

INTERESSADOS: Theca CCTVM Ltda.

Eduardo Fernandes Correia Filho

Oswaldo Paulino

Waldomiro Paulino Filho

Walmir Paulino

ASSUNTO: Pedido de revisão de decisão do Colegiado

RELATORA: Diretora Norma Jonssen Parente

V O T O

RELATÓRIO

1. Em julho de 1995, os Srs. Eduardo Fernandes Correia Filho, Oswaldo Paulino, Waldomiro Paulino Filho e Walmir Paulino, todos clientes da Núcleo DTVM Ltda., apresentaram pedido de ressarcimento ao Fundo de Garantia da Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa alegando que suas ações haviam sido vendidas, através da Theca CCTVM Ltda., sem a sua autorização (fls. 01 a 08 do Processo FG nº 003/99).

2. Analisando o processo, a Bovespa decidiu negar provimento integral às reclamações por entender que os reclamantes, na qualidade de clientes de sociedade distribuidora, no caso a Núcleo, não eram partes legítimas para reclamar ressarcimento junto ao fundo de garantia, conforme exposto às fls. 1.195 a 1.219 do Processo FG nº 003/99.

3. Ao apreciar o recurso apresentado pelos reclamantes, em reunião realizada em 30.08.02, o Colegiado, respaldado na manifestação da SMI, decidiu, por maioria, reformar a decisão da Bovespa, determinando a reposição pelo fundo de garantia das ações reclamadas (fls. 1.228 a 1.238).

4. Após terem sido devidamente comunicados a respeito da decisão do Colegiado (fls. 1.239 a 1.241), a Bovespa e a Theca CCTVM Ltda. apresentaram pedido de reforma da referida decisão nos termos a seguir aduzidos.

DO PEDIDO DE REVISÃO APRESENTADO PELA BOVESPA

5. A Bovespa, às fls. 1.261 a 1.272, expôs o que se segue:

- a. a respeito do trâmite processual levado a efeito por esta autarquia, cumpre destacar que a CVM deixou de observar os princípios da ampla defesa e do contraditório, ambos consagrados na Constituição de 1988 (artigo 5º, LV), quando somente em 19.12.02 foi concedida à Bovespa a oportunidade de conhecer os procedimentos que vinha tomando, apesar de ter recebido os autos do Processo de Fundo de Garantia nº 003/99 em 13.03.01;
- b. em 19.12.02 a SMI já havia formulado sua "decisão" a respeito do caso, decisão essa embasadora da decisão proferida pelo Colegiado;
- c. o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer fase processual de qualquer processo que tenha o envolvimento do poder sancionatório do Estado;
- d. o cerceamento de defesa acima demonstrado é uma circunstância mais do que relevante para justificar a formulação deste pedido de revisão;
- e. a Resolução CMN Nº 1.656/89, vigente à época da negociação das ações dos reclamantes, garante acesso ao fundo de garantia, exclusivamente, para clientes de sociedades corretoras membros, exclusividade essa reconhecida em diversas oportunidades pela própria CVM;
- f. a decisão tomada pelo Colegiado da CVM que admitiu a conduta culposa da corretora Theca fundamenta-se em fatos inconsistentes;
- g. dos termos do artigo 41 da Resolução CMN Nº 1.656/89, depreende-se que a responsabilidade do fundo de garantia é reflexa, única e exclusivamente, da responsabilidade das corretoras, uma vez que a sistemática do fundo de garantia não comporta um alcance ilimitado para cobertura de todo e qualquer prejuízo causado por todos e quaisquer agentes do mercado de valores mobiliários;
- h. os reclamantes são partes ilegítimas para pleitear o ressarcimento junto ao fundo de garantia, pois não eram clientes da corretora Theca, mas sim investidores que tiveram seus patrimônios lesados em razão de operações irregulares levadas a efeito pela distribuidora Núcleo, não associada à Bovespa, que, portanto, não tinha como exercer o seu poder de auto-regulação e fiscalização sobre os seus atos ou omissões;
- i. as disposições das Resoluções CMN Nº 2.690/00 e Nº 2.774/00, que alteraram a Resolução CMN Nº 1.656/89 e ampliaram o rol daqueles que têm legitimidade para pleitear ressarcimento ao fundo de garantia, não são aplicáveis aos fatos, ora sob exame, que ocorreram antes de sua edição;
- j. em casos como esse, é a distribuidora que é identificada como cliente da sociedade corretora, com a qual mantém um vínculo jurídico contratual, o que permite concluir que o cliente da distribuidora não é conhecido pela corretora, que com ele não estabelece o menor relacionamento;
- k. comprova-se essa afirmação quando se observa que (i) todos os Avisos de Negociações de Ações ("Ana") e os extratos de custódia foram enviados diretamente para a distribuidora Núcleo; e (ii) todas as operações foram realizadas pela corretora de acordo com os procedimentos estabelecidos pela Bovespa, que não permitiam a identificação dos reclamantes;
- l. demonstrada a ausência de responsabilidade da corretora Theca, que sequer concorreu para a realização do prejuízo reclamado, não há que se falar, conseqüentemente, em responsabilidade do fundo de garantia pelo ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos reclamantes;
- m. ademais, as distribuidoras não estão obrigadas a contribuir para a constituição do patrimônio do fundo de garantia.

