

Assunto: Recurso contra decisão do Fundo de Garantia da Bovespa – FG Nº 01/2006.

Reclamante: Sérgio Paulo Hillebrand

Reclamada: Diferencial CCTVM S/A

Recorrente: Sérgio Paulo Hillebrand

Diretor-Relator: Eli Loria

RELATÓRIO

01. Trata-se de recurso ao Colegiado, interposto por Sérgio Paulo Hillebrand (" Recorrente") contra decisão do Fundo de Garantia da Bolsa de Valores do Estado de São Paulo ("Fundo de Garantia"), que concluiu pela improcedência da reclamação contra a Diferencial CTVM S/A. (" Reclamada"), alegando, preliminarmente a ocorrência da prescrição em face da sua intempestividade, bem como, quanto ao mérito, por não ter sido configurada hipótese de ressarcimento prevista no art. 40 do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.690/00.

Dos Fatos

02. Em 02/12/05, Sérgio Paulo Hillebrand, apresentou reclamação contra a Diferencial CTVM S/A alegando que desde 1998, é cliente da Reclamada e que em 2002, por meio do corretor Rubens Couto, consultou a Reclamada sobre a possibilidade de alugar ações, sendo que lhe foi informado que seria uma boa opção e que outros investidores já faziam o mesmo.

03. Assim, a partir de 2002, o Recorrente assinou vários contratos de locação, com validade de 6 meses, remuneração mensal, restituição ao final junto à custódia da BOVESPA, bem como o pagamento de eventuais direitos (dividendos, juros sobre o capital, bonificação etc), sendo que, na data da reclamação, possuía 15 contratos de locação com diferentes datas de vencimento.

04. Afirma o Recorrente que todos os contratos tinham como locatário a empresa CCM Participações e Empreendimentos Ltda, cujo diretor, Sr. Carlos Roberto Corá, detentor de 99,92% do capital social dessa sociedade, já havia ocupado o cargo de diretor da Reclamada.

05. Ademais, que os contratos vinham sendo regularmente renovados e existia o adimplemento, sendo que os aluguéis eram depositados nos dias 13 e 26 de cada mês, sendo feitos única e exclusivamente com a Reclamada sendo que esta lhe informava os valores dos aluguéis, dividendos, datas de depósito e da necessidade de renovação dos contratos.

06. Ocorre que os últimos aluguéis pagos foram os vencidos em 13/08/05 e que, em 22/08/05, o corretor Rubens lhe telefonou informando que os valores devidos, não poderiam ser mais creditados devido a um bloqueio nas contas do grupo Diferencial em função de decisão judicial.

07. O Recorrente questionou a Reclamada se as ações não constavam na CBLC como alugadas, obtendo resposta negativa uma vez que tal fato exigiria o depósito de garantias junto àquela clearing.

08. O Recorrente narra, ainda, que teria participado de reunião com o Sr. Carlos Roberto Corá em 25/08/05 na qual lhe foi dito que a questão se resolveria em 90 dias e que, em contato posterior com o Sr. Carlos Roberto Corá, este alegou que tinha transferido as ações para um terceiro que não as devolveu.

09. Conclui alegando que a Reclamada aparentemente teria participado de uma operação simulada transferindo ações para terceiros de forma apartada do sistema CBLC e, agindo assim, cometeu ilícito desrespeitando suas obrigações para com o cliente, objetivando favorecer a si própria ou, na pior das hipóteses, a seu acionista controlador.

10. Por fim, o Recorrente solicita, então, crédito dos títulos objeto de cada um dos contratos de locação, bem como o pagamento dos respectivos direitos

Da manifestação da Reclamada

11. Notificada a respeito (Processo FG nº 01/06, fls.251), a Reclamada, em 22/12/05, apresentou manifestação (Processo FG nº 01/06, fls. 268/269) argumentando, em linhas gerais, entender não possuir qualquer responsabilidade pelo bom ou mau êxito do negócio que o Reclamante celebrou com a empresa Corá Participações e Empreendimentos Ltda, muito embora essa empresa tenha como sócio o Sr. Carlos Roberto Corá que, no passado, fora também um de seus sócios.

