

Reclamante: Leonor Saldanha Thomé

Diretor-Relator: Marcos Barbosa Pinto

RELATÓRIO

Senhores Membros do Colegiado,

1. Sumário

1.1 Trata-se de processo instaurado nos termos do §2º do art. 45 do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 2.690/00, contra decisão do conselho de administração da Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa ("Bovespa") que julgou improcedente a reclamação da investidora Leonor Saldanha Thomé ("Reclamante") contra a Diferencial CTVM S/A ("Diferencial").

1.2 A decisão que negou a reclamação se baseou nos seguintes fundamentos:

- i. intempestividade da reclamação, nos termos do art. 41, §2º e 3º do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 2.690/00 ("Regulamento");
- ii. não-enquadramento do caso às hipóteses de ressarcimento previstas no art. 40 do Regulamento.

2. Reclamação

2.1 Em 22 de agosto de 2005, a Reclamante apresentou reclamação junto ao Fundo de Garantia Bovespa pleiteando indenização em virtude de prejuízos oriundos de operações supostamente irregulares com ações de sua titularidade de emissão da Distribuidora de Produtos de Petróleo Ipiranga S/A ("Distribuidora Ipiranga").

2.2 Conforme narra, em março de 1997, sendo titular de 15.000.000 de ações PN da Distribuidora Ipiranga, a Reclamante procurou a Diferencial para que essa a auxiliasse na administração de seus valores mobiliários. Lá foi atendida por uma pessoa que se identificou como Rubens Rojas Couto ("Outorgado").

2.3 Segundo a Reclamante, o Outorgado instruiu-a então a assinar uma procuração que outorgava a ele amplos poderes para administrar as ações da Reclamante, podendo inclusive aliená-las livremente. Essa procuração foi assinada em 12 de março de 1997, sem prazo de validade, só tendo sido revogada em 8 de julho de 2005.

2.4 A Requerente também afirma que, em dezembro de 1999, o Outorgado lhe apresentou um contrato de locação das 15.000.000 ações PN da Distribuidora Ipiranga. Ressalta, ainda, que esse contrato foi assinado e renovado sucessivas vezes, perdendo vigência somente em 23 de março de 2005.

2.5. No final de 2004, a Reclamante manifestou ao Outorgado a intenção de vender parte das ações que possuía, tendo o Outorgado desaconselhado tal operação. Diante de reiteradas recusas do Outorgado, a Reclamante afirma ter desconfiado dele, razão pela qual buscou apurar, frente à Diferencial, a situação das ações de sua titularidade.

2.6 Tendo requerido a prestação de esclarecimentos sobre a posição de suas ações, a Reclamante foi informada, em duas reuniões realizadas nas dependências da Diferencial, sendo a última datada de 20 de julho de 2005, de que:

- i. em 1º de dezembro de 1999, todas as 15.000.000 ações PN da Distribuidora Ipiranga de sua titularidade foram transferidas para o Outorgado;
- ii. em 13 de dezembro de 1999, 9.500.000 ações foram transferidas de volta à Reclamante;
- iii. em 15 de dezembro de 1999, essas 9.500.000 ações foram novamente transferidas para o Outorgado.

2.7 A Requerente alega que a Diferencial nunca lhe consultou nem lhe informou a respeito dessas transferências, como tampouco lhe creditou quaisquer pagamentos. Por essa razão, considera que a Diferencial deve ressarcir-la pelos prejuízos sofridos.

3. Auditoria Interna

3.1 A Bovespa instaurou auditoria interna para apurar os fatos alegados pela Reclamante, cujos resultados constam no Relatório de Auditoria SEO/GASC nº 70, de 5 de setembro de 2005 ("Relatório de Auditoria").

3.2 O Relatório de Auditoria revela que:

- i. as 15.000.000 ações PN da Reclamante da Distribuidora Ipiranga foram alienadas no pregão da Bovespa nos dias 6 e 7 de julho de 1998 e não em 1º de dezembro de 1999, como havia informado a Diferencial;
- ii. nos dias 6 e 7 de julho de 1998, a Reclamante adquiriu 16.000.000 ações PN da Cia. de Petróleo Ipiranga ("Petróleo Ipiranga");
- iii. essas 16.000.000 ações PN da Petróleo Ipiranga foram transferidas para o Outorgado em 1º de dezembro de 1999;
- iv. a Reclamante celebrou três contratos de aluguel com o Outorgado, datados de 20 de dezembro de 1999, 13 de setembro de 2002 e 23 de março de 2004;
- v. os extratos de custódia de ações emitidos pela CBLC foram devidamente enviados ao endereço de cadastro informado pela Reclamante;
- vi. o Outorgado não era operador cadastrado pela Diferencial; e
- vii. a Diferencial mantinha com a VR – Consultoria e Assessoria Financeira Ltda. ("VR"), empresa da qual o Outorgado era sócio, um contrato de prestação de serviços de assessoria financeira.

