro, o Sr. Marciano Testa declarou não atuar por meio de procurador, sendo válidas as ordens verbais e as escritas uma exceção. Ainda, seria necessário a gravação da ordem verbal dada pelo investidor aos prepostos da Corretora.
 - c. Além disso, os Reclamantes arguem que a contratação de serviços de empréstimos, dentre outros, pressupõe a indispensável ordem verbal ou por escrito dada pelo cliente.
 - d. Destaca que não há nenhum elemento de comprovação nos autos que indique que as ordens executadas pela Reclamada estavam amparadas em *e-mail* ou gravação telefônica. Os Reclamantes ressaltam que os *e-mails* juntados à reclamação demonstram que o AAI manipulava as informações acerca da posição dos Reclamantes. Além disso, não haveria qualquer prova de que o mesmo estava acompanhando de perto os investimentos.
 - e. Foi disponibilizado ao Sr. Marciano Testa um contrato de empréstimo, sem que este tivesse requerido ou assinado. A assinatura deste contrato não ressalva ou valida os atos praticados antes da assinatura, razão pela qual o contrato não poderia produzir efeitos pretéritos, mas, apenas futuros. Contudo, as operações de empréstimo em seu nome correram antes da assinatura do contrato. Além disso, a conta margem foi utilizada na aquisição de ações fora do mercado à vista, além de exceder o limite contratual.

- f. Não incumbiria aos Reclamantes provar que houve execução infiel de ordens, visto que, isto seria requerer produção de prova negativa, pois não há como juntar aos autos determinado documento ou mídia provando que algum fato não ocorreu. Tal prova caberia, portanto, à Corretora, que não teria conseguido provar que as operações feitas em seu nome estavam devidamente autorizadas, em especial, ela não apresenta qualquer registro telefônico de ordem verbal passada pelo Sr. Marciano Testa ao AAI.
- g. O princípio "*know your client*" foi ignorado pela Reclamada, uma vez que a Corretora nunca entrou em contato com os Reclamantes para verificar o que estava acontecendo e ainda permitiu que fossem iniciadas operações sem ter uma ideia precisa do perfil investidor do cliente.
- h. A afirmação da Corretora de que o Sr. Marciano Testa tinha condições para operar no mercado de valores mobiliários, pelo simples fato do cliente ser integrante de sociedade de agente autônomo, seria uma premissa equivocada, com único fim de eximir a responsabilidade da Reclamada pelas irregularidades praticadas pelo AAI.
- i. Sobre as operações por *Home Broker*, o Sr. Marciano Testa afirma que nunca acessou o sistema, uma vez que sequer tinha a senha. Portanto, as ordens de compra e venda de ações através das portas 300 e 301 não partiram dele, mas de outra pessoa, com a convivência da Corretora.
- j. Por fim, destacam a responsabilidade da Corretora pelos atos ilícitos praticados, mencionando os artigos 186^[9] c/c 927^[10] do Código Civil como base de seu argumento.

Das Contrarrazões da Reclamada (fls. 826-835)

45. A Reclamada apresentou contrarrazões adicionando que:

- a. Em 11/05/2011, foi publicado no Diário Oficial da União autorização do Banco Central do Brasil para a constituição da Agiplan Financeira S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento, cujo sócio controlador é o Sr. Marciano Testa. Portanto, essa é mais uma prova de que não se trata de operações realizadas por hipossuficiente, que desconhecia as regras básicas de funcionamento do mercado de capitais e foi enganando pelo AAI.
- b. Além disso, acrescentou informação de que os recursos interpostos pelos Reclamantes não merecem ser conhecidos, uma vez que são intempestivos. A Reclamada demonstra que os Reclamantes foram notificados sobre a decisão da BSM no dia 29/05/2012, tendo o prazo recursal iniciado no dia seguinte. Portanto, o prazo final seria dia 28/06/2012. Contudo, os três recursos foram interpostos no dia 02/07/2012, ou seja, quatro dias após o término do prazo.
- c. No mais, apenas evidencia a decisão da BSM e reitera as alegações anteriores.