12. Ademais, que teria instado o Sr. Carlos Roberto Corá a se compor amigavelmente com o Reclamante, pois é seu propósito evitar litígios, sempre que possível.

13. A Reclamada informa, ainda, em correspondência de 30/01/06 (Processo FG nº 01/06, fls. 279), que foi apresentada ao Reclamante proposta de composição de seu crédito junto à empresa Corá Participações e Empreendimentos Ltda, que poderia se constituir como confissão de dívida com garantia real em imóvel, sendo que houve apenas uma negativa verbal por parte da advogada do Reclamante e nenhuma outra manifestação formal que viabilizasse a continuidade das negociações.

14. Posteriormente, em correspondência de 15/03/06 (Processo FG nº 01/06, fls. 273), a Reclamada informa o recebimento de citação de Ação Judicial Ordinária promovida pelo Reclamante junto à 5ª Vara Cível de Porto Alegre/RS, buscando a restituição das ações dadas em locação à CCM Participações e Empreendimentos Ltda e que tal fato prova a inconsistência da reclamação junto à BOVESPA uma vez que reconhece que o pólo passivo é outro que não a reclamada.

Do relatório de auditoria

15. Com o objetivo de apuração dos fatos, a BOVESPA realizou trabalho de auditoria na Reclamada cujo resultado está consubstanciado no RELATÓRIO DE AUDITORIA SEO/GASC Nº016/06 (FG nº 01/05, fls. 276/281), onde foi apurado:

- que o Reclamante foi cadastrado na Reclamada em 24/08/98, recadastrado em 23/05/04 e no Sistema de Clientes da BOVESPA/CBLC o cadastro se deu em 24/08/98;
- que em sua ficha cadastral consta o mesmo endereço do comprovante de endereço apresentado à corretora;

- que as transferências de ações da conta de custódia do Reclamante, no período de 01/08/02 a 15/03/06, tiveram como cessionária somente a empresa CCM Participações e Empreendimentos Ltda;
- que a Reclamada apresentou documentos nos quais o Reclamante a autoriza a realizar as transferências para a CCM Participações e Empreendimentos Ltda; e,
- que o valor presente das ações objeto da reclamação (data de referência: 15/03/06) somados aos proventos distribuídos corresponde ao valor de R\$2.062.552,63.

Da instauração do processo de Fundo de Garantia nº 01/06

16. Considerando os aspectos apontados na reclamação apresentada pelo Reclamante, a manifestação da reclamada a respeito e o que foi apurado no Relatório de Auditoria a BOVESPA instaurou o Processo Administrativo junto ao Fundo de Garantia nº 01/2006, notificando as partes

Da defesa da Reclamada

17. Depois de notificada, a Reclamada apresentou defesa (FG nº 01/06, fls. 303/304) esclarecendo que:

- os fatos seriam enfrentados minudentemente na contestação à ação judicial movida pelo Reclamante;
- o Reclamante sabia que a CCM Participações e Empreendimentos Ltda é empresa distinta de Reclamada e, por isso, esta nada tem a ver com os problemas que envolvem o Reclamante e a CCM;
- a Reclamada sequer possui os contratos que o Reclamante alega ter mantido com a CCM.

Da réplica do Reclamante

18. Notificado a respeito, o Reclamante apresentou manifestação sobre o conteúdo do Relatório de Auditoria e a Defesa da Reclamada (FG nº 01/06, fl. 309), esclarecendo que a Reclamada, em nome da locadora das ações, fez uma proposta de solução amigável da questão, na qual o valor devido seria pago em 36 meses com garantia em imóvel cuja aquisição seria feita em nome de terceiros, haja vista ações judiciais em nome da CCM e que tal proposta foi recusada em face do longo prazo de pagamento bem como por envolver procedimento de fraude contra credores.