DO PEDIDO DE REVISÃO APRESENTADO PELA THECA CCTVM LTDA.

6. Às fls. 1.273 a 1.318 e 1.322 a 1.337, a corretora Theca apresentou seu pedido de revisão nos seguintes termos:

- observando-se o disposto no artigo 65 da Lei nº 9.784/99, o presente pedido de revisão é medida cabível, pois a CVM, além de ter aplicado sanção moral efetiva contra a Theca por entender que ela agiu com culpa, também a condenou a suportar os encargos financeiros impostos ao fundo de garantia da Bovespa, haja vista que, em havendo pagamento por parte do fundo de garantia, segue-se de imediato o débito no respectivo mapa da corretora envolvida;
- além disso, há fato novo uma vez que, inobstante a falência da Núcleo, a CVM continua a contemplá-la em seu *site* como instituição financeira em situação perfeitamente regular, consoante informação obtida em 11.12.02;
- ao cobrar da corretora Theca atitude de vigilância sobre a conduta e até mesmo as possibilidades de investimento da sua cliente Núcleo, o Colegiado imputou juízo de culpabilidade e reprovação à Theca por esta não ter feito aquilo que nem mesmo a própria lei a obriga a fazer, o que caracteriza violação ao princípio da legalidade, previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal de 1988;
- apesar de a Theca ter elaborado requerimento pedindo para ser informada a respeito de quaisquer novos documentos ou elementos juntados aos autos posteriormente às suas contra-razões, a manifestação da SMI, contrária à Theca, foi remetida para o Colegiado sem que a corretora fosse notificada;
- a Theca tinha o direito, que a ela simplesmente foi negado, não só de conhecer a manifestação da SMI contrária a si, mas também de se manifestar a seu respeito, o que constituiu manifesta infração ao disposto no artigo 2º e no inciso III do artigo 3º, ambos da Lei nº 9.784/99, e também ao inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal;
- nem mesmo a data do julgamento foi comunicada à ora recorrente, em ampla infração ao artigo 10 da Deliberação CVM Nº 349/00 que deve ser aplicada por analogia, uma vez que inexistente normativo da CVM sobre o julgamento dos recursos em reclamações apresentadas ao fundo de garantia;
- ora, não tendo sido obedecidos tais princípios constitucionais e direitos, aplicáveis também por força da Deliberação acima citada, é inegável a nulidade de que se reveste o julgamento realizado pelo Colegiado em 30.08.02, que decidiu pela reforma da decisão da Bovespa;
- outra ocorrência do maior relevo se consubstancia na simples e pura desconsideração, por parte do voto vencedor, das teses desenvolvidas pela corretora Theca em suas contra-razões de recurso;
- os reclamantes agiram com má-fé processual pois a todo tempo estavam completamente cientes de que haviam transferido a titularidade de suas ações para a Núcleo;
- os reclamantes, na melhor das hipóteses, praticaram ato simulado com o intuito de (i) infringir os normativos vigentes, já que uma distribuidora não pode ter em seu nome custódia fungível de ações, a mesma imputação que, de maneira leviana, foi feita à corretora Theca; e (ii) causar prejuízos a terceiro, no caso a antiga CALISPA, atual CBLC, uma vez que visavam efetivamente economizar alguns poucos reais em taxas de custódia, conforme declarado por eles mesmos;
- em consequência, por força de tal desavisado proceder, agiram os reclamantes em violação ao artigo 104 do então vigente Código Civil;
- a simulação dolosa, em nada inocente praticada pelos reclamantes, consistiu no intuito de transferir suas ações para o nome da Núcleo, consoante por eles reconhecido e declarado nos autos do Inquérito Administrativo nº 22/96, cuja cópia instrui este processo, não tendo merecido nenhuma menção no relatório da decisão do Colegiado, em transparente cerceamento de defesa;
- demonstrou-se, às fls. 594 do Inquérito Administrativo nº 22/96, que o Sr. Osvaldo Paulino, um dos reclamantes, foi excluído como cliente usuário da custódia da Bovespa pela Núcleo em 17.01.94, o que torna absurda a conclusão a que se chegou no sentido de que estariam os reclamantes em interesse ou conduta outra, que não a de transferir o domínio de suas ações para a Núcleo, quando o Sr. Osvaldo Paulino, a partir de janeiro de 1994, já não detinha sequer uma única ação em seu nome perante a custódia mantida pela Núcleo na Bovespa;
- a corretora Theca somente tomou conhecimento de que as ações custodiadas em nome do Sr. Osvaldo Paulino haviam sido transferidas para a posição da Núcleo após a intervenção do Banco Central na Núcleo e nos termos dos Relatórios de Auditoria da Bovespa e até do Relatório de Auditoria da CVM;
- inexplicavelmente, foram deixadas de lado outras corretoras onde a Núcleo mantinha contas e que procederam de forma idêntica ao que fez a Theca em suas operações com a Núcleo, quais sejam, Deutsche Bank, Perfil e Agente (confira-se o Ofício Bovespa COAUD/ACOM/166/01);
- o voto vencedor ignorou que os Reclamantes assinaram cartas transferindo suas ações para a Núcleo e desprezou o seu conteúdo onde não consta qualquer ressalva ou reserva que pudesse levar a crer não tivesse havido efetiva transferência de domínio de suas ações;
- devido ao sigilo bancário, a Theca poderia saber quando muito foi a corretora sua contraparte na operação bursátil, mas jamais quem são ou foram os seus clientes;
- não recebeu a devida atenção, também, o fato inconteste de que, a partir da transferência das ações para a Núcleo, os reclamantes jamais receberam quaisquer avisos ANA ou posições de custódia, que são emitidas mensalmente pelas Bolsas de Valores, mas recebiam informações da própria Núcleo;
- registre-se que todos os reclamantes já operavam através de corretoras e continuaram a operar no mercado de capitais (confira-se o Ofício Bovespa COAUD/ACOM/166/01);
- o reclamante Osvaldo Paulino, segundo informações do liquidante da Núcleo, já havia sido parcialmente pago e satisfeito por parte dos valores objeto de sua habilitação na liquidação da Núcleo;
- a decisão do Colegiado, ao se deter na análise de quanto entendeu ver no balanço da Núcleo encerrado em 30.06.94, deixou de lado o fato de que tal balanço só foi publicado em 24.11.94, data em que as ações dos reclamantes já haviam sido transferidas para a Núcleo e a operação de "box" já tinha sido concluída e renovada, àquela data, por mais de uma vez;
- a análise feita pela CVM no balanço da Núcleo, além de manifesta impropriedade com relação à data em que foi publicado, também peca por ter deixado de registrar que a Núcleo contava com R\$26.719,00 em conta bancária, R\$98.189,00 em aplicações financeiras de liquidação imediata – CDI e R\$17.580,00 em títulos e valores mobiliários que totalizam R\$142.428,00;
- é, portanto, totalmente equivocada e desautorizada a afirmativa de que a Núcleo não dispunha de recursos para investir em ações para sua carteira própria;

