

PROCESSO: CVM Nº RJ 2001/4771 (RC Nº 3599/2002)

INTERESSADO: Diocles Lima de Siqueira

ASSUNTO: Recurso contra decisão da BOVESPA

RELATOR: Diretora Norma Jonsen Parente

VOTO

RELATÓRIO

1. Em 30.04.2001, o Sr. Diocles Lima de Siqueira apresentou reclamação ao Fundo de Garantia da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA, solicitando a apuração e o ressarcimento dos prejuízos causados pela Corretora Marlin S/A no período compreendido entre 1997 e 2001 (Processo Bovespa FG Nº 129/2001 – fls. "FG" – 01/04).

2. O Reclamante alegou que, nos dias 03 e 18.02.97, entregou à Marlin um total de R\$200.133,00 para a aquisição de papéis de primeira linha e que, considerando a valorização média verificada no índice BOVESPA no período e o fato de ter retirado R\$5.000,00 em 29.01.98, deveriam valer em 31.01.2001 R\$495.000,00. Entretanto, em março de 2001, foi informado que possuía ações no valor equivalente a apenas R\$1.789,00.

3. Ao analisar toda a movimentação ocorrida na conta do Reclamante, a auditoria da BOVESPA apurou que, de fato, havia, em razão dos elevados prejuízos registrados nos mercados de opções (R\$135.912,00) e à vista (R\$34.804,17), tão-somente um saldo credor de R\$333,19, 100 ações PN de emissão da Ferro Ligas e 100.000 ações PN de emissão da Inepar (fls. FG-20/57).

4. Ao tomar conhecimento do relatório da auditoria, o Reclamante solicitou cópia dos avisos de negociação de ações/opções, tendo recebido da BOVESPA a informação de que os ANA's eram emitidos automaticamente quando da realização dos negócios e enviados para o endereço do investidor e que não era possível nova emissão dos mesmos (FG-91/95). Ao se manifestar a respeito, o Reclamante contestou as operações realizadas no mercado de opções com ações Telebrás e Recibo Telebrás (RCTB) (fls. FG 109/111).

5. Após a realização de nova auditoria em que se concluiu que as alegações não podiam prevalecer já que os avisos e extratos haviam sido enviados (fls. FG 116/134), foi elaborado o Parecer de Consultoria Jurídica da BOVESPA, datado de 04.10.2001 (fls. FG-135/144), manifestando-se pela improcedência da reclamação, uma vez que, de acordo com os levantamentos efetuados pela auditoria, os prejuízos sofridos pelo Reclamante teriam decorrido de oscilações no mercado e não da conduta irregular da Marlin.

6. Ao apreciar a reclamação, o Conselho de Administração da BOVESPA, em reunião realizada em 22.10.2001, manteve o entendimento adotado pela Comissão Especial do Fundo de Garantia, indeferindo o pleito do Reclamante (fls. FG-146).

7. Em reunião datada de 29.05.2002 (fls. 35/40), o Colegiado, por sua vez, também concluiu pela manutenção da decisão da BOVESPA, sob o entendimento de que não teriam sido observados indícios de fraude nos negócios do Reclamante.

8. Posteriormente, em 28.05.2003, foi protocolada na BOVESPA nova reclamação formulada pelo Reclamante (fls. FG-162/165), comprovando que as operações com opções Telebrás e Telebrás RCTB, que importaram no prejuízo de R\$92.890,00 e R\$29.400,00, respectivamente, não constavam dos ANA's recebidos e, portanto, haviam sido realizadas sem o seu consentimento, fato esse que ensejaria a modificação da decisão anteriormente adotada pela BOVESPA e mantida pela CVM.

9. Em sua nova manifestação, a auditoria da BOVESPA informou que, como foram realizadas por intermédio da Corretora Brascan em nome da Marlin, por conta do Reclamante, as operações foram refletidas nos ANA's enviados diretamente à Marlin, não havendo evidência no processo que indicasse ter sido o Reclamante informado a respeito (fls. FG 408).

10. Após análise dos autos, a Consultoria Jurídica da BOVESPA (fls. FG 693/706) considerou tal pleito como sendo uma nova reclamação e em razão disso abriu outro Processo de Fundo de Garantia.