19. Ademais, que restou demonstrado que as ações objeto da locação não foram devolvidas ao término do contrato e que a Reclamada não cumpriu com suas obrigações legais e contratuais nas operações questionadas, bem como sabia que o contrato era de locação, não tendo, contudo, procedido de acordo com as Instruções do CMN relativamente a este tipo de operação.

20. Por fim, que as testemunhas que assinaram os contratos de locação são empregados da Reclamada e, quando da assinatura no 6º tabelionato de Porto Alegre, os contratos já assinados pelo locatário, eram trazidos por funcionários da Reclamada que também faziam o recolhimento das custas do reconhecimento das firmas do Reclamante.

Das alegações finais das partes

21. Notificada a respeito, a Reclamada apresentou suas alegações finais (FG nº 01/06, fls. 314/315) alegando desconhecer qualquer proposta formulada pela empresa com quem o Reclamante teria entabulado contrato de locação de ações, tampouco teria participado de nenhuma tratativa ou negociação com vistas a transacionar o objeto da reclamação, motivo pelo qual estaria impossibilitada até mesmo de opinar sobre a conveniência ou não do acordo, bem como que não lhe diz respeito o desenrolar do cumprimento ou não do contrato havido entre as partes com as quais não possui nenhuma vinculação, quer negocial, quer societária.

22. Da mesma forma, o Reclamante alega (i) que o aluguel de ações está disciplinado pela Resolução CMN nº 2.268/96 garantido mediante caução de 100% do preço do lote das ações envolvido, (ii) que entendeu que as normas disciplinadoras e garantidoras da operação estavam sendo cumpridas, (iii) que a reclamada não tratou a operação como sendo de aluguel, beneficiando seu sócio e causando graves prejuízos ao Reclamante.

Do parecer da consultoria jurídica e da decisão da BOVESPA

23. Diante do exposto, em 31/07/06, a Superintendência de Assuntos Legais da Bovespa elaborou Parecer acostado às fls. 340/355 do Processo FG nº 01/06, concluindo pela legitimidade do Reclamante para postular ressarcimento junto ao Fundo de Garantia da BOVESPA, bem como pela intempestividade da reclamação uma vez que, mesmo tendo a possibilidade de saber que os contratos de locação que celebrava com a empresa CCM Participações e Empreendimentos Ltda não estavam protegidos pela garantia do art. 2º, da Resolução CMN nº 2.268/96, esperou por quase 3 anos para exigir da reclamada o registro dos aludidos contratos no serviço de empréstimo de ativos do BTC.

24. Outrossim o parecer concluiu pela ausência de mérito uma vez que não teria havido a alegada inexecução ou infiel execução de ordens por parte da Reclamada, ou que a atuação desta teria incorrido em qualquer das hipóteses do art. 40 do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2690/00, eis que os contratos de "locação de ações" assinados pelo Reclamante sabidamente não se adequavam às disposições da Resolução CMN nº 2.268/96, cabendo à Reclamada, tão somente executar as ordens do Reclamante e transferir as suas ações à empresa CCM Participações e Empreendimentos Ltda, bem como não teria ficado evidenciado o nexo de atuação da Reclamada e os prejuízos que o Reclamante alegou ter sofrido.

25. Em reunião realizada em 01/08/06 (Processo FG nº 01/06, fls. 357), o Conselho de Administração da BOVESPA decidiu, por unanimidade, manter a decisão adotada pela Comissão Especial do Fundo de Garantia que concluiu pela sua prescrição, tendo em vista que a reclamação foi apresentada intempestivamente ao Fundo de Garantia, bem como pela sua improcedência quanto ao mérito, por não ter sido configurada hipótese de ressarcimento prevista no art. 40 do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2690/00.