- fato é que a Núcleo ofereceu, em garantia da operação de "box", ações de sua carteira própria, custodiadas em nome da Núcleo na Bovespa e por esta transferidas diretamente para a BM&F;
- ademais, constitui equívoco qualificar a operação de "box"- operação fechada, com taxas fixas, onde já se sabe de antemão o resultado e os compromissos envolvidos – como de alto risco e, bem assim, ignorar que a operação estava a todo tempo garantida pela Núcleo, como esta entendeu por bem de fazer;
- as garantias dadas à BM&F pela Núcleo se constituíram com ações que haviam sido transferidas por outras corretoras para o nome da Núcleo, o que impossibilita dizer que a Theca sabia que as ações pertenciam a terceiras pessoas;
- foi utilizado contra a Theca documento público, extraído dos registros contábeis da Núcleo, que apresenta visível rasura, indicando ter sido apagado o nome do investidor ali constante, fato este que, apesar de sua gravidade, nem sequer foi mencionado pela decisão do Colegiado;
- além disso, não só era irregular produzir prova mediante a intervenção como peritos de funcionários da CVM, como também era nítido o conflito de interesses em que se encontrava o Sr. José Natal Melchiori, inspetor da CVM que realizou inspeção na Núcleo, tornando viciada sua participação na inspeção, uma vez que ele, bem como seu irmão Luis Ricardo Melchiori, foi cliente da Núcleo;
- o impedimento do Sr. José Natal Melchiori que se encontrava em conflito de interesses era visível;
- a decisão do Colegiado se omitiu, até, de mencionar a tese de prescrição argüida quanto ao reclamante Eduardo Fernandes Correia Filho, tampouco valorizou o fato de inexistir qualquer cadastro de nenhum dos reclamantes na Theca;
- como inexistente qualquer cadastro dos Reclamantes na Theca, esta não teria como questionar a motivação dos Reclamantes junto à Núcleo sua cliente;
- apesar do exposto, a decisão colegiada demonstra entendimento diverso, não só criando obrigação inexistente em termos legais, como também subvertendo a ordem normal das coisas em termos do bom andamento do mercado, na medida em que acaba por obrigar às corretoras, em qualquer circunstância, a indagar aos vendedores de ações se sua intenção era essa mesma;
- reforce-se que a Theca não teria como conhecer os reclamantes, pois a cliente desta corretora era e sempre foi, exclusivamente, a Núcleo;
- vale ressaltar que a Theca sempre e somente fez pagamentos mediante cheques nominais cruzados em preto, de onde deduz-se a improcedência e a insustentabilidade do raciocínio exposto na decisão do Colegiado de que a corretora deveria *"ter agido com cautela"*;
- não se dignou a decisão prevalente a considerar a prova oral trazida por Neusa Maria Lemos Santos, testemunha dos Reclamantes, de que (i) as respectivas posições acionárias eram fornecidas aos reclamantes em papel timbrado da Núcleo, no mesmo sentido do declarado por Osvaldo Paulino; e de que (ii) ela exercia suas atividades com irregularidade manifesta, visto que não estava credenciada nos termos da Resolução CMN Nº 238/72 e nem cadastrada na RGA para exercer as funções de agente autônomo de investimentos na Núcleo;
- apesar de terem afirmado que passaram ordens para funcionários da corretora Theca, os reclamantes não souberam indicar os nomes das pessoas com quem teriam falado, o que põe em xeque a veracidade de suas afirmações;
- frise-se que a própria CVM reconheceu, às fls. 15 deste processo, que a Núcleo *"utilizava subterfúgios bem elaborados para esconder até de seus funcionários as operações irregulares, quanto mais não se dirá de clientes"* e de terceiras pessoas, como no caso da Theca;
- quanto ao Parecer CVM/GMN/031/2001 (fls. 1.160 a 1.189), cumpre analisar os pontos em que tal documento se afasta da documentação acostada aos autos e da verdade dos fatos, quais sejam:
 - i. nos itens 6.1 a 6.5, o Parecer, apesar de reconhecer que inexistente obrigação legal nesse sentido, faz considerações sobre o dever que teria a Theca de examinar o balanço da Núcleo DTVM, em clara afronta ao princípio da legalidade, inscrito no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal;
 - ii. no item 7, dispendo de elementos para tanto, o Parecer simplesmente não quis ver que o aludido balanço só foi publicado em 24.11.94, data bem posterior ao fechamento e sucessiva renovação das questionadas operações de "box" e passou por cima da existência de disponibilidade no patrimônio da Núcleo de valores que totalizavam R\$142.480,00;
 - iii. no item 6 e seus sub itens, o Parecer ignora que a operação de "box", realizada através da Theca Commodities, é fechada com as garantias correspondentes, no momento de sua contratação, não estando sujeita a chamadas de margem ou a ajustes diários;
 - iv. o Parecer, sem qualquer critério de verificação que representasse o menor cuidado, atribuiu à Corretora Theca operações da Núcleo na BM&F com índice Bovespa, daí extraíndo que a Theca teria agido com negligência e, até mesmo, sugere a omissão voluntária de lançamentos em sua contabilidade;
 - v. a Núcleo operou com índice Bovespa ao longo de 6 meses com prejuízo de R\$57.572,66, mas também operou com as Corretoras Agente, em relação à qual não há uma palavra, com a Indusval, em relação à qual não se faz menção a operações concluídas pela Núcleo, e com a Futura, através da qual só no mês de janeiro de 1995 registrou o prejuízo de R\$310.714,20, nada sendo atribuído a essa corretora;
 - vi. quando se acusa a Theca de ter agido com negligência e violado a máxima "conheça seu cliente" a ela se atribui o encargo de conhecer operações realizadas pela Núcleo em outras corretoras;
 - vii. o item 10 do Parecer, que identifica erradamente as obrigações que o Estatuto da BM&F impõe à corretora Theca, atribui-se a ela obrigações em relação a instituições outras que não se identificam nem mesmo em tese com a Núcleo que não é corretora de mercadorias, nem permissionária da BM&F e nem operadora especial;
 - viii. o Parecer também fez praça de desconsiderar as verdadeiras razões da insolvência da Núcleo, preferindo ficar na insinuação de que teria resultado de operações mal conduzidas pela Theca, deixando de lado operações praticadas pela Núcleo através das quais foram desviados R\$824.596,54 e cheques emitidos para a PFL Commodities, de acordo com Relatório de Inspeção da CVM;
 - ix. a análise da prescrição está errada, uma vez que o lapso prescricional, claramente, começa a correr na data em que o Sr. Eduardo Fernandes Correia Filho, já sabendo que não mais possuía as ações em seu nome, as transferiu para a Núcleo para economizar na taxa de custódia;
 - x. ainda quanto à acusação de que a Corretora Theca teria intermediado operações da Núcleo DTVM junto à BM&F sem as necessárias garantias, encontra-se anexado a este processo, às fls. 1.337, documento obtido junto à própria BM&F afirmando, em sentido contrário à acusação do Parecer, que *"todas as operações registradas na BM&F em nome da Núcleo DTVM Ltda. e intermediadas pela Theca foram realizadas dentro do*