11. Em seu Parecer, a Consultoria Jurídica manifestou o entendimento de que a reclamação, datada de 27.05.2003, era intempestiva, ainda que, quanto ao mérito, tenha concluído pela sua procedência, em parte, dado que 3 operações constavam das notas de corretagem anexadas aos autos pelo próprio Reclamante.

12. A intempestividade da Reclamação foi justificada tanto considerando o início da contagem do prazo de 6 meses a partir do conhecimento dos fatos por meio do Relatório de Auditoria BOVESPA nº 174/01 (fls. FG-27/57) ocorrido em junho de 2001 – admitindo-se que o Reclamante não teria tomado efetivamente conhecimento de tais operações mediante os ANA's e notas de corretagem – quanto considerando a data em que o Reclamante tomou conhecimento da decisão da CVM em 17.07.2002, uma vez que dela não houve pedido de revisão ou reconsideração.

13. No mérito, no entanto, a BOVESPA entendeu ser procedente a reclamação do investidor, dado que as operações com opções de Telebrás e seus Recibos, que motivaram a reclamação, com exceção de 3 que constam das notas de corretagem, foram realizadas por intermédio da Corretora Brascan em nome da Corretora Marlin, de modo que tais negociações foram efetivamente refletidas nos ANA's, mas tais avisos, em razão do procedimento adotado à época, foram encaminhados diretamente à Corretora Marlin, não havendo, no processo, evidências de que a corretora tivesse mantido o Reclamante informado sobre as referidas operações.

14. Por não concordar com a decisão da BOVESPA, em 09.02.2004, o Reclamante apresentou recurso diretamente à CVM (fls. 81/86), no qual alega, em síntese, o seguinte:

- a) desde janeiro de 2001 vem defendendo seu direito de ser ressarcido dos prejuízos;
- b) não ordenou as operações realizadas em seu nome no mercado de opções envolvendo Telebrás e Telebrás Recibo;
- c) nunca obteve a confirmação de nenhuma das operações supostamente realizadas em seu nome, mediante o Aviso de Negociação de Ações – ANA;
- d) não pode ser penalizado por atuações ruins perpetradas contra seu patrimônio pessoal por estelionatários travestidos de agentes do mercado de capitais;
- e) a conclusão da BOVESPA, no que concerne à prescrição, está eivada de erros técnicos gravíssimos, vez que tenta fazer crer que o caso sob exame, embora seja um conjunto de dois processos diferentes, com um rígido prazo prescricional a separá-los, somente a BOVESPA seria capaz de fixar com nitidez e precisão os termos inicial e final;

f) o procedimento administrativo caracteriza-se pela informalidade, devendo a verdade real servir de norte. De igual modo, em homenagem ao princípio da oficialidade, sempre é possível o reenquadramento dos fatos visando resultado útil ao processo, eis que não há partes, mas tão-só interessados;

g) assim, a BOVESPA deveria ter zelado pela busca da verdade dos fatos, não se limitando a examinar, de forma parcial e desordenada, alguns dos argumentos apresentados pelo Reclamante;

h) a BOVESPA que, nessa oportunidade já tinha conhecimento de que contra a Corretora Marlin pesavam veementes indícios de desvios de conduta de seus agentes, de manifestas lesões a patrimônios de investidores a ela vinculados, não poderia deixar de dar o correto enquadramento ao pleito sob exame, ainda que formulado sem a higidez técnica inexigível do cidadão comum;

i) a BOVESPA, ao se manter inerte em relação ao dever de agir de ofício, incidiu em conduta omissiva, que não poderia vir, posteriormente, a prejudicar o investidor, ora Reclamante, no direito de apurar a verdade dos fatos relacionados às suas aplicações e investimentos;

j) a reabertura do caso pela BOVESPA em 2003 confere a evidência flagrante de unidade ao mesmo, eis que há um só caso e um só Reclamante contra determinada Reclamada, sendo, então, um só pleito;

k) a BOVESPA deixou de fornecer os documentos de sua própria e autêntica emissão(ANA), apesar de terem sido solicitados pelo Reclamante, os quais comprovariam a irregularidade das operações controversas, e que, por essa inescusável omissão, ensejaria a suspensão de todo e qualquer prazo prescricional que pudesse eventualmente fluir;