Do recurso da decisão do Conselho de Administração da BOVESPA

26. Em 08/09/06, o Reclamante apresentou recurso da decisão (FG nº 01/06, fls.362/375), argumentando que:

- seu prejuízo só ocorreu quando os contratos de locação deixaram de ser cumpridos, ou seja, a partir de agosto de 2005;
- o contrato de locação jamais foi para ser operado fora do sistema de custódia da CBLC;
- ao implementar a operação de maneira diversa a Reclamada desatendeu ao que o reclamante pretendia fazer;
- toda a negociação e formalização foi feita pela Reclamada, sendo que esta o fez incidir em erro substancial;
- não é correta a afirmativa contida na decisão da BOVESPA de que "decidiu celebrar contrato 'aluguel' de ações com terceiro, em operação

totalmente alheia ao serviço de empréstimo de ações mantido e administrado pela CBLC”;

- não é verdadeira a assertiva de que tinha conhecimento dos preceitos normativos, apenas buscou se informar após a inadimplência dos contratos;
- a conclusão da BOVESPA resta equivocada, pois seu prejuízo decorreu diretamente da atuação da Reclamada que operacionalizou contrato de forma apartada das determinações legais e contratuais.

Do parecer da área técnica da CVM

27. A área técnica da CVM, ao analisar o recurso, com fundamento no PARECER/CVM/GMN/Nº 01/2007 (fls. 155/167), opinou favoravelmente à manutenção da decisão da Bovespa no que se refere ao mérito, e sua reforma quanto a preliminar de intempestividade, destacando que, nos termos do art. 41, §1º, do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2690/00 ⁽²⁾, 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 o prejuízo.

28. O Reclamante, tal como argumenta em seu recurso, somente poderia tomar conhecimento do prejuízo ocorrido a partir do inadimplemento dos contratos assinados, motivo pelo qual não se pode considerar intempestiva a reclamação.

29. Outrossim, o Reclamante, acatando sugestão da Reclamada, firmou contratos de locação de ações com Corá Participações Ltda (posteriormente denominada CCM Participações e Empreendimentos Ltda) e, em que pese a denominação de contratos de locação de ações, no âmbito do mercado de valores mobiliários ter-se-ia, na realidade, contratos de empréstimos de ações.

30. Conforme informações disponíveis no site da CBLC (<http://www.cbcl.com.br>, link Banco de Títulos BTC), a operação de empréstimo “consiste na transferência de títulos da carteira do investidor para satisfazer necessidades temporárias de um tomador, que precisa de títulos para suporte de sua atividade de trading ou para fazer frente à falta de papéis na liquidação de operações de venda já realizadas”.

31. No registro das operações de empréstimo a CBLC deixa claro que as ações são transferidas para a titularidade do tomador, pertencendo a este até o final do prazo de empréstimo pactuado e que, uma vez transferidas as ações objeto do empréstimo, o tomador pode fazer com elas o que bem entender, desde que cumpra com as obrigações pactuadas e retorne as ações ao doador na data aprazada.

32. Portanto, em uma operação de empréstimo ocorre a mudança da titularidade ações emprestadas do doador para o tomador.

33. Quanto à questão do empréstimo de ações através do Banco de Títulos BTC da CBLC, aprovado nos termos da Instrução CVM nº 249/96, ser a única forma legal possível, o PARECER/PFE-CVM/Nº 014/06 (fls. 149) assevera que empréstimos de ações podem ser pactuados tanto no âmbito da CBLC quanto fora dele, conforme demonstrado a seguir:

“que a possibilidade da celebração de “contratos de empréstimos privados” não obriga as partes contratantes a adoção da obrigatoriedade de celebração dos referidos contratos por meio do “Banco de Títulos da CBLC (BTC)”, serviço e sistema eletrônico mantidos pela companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC)”.

“Ora, diante da natureza jurídica dos contratos em geral, as partes são livres para pactuar os contratos de empréstimos. Assim, existe a possibilidade de o referido empréstimo de ações se realizar no âmbito de entidade prestadora de serviços de liquidação, registro e custódia de ações, como é o caso da CBLC, por meio do BTC, situações em que a celebração e execução do referido contrato de empréstimo está disciplinada pela Instrução CVM nº 249/96. Outra possibilidade que se afigura é a realização de empréstimo de ações em que as partes não se valem deste serviço prestado pelas referidas entidades”.