que dispõem os Estatutos Sociais e demais normativos desta Bolsa”;

- com relação à acusação de que foram cometidas irregularidades em sua contabilidade, a corretora Theca encomendou uma análise à Itikawa Auditores Independentes, que não constatou qualquer tipo de irregularidade nas operações realizadas pela Núcleo junto à Theca Commodities, conforme demonstrado às fls. 1.364 a 1.367 do presente processo.

7. Em 04.02.2003, os reclamantes apresentaram manifestação acerca dos pedidos de revisão da decisão do Colegiado formulados pela corretora Theca e pela Bovespa, tendo exposto e requerido o seguinte (fls. 1.352 a 1.359):

- a. nenhum dos pedidos de revisão deverá ser conhecido, tendo em vista que não há fatos novos ou circunstâncias relevantes, requisitos exigidos pelo artigo 65 da Lei nº 9.784/99;
- b. trata-se, na realidade, de recursos manifestamente protelatórios, com o intuito exclusivo de retardar a aplicação da decisão do Colegiado;
- c. não há que se falar em cerceamento de defesa, pois não foi aberto prazo para nenhuma das partes se manifestar sobre o parecer da SMI, que não é instância decisória e emitiu um mero parecer de caráter não-vinculante;
- d. trata-se de despacho interno, sem representar documento novo, o que não obriga a dele dar ciência às partes, mesmo que o desejassem;
- e. o princípio da ampla defesa não foi cerceado em momento algum, visto que a Theca, antes mesmo da decisão, teve acesso aos autos, com diversas oportunidades para se manifestar, o que o fez sem economia de argumentos, e teve atendidos todos os seus pedidos de prorrogação de prazo para apresentar documentos e manifestações, bem como suas testemunhas foram ouvidas;
- f. ademais, não constitui circunstância relevante o fato de as recorrentes não terem tido vista do parecer da SMI, restando claro que tal argumentação está, apenas, tentando criar um fato motivador de prequestionamento para adotar medida judicial posterior, desprestigiando o contencioso administrativo;
- g. quanto à suposta ilegitimidade dos reclamantes, verifica-se, novamente, o caráter protelatório do pedido de revisão interposto pela Bovespa, já que, em sua decisão de fls. 1.217 do Processo FG nº 003/99, a própria Bolsa deixou claro o seu entendimento no sentido de que, uma vez evidenciada a violação ao dever de diligência, não há como negar a responsabilidade da corretora que age como instrumento de distribuidora para a prática de ilícitos;
- h. a alegação da Theca, de que consistiria "fato novo" a CVM apresentar, em seu *site*, a Núcleo como distribuidora em situação perfeitamente regular, mesmo após a decretação da sua falência, não procede pois (i) a Núcleo sempre esteve no *site*, desde o início do processo de reclamação; e (ii) o fato de a Núcleo aparecer ou não no *site* da CVM não tem nenhuma relação com o presente feito e sequer trata-se de fato novo capaz de alterar a decisão do Colegiado;
- i. acrescente-se, ainda, que a Deliberação CVM Nº 349/00, alegada em mais de uma oportunidade pela corretora Theca, diz respeito a procedimentos a serem observados na tramitação de inquéritos administrativos, não se aplicando ao presente caso;
- j. não se pode deixar de lado o fato de que (i) nenhum dos argumentos levantados pela Bovespa e pela Theca se enquadram no artigo 65 da Lei nº 9.784/99, que cuida das hipóteses de interposição de pedido de revisão; e (ii) restou amplamente demonstrado que a Theca tinha pleno conhecimento que a Núcleo operava em nome de terceiros;
- k. todos os argumentos apresentados pela Theca são incapazes de modificar o ponto fulcral da presente reclamação, que é o fato da sua responsabilidade de corretora ter funcionado como instrumento de distribuidora para a prática de ilícitos;