Do RA/CVM/SMI/GME/Nº 025/2013 (fls. 804-818)

- 46. Em 27/11/2013, a área técnica apresentou relatório de análise sobre o caso. Na opinião do analista, não ficou configurada hipótese de ressarcimento, por conta das razões abordadas em seguida.
- 47. Primeiramente, a relação societária existente entre o Sr. Marciano Testa e o AAI torna pouco prováveis os argumentos pelos Reclamantes de que não tinham ciência das operações realizadas em seu nome.
- 48. Cumpre informar que o endereço de *e-mail* informado pelos Reclamantes era, inicialmente, testa@agiplan.com.br e depois foi alterado pelo próprio Sr. Marciano Testa para atendimento@agiplan.com.br. Posteriormente, o Sr. Marciano Testa solicitou o retorno do *e-mail* para o inicial, testa@agiplan.com.br.
- 49. No que diz respeito ao acesso ao sistema de *Home Broker*, este é feito através de senha pessoal e intransferível, portanto, infere-se que, enquanto havia uma relação de confiança, o Sr. Marciano Testa pode ter enviado a sua senha para o AAI, a quem competia a administração da sua carteira.
- 50. Por tal motivo, os Reclamantes supostamente não acompanharam os informes enviados pela Reclamada, não estando ciente das operações que estavam sendo realizadas. Dessa maneira, não foi identificada falha no dever da Corretora em informar os Reclamantes sobre o andamento de seus negócios. Tampouco, a Corretora poderia ser responsabilizada caso o Investidor tenha enviado sua senha para o AAI.
- 51. O analista concluiu, a respeito da participação societária do Sr. Marciano Testa na Agiplan AA, que embora possuísse apenas 2% do capital, era o Sr. Marciano Testa quem tinha o controle efetivo sobre a sociedade, uma vez que, quando houve o rompimento e a quebra de confiança entre ele e o AAI, foi o Sr. Marciano Testa quem desabilitou o *e-mail* do AAI.
- 52. Com isso, o analista concluiu que o Sr. Marciano Testa, como detentor de fato do controle da Aginvest AAI, havia confiado ao AAI à função de gestor de sua carteira. Contudo, tal confiança foi perdida quando o Sr. Marciano Testa foi informado de que o seu saldo se encontrava negativo.
- 53. Nesse sentido, destaca-se que o prejuízo sofrido ocorreu porque os Reclamantes não tiveram diligência em relação a seus próprios negócios, uma vez que o Sr. Marciano Testa confiou excessivamente no AAI a ponto de não acompanhar de maneira adequada os seus negócios. Além disso, há provas de que o Sr. Marciano Testa participava de alguns dos negócios realizados, como contam de alguns dos e-mails acostados aos autos.
- 54. Por fim, concluiu-se que, caso os Reclamantes não concordassem com as operações realizadas, a presunção é de que eles interromperiam a movimentação de suas contas e entrariam em contato, imediatamente, ao invés de continuar realizando negócios nas mesmas bases.

Da Manifestação da GME/SMI (fls. 820/825)

- 55. Em 20/08/2012, a GME apresentou despacho próprio concordando com os termos da análise elaborada. Da mesma forma, o SMI opinou pelo não provimento do recurso com base nos argumentos apresentados. Ainda, segundo a GME, o recurso foi interposto tempestivamente tendo em vista a data da postagem, em 28/06/2012.

É o relatório.