4. Manifestações da Diferencial

4.1 Em resposta, a Diferencial afirma que:

- i. o Outorgado não era seu funcionário, nem seu agente autônomo, não sendo por isso responsável pelos seus atos;
- ii. o contrato celebrado com a VR não autorizava o Outorgado a representá-la perante terceiros, mas apenas a efetuar cálculos financeiros para os clientes e a auxiliá-los a tomar suas decisões de investimento;
- iii. a Diferencial apenas deu cumprimento às ordens dadas pelo Outorgado, que detinha procuração para representar a Reclamante e que havia celebrado um contrato de aluguel de ações com ela.

4.2 Por essas razões, a Diferencial entende que não é responsável pelos prejuízos sofridos pela Reclamante.

5. Decisão da Bovespa

5.1 Em reunião realizada em 6 de junho de 2006, o conselho administração da Bovespa decidiu, por unanimidade, manter a decisão adotada pela comissão especial do fundo de garantia, baseada em parecer da superintendência de assuntos legais.

5.2 Segundo a Bovespa, muito embora as operações lesivas tenham ocorrido em dezembro de 1999, a reclamação só foi apresentada em 22 de agosto de 2005. Logo, foi ultrapassado o prazo de seis meses previsto no art. 41, §2º do Regulamento.

5.3 A Bovespa entendeu também que a Reclamante não poderia sequer alegar que não tinha conhecimento do prejuízo para fins de aplicação do art. 41, §3º do Regulamento, pois ela foi devidamente informada das operações realizadas por meio dos extratos mensais.

5.4 Atacando o mérito da questão, o conselho de administração também acolheu a análise da superintendência jurídica de que o objeto da reclamação não se enquadrava nas situações descritas no art. 40 da Resolução CMN 2.690/00.

6. Recurso de Ofício

6.1 Considerando a decisão desfavorável e a não-apresentação de recurso voluntário no prazo previsto no §2º do art. 45 do Regulamento, a Bovespa encaminhou os autos à CVM em grau de recurso obrigatório, nos termos do mesmo dispositivo regulamentar.

7. Parecer da Área Técnica da CVM

7.1 No mérito, a Superintendência de Mercado e Intermediários da CVM (" SMI") entendeu que:

- i. as 9.500.000 ações que foram devolvidas à Reclamante em 13 de dezembro de 1999 são da Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A. (" Ipiranga Refinaria");
- ii. o prejuízo sofrido pela reclamante diz respeito às 16.000.000 ações da Ipiranga Petróleo transferidas ao Outorgado em 1º de dezembro de 1999;
- iii. a reclamação era procedente e cabível, pois o Outorgado era preposto da Diferencial, atraindo, assim, a incidência do art. 40, II, do Regulamento;

7.2 A despeito disso, a SMI concordou com o entendimento do conselho de administração da Bovespa de que a reclamação era intempestiva, visto que já haviam se passado mais de 6 meses da data do envio dos extratos da CBLIC. Por este motivo, opinou pelo indeferimento do recurso.

VOTO

1. Prejuízo

1.1 Concordo com o parecer da SMI (fls.134/147) de que o prejuízo sofrido pela Reclamante equivale a 16.000.000 ações PN da Ipiranga Petróleo e não a 15.000.000 ações PN da Distribuidora Ipiranga, como alegava a Reclamante em sua manifestação inicial. Na verdade, a Reclamante foi induzida a erro pela própria Diferencial, que lhe informou equivocadamente tanto o número quanto a companhia emissora das ações.

1.2 A esse respeito, o Relatório de Auditoria deixa claro que as 15.000.000 ações PN da Distribuidora Ipiranga foram alienadas no pregão da Bovespa nos dias 6 e 7 de julho de 1998. Nessa mesma data, a Reclamante adquiriu, também no pregão da Bovespa, 16.000.000 ações PN da Ipiranga Petróleo. São essas as ações objeto do litígio, pois foram elas que o Outorgado transferiu para sua própria conta na CBLIC em 1º de dezembro de 1999.