- l. o fato de o Ministério Público ter denunciado criminalmente apenas o ex-sócio da Núcleo, Sr. Nivaldo Fuzetto, (i) não significa, nem de longe, que o Ministério Público declarou a Theca ou qualquer outro inocente; e (ii) a responsabilidade civil independe da criminal;
- m. por fim, não se pode admitir que o pedido de revisão, previsto para circunstâncias especialíssimas, venha a ser transformado impropriamente em novo "recurso", criando-se assim uma inexistente "terceira instância" para julgamento de reclamações como a presente.

8. A respeito dos pedidos de revisão da decisão do Colegiado formulados pela Bovespa e pela corretora Theca, a SMI, através do Parecer CVM/GMN/004/2003, manifestou-se da seguinte forma (fls. 1.368 a 1.373):

- a. após a publicação do balanço da corretora Theca em 24.11.94, "data bem posterior ao fechamento e sucessiva renovação das questionadas operações de box" segundo a corretora, ocorreram mais três operações de "box";
- b. as operações que estavam sujeitas a chamadas de margem e ajustes diários e que levaram a Núcleo à insolvência foram aquelas realizadas pela distribuidora na BM&F com Índice Bovespa, jamais se fez tal afirmação em relação às operações de "box", conforme argumentado pela corretora reclamada;
- c. a corretora Theca, no entanto, tem razão quando afirma em seu pedido de revisão, às fls. 1.328, que as operações que causaram prejuízos significativos em janeiro de 1995 foram realizadas por intermédio da corretora Futura;
- d. em razão disso, a SMI passou a ter uma nova interpretação dos acontecimentos envolvendo as operações da Núcleo em relação à corretora Theca;
- e. como restou demonstrado que os significativos prejuízos sofridos pela Núcleo foram resultantes de operações intermediadas pela corretora Futura, não faz mais sentido o entendimento de que a corretora reclamada teria permitido a realização de novas operações de "box" com o intuito de evitar prejuízos para si própria;
- f. é verdade, também, que a corretora Theca era o membro de compensação na grande maioria das operações, e que, em razão disso, seria ela a responsável última em caso de inadimplência da Futura, mas seria demais supor que esta não tivesse condições de suportar os prejuízos e que, por isso, houvesse a interveniência da Theca;
- g. uma vez que os vultosos prejuízos da Núcleo não foram auferidos por meio de operações intermediadas pela Theca, os itens do parecer referentes ao balanço patrimonial, ficha cadastral, operações realizadas pela Núcleo por intermédio da Theca e sua suposta responsabilidade ficam inteiramente prejudicados, devendo tais itens ser dirigidos à corretora Futura que foi quem permitiu que a Núcleo realizasse operações acima de sua capacidade;
- h. a Theca de fato não tinha porque se interessar em saber da situação da Núcleo em razão de as operações de "box" estarem garantidas por ações, sendo que o acompanhamento detalhado da situação financeira e patrimonial da Núcleo deveria ter sido feito pela corretora com a qual a

Núcleo possuía um grande volume de operações de risco com Índice Bovespa na BM&F, que no caso era a Futura que deveria ter fixado limites operacionais, conhecido o balanço patrimonial, a ficha cadastral da Núcleo, etc.;

- i. todo esse equívoco foi causado pela ausência de informações nos relatórios da BM&F e, no tocante às operações, entendemos que não restou qualquer evidência de que a corretora Theca tivesse se beneficiado de qualquer modo das operações de "box" que intermediou.