Voto

1. Preliminarmente, entendo que o Recurso é tempestivo tendo em vista a data da postagem pelos Reclamantes, pelo que afastado a prejudicial alegada pela Reclamada.
2. Trata-se de Reclamação apresentada por Marciano Testa, Agiplan Serviços Financeiros Ltda. e ABM Brasil – Associação Beneficente Mútua Assistencial aos Servidores Públicos do Brasil em processos apartados. Os três serão tratados conjuntamente neste Voto, pois tratam dos mesmos fatos e contém as mesmas alegações. Além disso, o Sr. Marciano Testa era responsável pelas decisões de investimento das outras duas pessoas jurídicas. O prejuízo reclamado pelos Reclamantes é de R\$ 1.668.000,00, R\$ 11.289,22 e R\$ 66.397,92, respectivamente.
3. Os Reclamantes argumentam, resumidamente, que a Corretora deu causa ao ressarcimento, nos termos do inciso I do art. 77 da Instrução CVM 461/07, pois: i) o AAI contratado pela Corretora, Agiplan AA, atuou como administrador de carteira sem sua autorização e de forma irregular; ii) o AAI omitiu e falseou informações relativas a sua carteira; iii) a Corretora disponibilizou irregularmente conta margem e depois, quando regularizada a situação, violou as condições contratuais estabelecidas; iv) o sistema de *Home Broker* foi indevidamente utilizado por terceiros, com anuência da Corretora.
4. Com relação ao contrato de conta margem para o financiamento do cliente, entendo que eventuais infrações ao disposto na Instrução CVM nº 51/86 representam causa para punição da corretora envolvida, mas não representam, a princípio, causa para ressarcimento. Ainda que se considere que o financiamento irregular possa gerar um excesso de alavancagem e, portanto, uma perda maior para o investidor, a causa primária do prejuízo é a decisão de investimento, cuja responsabilidade recai sobre o investidor ou a pessoa autorizada a gerir sua carteira.
5. Com relação à atuação do AAI, a meu ver, ficou caracterizado que os Reclamantes tinham condições suficientes de acompanhar seus investimentos, não podendo responsabilizar algum terceiro em caso de negligência. Por óbvio, a atuação do AAI como administrador de carteira viola o art. 16, inciso IV, alínea b, da Instrução CVM Nº 434/06^[11], vigente à época. Contudo, como consta de reiterados pronunciamentos pelo Colegiado dessa CVM, tal irregularidade não constitui, por si só, causa para ressarcimento, principalmente quando o AAI age em acordo e com a ciência do investidor.
6. Assim, cabe questionar se o AAI mencionado neste processo estava atuando como administrador de carteira conforme vontade exarada pelos Reclamantes. Conforme apurado ao longo do processo, o Sr. Márcio Testa, representante legal da Agiplan Serviços Financeiros Ltda. e ABM Brasil, era sócio da empresa que estava atuando como intermediária entre ele e a corretora. Por sua vez, o Sr. Rilton Brum Nunes era sócio-administrador da Agiplan AA. Conforme ficou evidenciado nos autos, o Sr. Nunes era depositário da confiança do Sr. Marciano Testa. Tudo isso em consideração, é difícil acreditar na alegação dos Reclamantes que desconheciam sobre as operações realizadas. Ao que tudo indica, foi outorgado mandato tácito ao AAI para que gerisse a carteira dos Reclamantes, portanto, embora a situação seja irregular, não se caracteriza causa para ressarcimento.
7. Aliás, é importante salientar que a ausência de menção, na Reclamação original, sobre a relação do AAI, Sr. Rilton Brum Nunes, com o Sr. Marciano Testa sugere má-fé por parte dos Reclamantes.
8. Por fim, ficou devidamente esclarecido que a senha do *Home Broker* é gerada pelo próprio usuário durante o primeiro acesso ao sistema e, por sua vez, a Corretora não tem acesso à mesma. Assim, é de responsabilidade dos Reclamantes a guarda dessa senha, pelo que não procede a alegação dos Reclamantes de que algum terceiro operou o *Home Broker* com anuência da Corretora.
9. Pelo exposto, entendo que não se verificou nenhuma causa para ressarcimento nos termos do art. 77 da Instrução CVM Nº 461/07, pelo que **nego provimento** ao recurso dos Reclamantes.

É como voto.

Rio de Janeiro, 18 de março de 2014

Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes
Diretora-Relatora

^[1] Art. 82. A decisão sobre o pedido de ressarcimento deve ser imediatamente comunicada às partes, contendo, no mínimo:

(...)

Parágrafo único. Os Reclamantes pode apresentar recurso à CVM da decisão que tiver negado

^[2] A numeração das folhas se refere ao Processo Administrativo CVM nº RJ2013/10105

^[3] Os processos não contem informações suficientes a respeito do que seria a Aginvest. Contudo, pela análise dos autos é possível concluir que quando as partes se referem à “Aginvest” elas estão na verdade se referindo à Agiplan AA.

^[4] Tendo em vista atuação do Sr. Marciano Testa á frente da Agiplan Serviços Financeiros e da ABM, esse Relatório irá focar na Auditoria realizada em relação às operações e ao perfil do Sr. Marciano Testa.

^[5] Conta em que são registradas as operações de compra e venda, devoluções de margem de garantia, proventos pagos pelas sociedades emissoras e taxas e comissões sobre operações no BTC

^[6] Conta na qual são registrados valores referentes às retiradas e depósitos efetuados pelos clientes, e, também, as transferências oriundas da conta SINACOR.

^[7] Conta na qual são debitados saldos devedores do cliente e valores a título de IOF e juros sobre operações não liquidadas

^[8] Prejuízo específico para as operações do Sr. Marciano Testa.

^[9] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

^[10] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[\[11\]](#) Art.16. É vedado ao agente autônomo de investimento:

(...)

IV – contratar com investidores a prestação de serviços de:

(...)

b) administração de carteira de títulos e valores mobiliários, salvo se o agente autônomo – pessoa natural, autorizado pela CVM também para exercer a atividade de administração de carteira, não estiver contratualmente vinculado, direta ou indiretamente, a entidades do sistema de distribuição de valores. (...)