1.3 Nem se diga, como alega a Diferencial, que 9.500.000 dessas 16.000.000 ações já haveriam sido devolvidas à Reclamante. Como bem ressalta o parecer da SMI, as 9.500.000 ações devolvidas eram ações da Ipiranga Refinaria e não da Ipiranga Petróleo. Na verdade, essas ações da Ipiranga Refinaria já pertenciam à Reclamante antes de 1º de dezembro de 1999 e não têm nenhuma relação com o caso em exame.

1.4 Portanto, o prejuízo da Reclamante se refere a 16.000.000 ações PN da Ipiranga Petróleo. Essas ações foram transferidas para o Outorgado em 1º de dezembro de 1999 e nunca foram devolvidas à Reclamante. Tal transferência de ações foi autorizada pelo próprio Outorgado, com base na procuração a ele conferida pela Reclamante em 12 de março de 1997 e que se encontrava então em vigor (fl. 45).

2. Mérito

2.1 A primeira vista, a existência de uma procuração em vigor parece eximir a Diferencial de responsabilidade. Todavia, essa procuração não poderia ter sido usada para transferir as ações da Reclamante para o próprio Outorgado. Com efeito, o art. 1.133 do Código Civil de 1916 que rege os fatos desse caso, proibia expressamente o mandatário de adquirir bens do mandante. Logo, a transferência autorizada pelo Outorgado em 1º de dezembro de 1999 violou disposição expressa de lei.

2.2 Vale a pena transcrever o dispositivo legal em questão, para que não haja dúvida a respeito de seu teor:

Art. 1.133 Não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

(...)

II – pelos mandatários, os bens, de cuja administração ou alienação estejam encarregados .

2.3 A Diferencial não poderia ter efetuado essa transferência ilegal. Enquanto agentes de custódia, as corretoras são responsáveis pela guarda dos valores mobiliários de seus clientes. É o que dispunha o artigo 170 do Código Comercial que também se aplica ao caso em questão. Segundo o Código

Comercial:

Art. 170 O comissário é responsável pela boa guarda e conservação dos efeitos de seus comitentes, quer lhe tenham sido consignados, quer os tenha ele comprado, ou os recebesse como em depósito, ou para os remeter para outro lugar; salvo caso fortuito ou de força maior, ou se a deterioração provier de vício inerente à natureza da coisa.

2.4 Obviamente, a Diferencial falhou na observância desse dever de guardar os bens do comitente, pois efetuou a transferência das ações da Reclamante para o Outorgado contrariando disposição expressa de lei. A Diferencial falhou nessa operação, sendo, portanto, responsável pelo prejuízo sofrido pela Reclamante.

2.5 A esse respeito, não se pode aceitar a alegação da Diferencial de que não sabia para quem as ações foram transferidas. Como a operação foi realizada fora do pregão de bolsa, a Diferencial tinha como saber quem eram as partes contratantes. Além disso, consta dos autos cópia do termo de transferência das ações, com timbre da própria Diferencial, no qual o Outorgado assina tanto em nome próprio como em nome da Reclamante (fl. 37).

2.6 A falha da Diferencial é agravada pelo fato de que o Outorgado trabalhava para a corretora, mantendo com ela um contrato de prestação de serviços financeiros. Seja qual for o objeto desse contrato, não se pode esquecer que o Outorgado atendia nas dependências da Diferencial, tendo contato direto com os clientes da corretora. Essa mera circunstância já é suficiente para tornar a Diferencial responsável pelos atos do Outorgado, conforme dispunha o art. 75 do Código Comercial:

Art. 75 Os preponentes são responsáveis pelos atos dos feitores, guarda-livros, caixeiros e outros quaisquer prepostos, praticados dentro das suas casas de comércio, que forem relativos ao giro comercial das mesmas casas, ainda que se não achem autorizados por escrito.

2.7 Resta claro, portanto, que houve falha no serviço de custódia e que essa falha causou prejuízo à Reclamante. Resta saber se esse prejuízo está abrangido nas hipóteses de indenização do fundo de garantia da Bovespa previstas no Regulamento ou se, ao contrário, a Reclamante deverá ingressar com ação em juízo contra a Diferencial para obter o devido ressarcimento.