9. Às fls. 1.419 a 1.436, a corretora Theca manifestou-se acerca do Parecer CVM/GMN/004/2003 da seguinte forma:

- a. tendo em vista que a decisão do Colegiado de 30.08.02 se baseou no Parecer CVM/GMN/031/2001 e que este Parecer, conforme atestado pelo próprio inspetor Paulo Vieira Moço no Parecer CVM/GMN/004/2003, baseou-se em premissas equivocadas, requer-se que a mencionada decisão seja objeto de reforma;
- b. para a demonstração dos pressupostos de cabimento deste pedido de revisão, também questionados pelos reclamantes, mencione-se o fato de (i) o reclamante Oswaldo Paulino já ter recebido parte das ações objeto da reclamação e, pondo-se inteiramente ao contrário do conteúdo dos princípios jurídicos, não ter notificado tal fato à CVM; e (ii) todos os reclamantes terem, em conjunto, assinado declarações em outras corretoras requerendo a transferência de suas ações para a custódia da Núcleo, absolutamente cientes e conscientes de que assim transferiam a propriedade das ações para aquela distribuidora;
- c. os reclamantes agiram de má fé (i) quando negaram que assinaram documentos pedindo a transferência de suas ações para a Núcleo, documentos estes que constam nos autos do Inquérito Administrativo CVM nº 22/96; e (ii) quando o reclamante Oswaldo Paulino se omitiu de informar à CVM que já havia recebido parte das ações, consoante demonstrou o liquidante da Núcleo;
- d. como fato efetivamente novo apresenta-se a honesta e muito digna postura assumida pelo inspetor da CVM, Sr. Paulo Vieira Moço, ao admitir que havia se equivocado na emissão do Parecer anterior, que instruiu a deliberação majoritária do Colegiado;
- e. o voto condutor da maioria do Colegiado, quando cobra da corretora Theca a indagação de qual teria sido a real intenção dos reclamantes ao transferir suas ações para a custódia da Núcleo, se seria para simples custódia ou se tinham conhecimento de que estavam transferindo a propriedade das ações, está cobrando uma impossibilidade da Theca, sob pena de se pretender que a mesma simplesmente pudesse ter acesso aos registros contábeis de outras corretoras, além de violar o regramento vigente do sigilo bancário;
- f. reforça essa tese o fato de que a Theca somente pagou valores à Núcleo ou dela recebeu através de cheques nominais cruzados em preto ou através de cheques nominais emitidos pela própria Núcleo, sendo esta a única forma em que foram liquidadas as operações, subscrições e dividendos, conforme demonstrado nos autos (Relatório da Synthesis Auditores Independentes S/C);
- g. ressalte-se que, em virtude dos reconhecidos equívocos do Parecer CVM/GMN/031/2001, a Diretora-Relatora foi levada a crer presente situação que jamais se delineou, da qual extraiu as conclusões a que chegou em seu voto;
- h. reafirma-se a inexistência de elemento ou fato que pudesse autorizar a afirmativa de que a Theca soubesse que as ações seriam pertencentes a terceiros clientes da Núcleo e não à própria Núcleo;
- i. as considerações do voto majoritário sobre *"ser inadmissível que a Theca não conhecesse a capacidade econômico-financeira da Núcleo (...)"* não mais prevalecem, tendo em vista o novo Parecer do inspetor Paulo Vieira Moço e a demonstração exposta no pedido de revisão de que a Núcleo contava em seu balanço com valores disponíveis e de liquidez imediata que totalizavam R\$142.480,00;
- j. requer-se, portanto, que se reconheça as impropriedades proclamadas pelo inspetor Paulo Vieira Moço e, também, que se acolha o pedido de revisão, para que seja mantida a decisão da Bovespa, que deu pela improcedência da presente reclamação ao seu fundo de garantia.