34. Assim, qualquer pessoa gozando de capacidade plena pode usar, gozar e dispor de seus bens da maneira que achar melhor e, se esses bens forem ações (de companhias abertas, ou não), essa pessoa poderá firmar contrato de empréstimo dessas ações com quem quer que seja e, como anteriormente dito, o empréstimo se confirma com a transferência da titularidade das ações para o tomador.

35. Quando o empréstimo é realizado por meio do BTC, em primeiro lugar o doador assina um termo autorizando a corretora a disponibilizar para empréstimos as suas ações. Na sequência, o doador dá a ordem para a corretora e esta insere a oferta no sistema de empréstimo da CBLC, sendo que as ações são transferidas para uma carteira de empréstimo em nome do doador. Uma vez inserida a oferta no sistema, a corretora tomadora, já devidamente autorizada a tomar emprestadas ações em nome do tomador, fecha o negócio.

36. Em seguida, após o depósito de garantias pelo tomador, a CBLC transfere as ações da carteira de empréstimo do doador para a carteira especificada pelo tomador. No encerramento do negócio, o tomador entrega as ações que tomou emprestado e o sistema se encarrega de transferi-las novamente para o doador.

37. Caso o empréstimo seja feito à margem do BTC, existem 2 situações. Na primeira delas as ações estão depositadas em nome do doador na instituição escrituradora das ações. Nesse caso, as partes devem providenciar junto a essa instituição a transferência das ações para o tomador. Na segunda, as ações estão custodiadas na CBLC em nome do doador. Então, a transferência para a conta do tomador somente pode ser feita pelo agente de custódia do doador, desde que devidamente autorizado por este para realizar a transferência de suas ações para a conta do tomador.

38. Pelos documentos acostados ao processo é nessa última situação que se enquadra o caso em tela, ou seja, os contratos de empréstimos (“locação”) se deram fora do âmbito do BTC, com as ações do doador custodiadas na CBLC.

39. Assim, para que houvesse a transferência das ações, o doador deveria autorizar expressamente a Reclamada para tanto e, nesse sentido, foram acostadas as autorizações devidamente assinadas pelo Reclamante no Relatório de Auditoria da BOVESPA nº 016/06 – SEO/GASC (Processo FG nº 01/06, fls. 293/299).

40. Portanto, as operações de empréstimo do caso em pauta ocorreram fora da Bolsa, carecendo de fundamento o argumento de que esta operação teria ocorrido na Bolsa de Valores, por haver a transferência das ações na CBLC da conta do doador para a do tomador, uma vez que a operação principal é o empréstimo (“locação”) das ações, sendo a transferência apenas um instrumento (acessório) para que o empréstimo (principal) se concretizasse.

41. Em conseqüência, como a operação não foi cursada em Bolsa, também as normas sobre o Fundo de Garantia não se aplicam, pois, conforme o art. 40 do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.690/00, tal fundo tem finalidade exclusiva de assegurar aos clientes de sociedade membro o ressarcimento de prejuízos decorrentes de sua atuação em relação à intermediação de negociações realizadas em Bolsa e aos serviços de custódia.

42. Por outro lado, o fato da operação de empréstimo ter sido intermediada pela Reclamada, ente do sistema de distribuição de Valores Mobiliários, não faz com que a mesma seja considerada pública, nos termos da Deliberação CVM nº 20, que proíbe a participação das sociedades integrantes do sistema

de distribuição em negociações privadas.

43. A área concluiu, então, que, no caso em pauta, não se aplica a Deliberação CVM nº 20/85 e nem as normas que regem o pedido de ressarcimento pelo Fundo de Garantia das Bolsas, nos termos do PARECER/PFE-CVM/Nº 014/06 (fls. 150):

"pode-se concluir haver no empréstimo uma lacuna na legislação no que tange aos mecanismos de intermediação por parte de entes do sistema de distribuição, pois não se aplica a este tipo de contrato nem a Deliberação nº 20/85, nem a regulamentação do fundo de garantia das Bolsas".