l) incitada a fornecer documentos fundamentais à elucidação do caso, a BOVESPA omitiu-se em disponibilizá-los, alegando que não poderia obter cópias dos ANA's referentes às negociações com opções de Telebrás e Telebrás Recibo;

m) no Parecer da Consultoria Jurídica da BOVESPA, datado de 12.01.2004, alegou-se que os ANA's referentes às operações realizadas em nome dos clientes "por conta" eram enviados à sociedade corretora e não ao cliente, o qual não tinha a menor idéia do uso e abuso de seu dinheiro;

n) outro lapso da BOVESPA foi ter baseado suas conclusões iniciais exclusivamente a partir de levantamento das notas de corretagem emitidas pela Corretora Marlin, deixando de fazer a indispensável comparação destas com os ANA's, cuja finalidade é confirmar - ou não - as operações reportadas pelos corretores;

o) para defender seus interesses, o Reclamante deveria ter sido informado que os ANA's das operações questionadas não foram a ele enviados e sim à Corretora Marlin;

p) essa documentação, que já havia sido solicitada e foi sonogada pela BOVESPA, era a prova que faltava ao Reclamante para comprovar o seu direito e vê-lo reconhecido no processo anterior;

q) por fim, requer o conhecimento e o provimento do recurso, a fim de afastar a alegada intempestividade do pedido, adotando-se e ratificando-se, quanto ao mérito, os termos da decisão tomada pelo Conselho de Administração da BOVESPA.

15. Mediante PARECER/CVM/GMN/004/04 (fls. 112/114), a área técnica concluiu que "*o pedido do Reclamante, datado de 27.05.2003, assume, na verdade, características de um pedido de reconsideração em relação a uma decisão do colegiado da CVM, haja vista buscar, com fundamento em documentos recentemente localizados, a revisão de uma decisão que lhe foi contrária, tanto assim que, conforme bem assinalado pela BOVESPA, poderia o Reclamante ter optado por ingressar com um pedido de revisão diretamente à CVM*".

16. O Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários – SMI, às fls. 121, por sua vez, ressaltou cumprir "*ao Colegiado decidir pela admissibilidade do pedido como reconsideração da decisão e não como nova reclamação, o que implicaria dar ganho de causa ao Reclamante, pois estaria vencida a tese da intempestividade argüida pela BOVESPA, já que, no mérito, ela admitiu caber, em parte, razão ao Reclamante*".

FUNDAMENTOS

17. Independentemente da discussão se a BOVESPA deveria ou não abrir um novo processo ou se a questão deveria ser tratada como pedido de reconsideração, o que importa é que estamos diante das mesmas operações realizadas no mercado de opções Telebrás e Recibos Telebrás e que desde o início sempre foram contestadas pelo Reclamante.

18. Assim, se na decisão anterior não foi reconhecida a procedência da reclamação neste particular, tanto pela bolsa quanto pela CVM, com base na presunção errônea de que os ANA's haviam sido enviados diretamente ao Reclamante e que o prejuízo sofrido teria decorrido das oscilações do próprio mercado e não da conduta irregular da Marlin, a mesma conclusão não pode prevalecer agora diante da informação trazida aos autos de que, como as operações foram realizadas através da Corretora Brascan, os avisos eram enviados diretamente à Marlin.

19. É importante ressaltar que desde o momento em que o Reclamante tomou conhecimento do relatório da auditoria contestou os negócios realizados em seu nome com opções Telebrás e Recibos Telebrás e solicitou cópia dos avisos objetivando comprovar que deles jamais tivera conhecimento que, no entanto, lhe foram negados, tendo sido, ainda, reafirmado pela bolsa na oportunidade que os mesmos eram emitidos automaticamente sempre que ocorria negócios em seu nome e enviados para o endereço constante do cadastro que, no caso, era o mesmo.

20. É óbvio que se tivesse ficado esclarecido já no primeiro processo, como deveria, que as operações haviam sido realizadas por intermédio da Corretora Brascan e os avisos enviados à Marlin e não ao cliente final, procedimento que passou a ser observado a partir de novembro de 2002, certamente a decisão teria sido outra e não haveria razão para o segundo.