10. Por sua vez, em relação ao Parecer CVM/GMN/004/2003, os reclamantes fizeram as seguintes considerações (fls. 1.437 a 1.445):

- a. apesar de a BM&F, anteriormente requisitada a entregar a documentação referente às operações realizadas à época dos fatos, ter informado que já não mais dispunha dos referidos documentos, a Theca apresentou, oito anos depois, exatamente os documentos que a própria BM&F alegou não deter;
- b. curioso, também, é o fato de a Theca, após oito anos de extensas e detalhadas manifestações, jamais ter mencionado, até então, as operações de índices, limitando-se a discutir apenas as operações de "box" realizadas pela Núcleo;
- c. o laudo apresentado pela corretora Theca, realizado pela Itikawa Auditores Independentes Ltda., abordou apenas o item 6 do Parecer do inspetor da CVM, mantendo-se, assim, no mínimo, íntegros os demais aspectos abordados;
- d. partindo-se de uma pequena divergência, de natureza eminentemente contábil e somente agora suscitada, busca-se de forma equivocada tomar a parte pelo todo;
- e. o próprio laudo trazido aos autos pela Theca deixa claro, às fls. 1.364, que não foi efetuado *"qualquer exame na documentação quanto ao aspecto da custódia dos títulos e de valores de garantia das operações realizadas"*;
- f. eventual relacionamento entre a Núcleo e a Futura não faz cair por terra, como pretende a Theca, o fato de ter ficado comprovado nos autos o evidente nexos causal entre a conduta irregular da Theca e o dano suportado pelos reclamantes, ensejando, portanto, a responsabilidade do fundo de garantia;
- g. o Sr. Inspetor acabou por minimizar a importância das operações de "box", talvez olvidando que foi justamente por meio delas que as ações dos reclamantes foram alienadas;
- h. a esta altura dos acontecimentos, não se pode deixar de lado que restou amplamente demonstrado que a Theca possuía pleno conhecimento de que as ações vendidas naquela oportunidade na Bolsa de Valores não pertenciam à Núcleo, mas sim aos reclamantes e de que a Núcleo operava em nome de terceiros;
- i. lembre-se que há depoimentos que comprovam que, desde o momento em que os reclamantes transferiram suas ações para a Núcleo, sempre houve troca de telefonemas, ordens de compra e venda efetuadas diretamente entre os reclamantes e os funcionários da corretora Theca;
- j. em depoimentos realizados na Delegacia de Polícia Fazendária – Superintendência Regional de São Paulo, os reclamantes comprovaram o conhecimento, por parte da Theca, de que os valores não eram da Núcleo, mas sim dos reclamantes, fato este também comprovado através dos depoimentos das testemunhas Lúcia Maria Araújo, ex-funcionária da Núcleo, e Francisco Henrique Alves Neto, operador da corretora AGENTE;
- k. tanto era de conhecimento do mercado que a Núcleo não operava com carteira própria, mas em nome de terceiros, que foi devolvida a dois dos

reclamantes pequena parte das ações que eles possuíam junto à AGENTE após a quebra da Núcleo, o que demonstra que a direção da AGENTE tinha pleno conhecimento de que a Núcleo operava em nome de terceiros;

- I. não se pode deixar de levar em conta, também, o fato de que a Theca, operando como instituição financeira, inclusive por meio do Banco Theca S/A, é obrigada a zelar pela regularidade cadastral dos clientes financiados, conforme determina o item IX da Resolução nº 1.559/88 do Conselho Monetário Nacional;
- m. ademais, a Theca tinha todas as informações necessárias para saber que as ações transferidas eram de terceiros pois (i) o balanço da Núcleo, publicado em 24.11.94, já apontava que ela não possuía clientes em carteira própria; (ii) o imposto de renda do sócio da Núcleo não apresentava qualquer bem em seu nome; (iii) em 07.12.94, a Núcleo solicitou que as ações do Sr. Mauro Massaru, que no início do presente processo era um dos reclamantes e cujas ações, que estavam custodiadas na Theca em seu próprio nome foram vendidas indevidamente, fossem transferidas para sua custódia, a fim de reforçar a garantia das operações de "box"; e (iv) a Theca, considerando que o Sr. Mauro não havia autorizado a venda de suas ações, houve por bem devolver as ações que haviam sido ilegalmente transferidas à custódia da Núcleo e posteriormente por ela vendidas.

11. Ainda a respeito do Parecer CVM/GMN/004/2003, a Bovespa, às fls. 1.450 a 1.452, expôs o seguinte:

- a. de acordo com o novo Parecer do inspetor Paulo Alexandre Moço as operações que causaram os prejuízos reclamados não foram intermediadas pela Theca, mas pela corretora Futura, que deveria ter procedido a uma análise minuciosa da situação patrimonial e financeira da Núcleo, da qual os reclamantes eram clientes, evitando que a mesma realizasse operações com índice Bovespa que ultrapassassem sua capacidade econômica e financeira;
- b. desse modo, não restou estabelecido o nexo de causalidade entre qualquer conduta da Theca e o dano suportado pelos reclamantes, na medida em que (i) não cabia à Theca avaliar a capacidade financeira da Núcleo; (ii) não foi a Theca que intermediou os negócios em nome da Núcleo; e (iii) não foi a Theca que alienou ações de titularidade de terceiros para cobrir prejuízos da Núcleo;
- c. portanto, os reclamantes, ainda que de fato prejudicados, são partes ilegítimas para se socorrer do fundo de garantia, pois são clientes de distribuidora, e somente poderiam dele se utilizar caso evidenciada a participação da Theca, à época membro da Bovespa, no fato que causou o dano por aqueles suportados, o que restou afastado pelo novo Parecer do inspetor da CVM.

É o Relatório.

FUNDAMENTOS

12. De tudo o que foi alegado e contraditado no pedido de revisão, extrai-se que os reclamantes, de fato, solicitaram a transferência de suas ações para uma conta na Theca que, segundo a própria Theca, pertencia à Núcleo.