2.8 Para facilitar a compreensão, transcrevo o art. 40 do Regulamento, que prevê as hipóteses de ressarcimento pelo fundo:

Art. 40 – As Bolsas de Valores devem manter Fundo de Garantia, com finalidade exclusiva de assegurar aos investidores do mercado de valores mobiliários, até o limite do Fundo, ressarcimento de prejuízos decorrentes da atuação de administradores, empregados ou prepostos de sociedade membro ou permissionária, em relação à intermediação de negociações realizadas em bolsa e aos serviços de custódia, especialmente nas seguintes hipóteses:

I – inexecução ou infiel execução de ordens;

II – uso inadequado de numerário, de títulos ou valores mobiliários, inclusive em relação a operações de financiamento ou de empréstimos de ações para compra e venda em bolsa (conta margem);

III – entrega ao investidor de títulos ou valores mobiliários ilegítimos ou de circulação proibida;

IV – inautenticidade de endosso em título ou valor mobiliário ou ilegitimidade de procuração ou documento necessário à transferência dos mesmos; encerramento de atividades; e

VI – decretação de liquidação extrajudicial pelo Banco Central do Brasil.

2.9 Grifei duas expressões desse dispositivo que guardam estreita relação com o caso em exame. A primeira delas deixa claro que o fundo é responsável ainda quando o prejuízo é causado pelos prepostos da corretora. A rigor, essa disposição seria até mesmo desnecessária, pois o próprio Código Comercial equipara os atos do preposto aos atos da proponente, como vimos acima.

2.10 A segunda expressão grifada é mais importante. Com efeito, seria possível argumentar que a transferência de ações em questão não está coberta pelo fundo de garantia porque foi cursada fora da bolsa. Todavia, uma leitura atenta do art. 40 revela que o fundo se destina não só a cobrir prejuízos relacionados a operações realizadas no pregão como também as falhas no serviço de custódia.

2.11 Essa é justamente a hipótese de que estamos tratando. Embora as ações da Reclamante tenham sido transferidas para o Outorgado fora do pregão, a Diferencial foi negligente enquanto *agente de custódia* da Reclamante. Afinal, ela instruiu a CBLC para que realizasse uma transferência claramente ilegal.

2.12 Antes de encerrar a questão, gostaria de analisar mais um argumento da Diferencial, qual seja, de que a Reclamante havia celebrado um contrato particular de aluguel de ações com o Outorgado e que esse contrato teria servido de base para a transferência das ações. Ocorre que o primeiro contrato de aluguel de ações data de 20 de dezembro de 1999, 19 dias depois da data em que as ações foram transferidas (fls. 39/40). Logo, ele não podia ter servido de base para a transferência.

2.13 De todo o exposto, conclui-se que a Diferencial instruiu a CBLC a realizar uma transferência ilegal, em violação ao art. 1.133 do Código Civil em vigor, o que constitui hipótese de ressarcimento pelo fundo de garantia da Bovespa, nos termos do art. 40 do Regulamento.

3. Intempestividade

3.1 Mas para que servia então o referido contrato de aluguel, se as ações já haviam sido transferidas para o Outorgado? Essa pergunta, por si só, já joga alguma luz na questão da intempestividade, segunda razão apontada pela Bovespa para negar o pedido de ressarcimento formulado pela Reclamante.

3.2 Ora, é muito provável que o contrato de aluguel de ações tenha sido celebrado e renovado com o propósito de esconder o prejuízo sofrido pela Reclamante. Ainda que esse não tenha sido objetivo do Outorgado, o que não podemos provar, esse foi sem dúvida o seu principal efeito. Enquanto os aluguéis eram renovados, a Reclamante permanecia ignorante do prejuízo.

3.3 Após esses esclarecimentos, podemos enfrentar a questão da tempestividade. O art. 41, §2º, do Regulamento estabelece o prazo de 6 meses para a formulação de reclamações ao fundo de garantia. Todavia, segundo §3º do mesmo artigo, a contagem desse prazo só se inicia a partir do momento em que o investidor tomou ciência dos fatos que lhe causaram prejuízo.

3.4 Mais uma vez, transcrevo os dispositivos relevantes:

Art. 41 (...)

§ 2º O pedido de ressarcimento ao Fundo de Garantia deve ser formulado no prazo de seis meses a contar da ocorrência da ação ou omissão que tenha causado os prejuízos;

§3º Quando o investidor não tiver comprovadamente possibilidade de acesso a elementos que lhe permitam tomar ciência do prejuízo havido, o prazo estabelecido no parágrafo anterior será contado da data do conhecimento do fato.