44. Segundo suas declarações, o Reclamante tinha por intenção disponibilizar ações para que fossem emprestadas no âmbito do BTC da CBLC e a Reclamada, diversamente de sua intenção, o fez incidir em erro e celebrar contratos privados de empréstimos ("locação") que não gozam das mesmas garantias oferecidas pela CBLC.

45. Entende a área técnica que o erro é um vício de vontade que pode ensejar a anulação de um contrato mas tal questão deve ser submetida à apreciação do Poder Judiciário e não tratada no âmbito de pedido de ressarcimento pelo fundo de garantia das Bolsas.

É o relatório.

VOTO

1. A decisão do Conselho de Administração da BOVESPA deve ser reformada no que tange a preliminar de intempestividade, onde foi reconhecida a ocorrência de prescrição da pretensão. Entendo que a reclamação foi apresentada dentro do prazo de 6 meses previsto no art. 41, §1º, do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 2.690/00, contados a partir do conhecimento do prejuízo que ocorreu quando os contratos de locação deixaram de ser cumpridos, ou seja, a partir de agosto de 2005.

2. No presente caso, o Reclamante, tal como argumenta em seu recurso, somente poderia tomar conhecimento do prejuízo ocorrido a partir do inadimplemento dos contratos assinados, motivo pelo qual não se pode considerar intempestiva a reclamação.

3. Entendo, ainda, que da legislação reguladora dos contratos de empréstimo de ações, não se pode inferir a obrigatoriedade da celebração destes contratos no âmbito do BTC/CBLC. No caso, verifico que os contratos de empréstimos do Reclamante foram celebrados fora do âmbito da BOVESPA, não se aplicando, todavia, o disposto na Deliberação CVM nº 20/85.

4. Em relação ao mérito, entendo que as normas que regem o Fundo de Garantia da Bolsa não se aplicam, aos contratos de empréstimos ("locação") de ações, realizados fora do âmbito do BTC/CBLC

5. Diante do exposto, voto pela reforma da decisão recorrida no que tange a preliminar de intempestividade e, no mérito, por sua manutenção, uma vez que não ocorreu a alegada inexecução ou execução infiel de ordens por parte da Reclamada, e nem que a atuação desta teria incorrido nas hipóteses do art. 40 do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.690/00, eis que os contratos de "locação" de ações assinados pelo Reclamante não se adequavam às disposições da Resolução CMN nº 2.268/96.

É como voto.

São Paulo, 07 de agosto de 2007.

Eli Loria

Diretor-Relator

(1) Art. 40. As bolsas de valores devem manter Fundo de Garantia, com finalidade exclusiva de assegurar aos clientes de sociedade membro, até o limite do Fundo, ressarcimento de prejuízos decorrentes:

I - da atuação de administradores, empregados ou prepostos de sociedade 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) inexecução ou infiel execução de ordens;
 - b) uso inadequado de numerário, de títulos 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);
 - c) entrega ao comitente de títulos ou valores mobiliários ilegítimos ou de circulação proibida;
 - d) inautenticidade de endosso em título ou em valor mobiliário ou ilegitimidade de procuração ou documento necessário à transferência dos mesmos;
 - e) encerramento das atividades; e
- II - da atuação de administradores, empregados e prepostos da sociedade membro que represente a contraparte da operação.

Parágrafo único. A negociação com os títulos mencionados no art. 33 deste Regulamento em recinto ou sistema de bolsa de valores não se encontra abrangida pelo disposto neste artigo.

(2) Art. 41. O comitente poderá pleitear o ressarcimento do seu prejuízo por parte do Fundo de Garantia, independentemente de qualquer medida judicial ou extrajudicial contra a sociedade membro ou a bolsa de valores.

Parágrafo 1º 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 o prejuízo.

Parágrafo 2º Quando o comitente não tiver tido 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.

Parágrafo 1º 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 o prejuízo.