13. O que não se pode inferir desse ato é que os reclamantes soubessem que, ao mesmo tempo que estavam transferindo as ações para outro intermediário dentro do mesmo sistema de custódia, estivessem também perdendo a propriedade de seus títulos. É inadmissível que um simples pedido de transferência sem qualquer outra declaração seja capaz de transferir involuntariamente a propriedade a terceiros. Para que isso acontecesse, entendendo que deveria ser exigida a manifestação expressa de vontade.

14. Por outro lado, ao cadastrar a Núcleo, a Theca não poderia ignorar a informação, constante da ficha cadastral, de que a conta se destinava para atuar por conta própria e de terceiros, bem como deixar de conhecer a situação patrimonial de sua cliente. Assim, o fato de a Núcleo utilizar uma única conta para operar não permitia à Theca presumir que tudo que fosse transferido para aquela conta pertencia à carteira própria, ou seja, era da Núcleo. Tal presunção, portanto, não pode ser aceita como verdadeira.

15. Uma análise simples do balanço era suficiente para se perceber que a Núcleo, na verdade, não possuía carteira própria, pois apesar de o balanço de 30.06.94, que registrava o valor de R\$2.045,00 em sua carteira, ter sido publicado somente em 14.11.94, após o início das operações de box que ocorreu em 14.10.94, o balanço do ano anterior, e que certamente era conhecido, já mostrava que o valor da carteira própria era bem menor, ou seja, R\$392,00.

16. Por outro lado, a alegação de que a Núcleo possuía disponibilidades financeiras em seu balanço em nada muda a conclusão. Vale lembrar que a maioria das ações reclamadas foram transferidas em maio de 1994 e não foram reconhecidas pela própria Núcleo em seu balanço como integrantes de sua carteira própria. Além disso, no período também não houve a aquisição de ações no mercado e o volume das operações de box continuou crescendo, mesmo após a divulgação do balanço.

17. Assim, independentemente de os prejuízos terem sido causados por operações realizadas no mercado de índice através de outras corretoras de mercadorias, parece-me que as operações de box, de fato, só não teriam nenhum risco se as garantias oferecidas fossem boas. Como as operações de box foram realizadas com a garantia de ações que pertenciam a terceiros e os recursos captados destinados ao pagamento de prejuízos, a única possibilidade de a Núcleo liquidar o box seria através da venda das ações. Não é válido, portanto, concluir que as operações de box por estarem garantidas por ações não continham nenhum risco.

18. Portanto, a Theca teve sim a sua parcela de culpa no prejuízo causado aos reclamantes. Não se pode admitir que a Theca ignorasse quem era a Núcleo e não conhecesse a sua situação financeira. A realização de operações de box, aliás, denunciava que a Núcleo carecia de recursos, ao contrário do afirmado de que ela possuía disponibilidades significativas em seu patrimônio. Foi, portanto, a utilização indevida das ações de terceiros custodiadas através da Theca que possibilitou a consumação do prejuízo dos reclamantes.

19. Em relação à alegação de que a Sra. Neusa Maria Lemos Santos, funcionária da Núcleo, estava atuando irregularmente, cabe dizer que para exercer tal função ela não precisava estar credenciada nos termos da Resolução CMN nº 238/72 e nem ser registrada como agente autônomo no RGA.

20. Quanto às alegações relativas a documento com rasura e conflito de interesses de funcionário da CVM, cabe esclarecer que essas questões já foram devidamente examinadas pelo Colegiado em reunião realizada em 09.01.2001 e se encontram superadas, conforme se verifica do voto proferido pelo então diretor-relator Marcelo Trindade (fls. 644 a 650).

21. No que se refere à invocação de prescrição em relação a Eduardo Fernandes Correia Filho, uma vez que, segundo a Theca, o investidor teria tomado ciência de que não mais tinha ações a partir do momento em que recebeu o extrato de sua última transferência verificada em janeiro de 1995, concordo com o entendimento da BOVESPA que reconheceu a tempestividade do pedido já que a ciência do fato, segundo ela teria ocorrido em 28.04.95 e a reclamação foi apresentada em 07.07.95, ou seja, dentro do prazo de 6 meses. Na verdade, o prejuízo efetivamente só ocorreu em 04 e 05.04.95 quando as ações foram vendidas, nada podendo antes ser reclamado.

22. Finalmente, cabe acrescentar que em nenhum outro processo de fundo de garantia os interessados tiveram tanta oportunidade de se manifestar e tantos pedidos de prorrogação de prazo concedidos, não procedendo as alegações de cerceamento de defesa, nem mesmo em relação ao fato de não ter

sido dado vista do parecer da SMI, dado que o mesmo não tem caráter decisório.

CONCLUSÃO

23. Antes o exposto, **VOTO** pela manutenção da decisão, indeferindo, em consequência, os pedidos de revisão, devendo eventuais valores já recebidos pelos reclamantes em decorrência da liquidação da Núcleo ser deduzidos do montante a ser pago pelo fundo de garantia.

Rio de Janeiro, 17 de junho de 2003.

NORMA JONSEN PARENTE

DIRETORA-RELATORA