3.5 As operações lesivas ocorreram em dezembro de 1999. Segundo a Bovespa, a Reclamante teria tomado conhecimento das mesmas logo após a sua ocorrência, por meio dos extratos periodicamente enviados pela CBLC. Como a reclamação só foi formulada em 22 de agosto de 2005, a Bovespa concluiu pela intempestividade do pedido de indenização.

3.6 Realmente, constam dos autos extratos mensais da custódia nos quais é possível identificar que a Reclamante não mais possuía mais as ações objeto do litígio. Segundo o Relatório da Auditoria, estes extratos foram devidamente enviados ao endereço informado pela Reclamante. Além disso, a própria Reclamante incluiu alguns desses extratos em sua reclamação (fls. 50/54).

3.7 Em situações normais, esses extratos seriam suficientes para comprovar a ciência do investidor. Todavia, estamos diante de um caso excepcional, marcado pela celebração de um contrato de aluguel de ações no mesmo mês em que foi realizada a transferência lesiva. Tal transferência ocorreu no dia 1º de dezembro de 1999 e o contrato de aluguel foi celebrado no dia 20 do mesmo mês.

3.8 Logo, mesmo de posse dos extratos da CBLC enviados na virada do mês, a Reclamante não tinha como tomar conhecimento do prejuízo sofrido, pois ações alugadas não constam desses extratos. A propósito, não se pode esquecer que o aluguel de ações é na verdade um mútuo oneroso que transfere a propriedade dos bens emprestados. É o que dispunham os artigos 586 e 587 do antigo Código Civil:

Art. 586 O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Art. 587 Este empréstimo transfere o domínio da coisa ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.

3.9 Disso se conclui que a Reclamante não tinha conhecimento das operações lesivas, pois as mesmas foram acobertadas por meio de sucessivos contratos de aluguel. Como se viu, esses contratos transferem a propriedade das ações, fazendo com que as mesmas deixem de constar dos extratos mensais enviados pela CBLC.

3.10 Na prática, a Reclamante só tomou ciência do prejuízo em julho de 2005, quando foi informada pela Diferencial a respeito das transferências. É a partir desse momento que se deve contar o prazo para a reclamação, conforme dispõe o art. 41, §3º do Regulamento. Como a reclamação foi feita em 22 de agosto de 2005, concluo que não houve intempestividade.

4. Conclusão

4.1 De todo o exposto, concluo que deve ser revertida a decisão do conselho de administração da Bovespa que declarou a reclamação intempestiva. Também deve ser revertida a decisão do conselho de que o caso em exame não se encontra entre as hipóteses de ressarcimento do fundo de garantia. Portanto, o fundo é responsável pelos prejuízos sofridos pela Reclamante.

4.2 Na fixação da forma e do valor da indenização, sigo o art. 43 do Regulamento, que dispõe como segue:

Art. 43. As indenizações devem ser efetuadas em títulos ou valores da mesma espécie, sendo que aquelas em numerário serão acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano), devidos a partir da data em que ocorreu o prejuízo.

§1º Quando o prejuízo importar em perda de títulos ou valores mobiliários:

I - a indenização consistirá na reposição de títulos ou valores mobiliários do mesmo emissor, tipo, espécie e classe, acrescidos de quaisquer direitos distribuídos em relação aos mesmos, no período entre a ocorrência do prejuízo e a indenização, inclusive os que dependam de manifestação de vontade; e

II - o reclamante poderá, quando da propositura da reclamação, optar pela indenização em numerário, a qual corresponderá ao valor de mercado do título ou valor mobiliário na data da ocorrência do prejuízo, acrescido de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano).

§2º Para efeito da indenização de que trata o inciso II do parágrafo anterior, considera-se valor de mercado do título ou do valor mobiliário a sua cotação, média, na data da ocorrência do prejuízo, na bolsa de valores em que tiver sido mais negociado.

4.3 Como a Reclamante optou expressamente pela indenização em dinheiro, voto no sentido de que o fundo de garantia da Bovespa seja condenado a pagar à Reclamante valor equivalente a 16.000.000 ações PN da Ipiranga Petróleo em 1º de dezembro de 1999, acrescido de juros de 12% ao ano, incidentes desde 1º de dezembro de 1999 até a data do efetivo pagamento.

4.4 Sobre o valor dos títulos também deve incidir correção monetária, a partir 1º de dezembro de 1999, de acordo com a Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se o Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, nos termos do art. 4º da Lei 8.177/91 e dos julgados R. Esp. 680.577 e 771.926, ambos do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

Rio de Janeiro, 14 de agosto de 2007.

MARCOS BARBOSA PINTO

Diretor- Relator