21. Dessa forma, como desde o início as operações fizeram parte da Reclamação e o ressarcimento só não foi reconhecido por falha na apuração efetuada pela BOVESPA, não tem sentido em se falar agora em intempestividade do pedido considerando como termo inicial o resultado da auditoria que apurou de forma parcial os fatos ou a decisão da CVM que se baseou nesses mesmos fatos.

22. É oportuno deixar claro que a prescrição pressupõe a passividade do Reclamante que, no caso, nunca existiu, pois as operações com opções Telebrás e Recibos Telebrás sempre foram contestadas. Portanto, em nenhum momento, o Reclamante pode ser acusado de não ter sido diligente tanto que só se chegou à verdade real graças à sua persistência e inconformismo.

23. No caso, a bem da verdade, o mistério para o Reclamante somente veio a desvendar-se com o relatório de auditoria datado de 13.06.2003, o que se conclui que, até então, o Sr. Diocles não sabia como haviam sido realizadas as operações questionadas em seu nome sem a sua autorização. Não é verdadeira, portanto, a afirmação de que o Reclamante tomou conhecimento do prejuízo em junho de 2001 ao receber o relatório da auditoria ou quando foi informado da decisão da CVM em julho de 2002.

24. É simplesmente inadmissível, como entendeu a bolsa, que a partir de fatos ocorridos no âmbito do próprio processo de apuração passasse a fluir o prazo prescricional para a apresentação de nova reclamação sobre operações que já estavam sendo questionadas. A verdade é que cabia à bolsa

verificar como haviam sido realizados os negócios com opções Telebras e Recibos Telebrás desde o primeiro processo e que a segunda reclamação não pode ser tratada de forma independente da primeira, mas complementar. E se culpa houve impedindo que as decisões tanto da bolsa como da CVM fossem corretas, o ônus não pode ser imputado ao Reclamante e sim à bolsa.

25. Diante disso, se o Reclamante, como ficou comprovado agora, não recebeu os ANA's, a não ser das 3 operações constantes das notas de corretagem anexadas aos autos por ele mesmo, parece-me evidente que as operações com opções Telebrás e Recibos Telebrás não só nunca foram de seu conhecimento como jamais foram por ele autorizadas.

26. Nesse caso, resta caracterizada a hipótese de uso inadequado de numerário entregue à Marlin, prevista na alínea "b" do item I do artigo 41 da Resolução CMN nº 1656/89, vigente à época em que ocorreram as operações irregulares, e não no item II do artigo 40 da Resolução nº 2.690 de 28.01.2000 como consta da decisão da BOVESPA, que dispõe:

"Art. 41 – As Bolsas de Valores devem manter Fundo de Garantia, com finalidade exclusiva de assegurar aos clientes de sociedade corretora, até o limite do Fundo, ressarcimento de prejuízos decorrentes:

I – da atuação de administradores, empregados ou prepostos de sociedade corretora membro ou permissionária da Bolsa de Valores que tiver recebido a ordem do investidor, em relação à intermediação de negociações realizadas em Bolsa e aos serviços de custódia, especialmente nas seguintes hipóteses:

a) -

b) – uso inadequado de numerário ou de valores mobiliários, inclusive em relação a operações de financiamento ou de empréstimos de ações para a compra ou venda em Bolsa (conta margem);"

CONCLUSÃO

27. Ante o exposto, **VOTO** pelo acolhimento parcial da reclamação, o que importa no ressarcimento pelo Fundo de Garantia dos valores relativos às operações realizadas no mercado de opções com ações Telebrás e Recibos Telebrás, com exceção dos 3 negócios constantes das notas de corretagem às fls. 600, 602 e 606 do Processo FG, bem como dos valores pagos a título de taxa de corretagem, corrigidos pela variação do IGP-M da Fundação Getúlio Vargas, conforme decisão do Colegiado de 13.02.2001, e acrescidos de juros de 12% ao ano a partir da data em que ocorreu a operação até o efetivo pagamento, nos termos do artigo 44 da Resolução nº 1656/89.

Rio de Janeiro, 11 de maio de 2004.

NORMA JONSSSEN PARENTE

DIRETORA-RELATORA