

Voto do Diretor Durval Soledade

1. Concordo, também, com o voto do relator quando ele afasta a preliminar de intempestividade acolhida pela Bovespa; todavia - como o faz o Diretor Marcos Barbosa, pelas razões, que entendo desnecessário repeti-las, por ele expostas em seu voto -, discordo dele, no que tange ao mérito do caso.

2. Quero, além de concordar com o Diretor Marcos Barbosa, aduzir que, ao caso que é trazido à deliberação deste Colegiado, se aplica a Teoria da Aparência.

3. Essa teoria amplamente utilizada e divulgada é a meu ver aqui inteiramente cabível, como se pode constatar pela doutrina e jurisprudência abaixo transcritas.

4. Primeiramente, reproduzo um artigo de Michele Cioccarri que faz boa apresentação dessa teoria:

"Curial, aqui, é referir o pensamento de doutrinadores a exemplo de ARNALDO RIZZARDO, os quais apontam, como fundamentos da teoria da aparência, a necessidade na investigação de se conferir segurança às operações jurídicas, de modo que, *in casu*, há de prevalecer sempre a boa-fé, determinante da decisão tomada pelo agente. É por esta boa-fé que se deve atribuir valor ao ato levado a efeito por alguém enganado por uma situação jurídica contrária à realidade, mas revestida exteriormente por características de uma situação jurídica verdadeira. Isto implica dizer que o sujeito que enseja uma situação jurídica enganosa não pode pretender que seu direito prevaleça sobre o direito de quem depositou confiança na aparência.

Prescindindo, o dever de indenizar, do elemento culpa, impõe-se também apontar a existência de nexo de causalidade entre o fato e o dano produzido.

Neste sentido é a lição de Rizzardo, ressaltando que na vida dos negócios, não se pode imputar ao contratante a obrigação de reclamar a prova da qualidade da pessoa com a qual contrata; não é costume impor-se, *e.g.*, a um caixa de estabelecimento comercial a exibição de seu contrato de trabalho, ou, em uma repartição pública, o ato de nomeação do funcionário que atende e assina um documento.

Na aplicação da teoria da aparência, sobressai-se sempre a boa-fé, determinante da decisão tomada pelo agente. Esta a razão que leva a se atribuir valor ao ato perpetrado por alguém enganado por uma situação jurídica contrária à realidade, mas revestida exteriormente por características de uma situação jurídica verdadeira." Cf. Rizzardo, 'Teoria da aparência', *in*: *Ajuris*, n. 24, p. 223.

5. Na mesma linha doutrinária, como se pode ver na transcrição, do mestre Orlando Gomes:

"Da justificativa para a adoção do princípio da proteção aos terceiros de boa-fé por nosso ordenamento, elenca três razões principais a servir-lhe de fundamento. Eis elas":

'1 - para não criar surpresas à boa-fé nas transações do comércio jurídico;

2 - para não obrigar os terceiros a uma verificação preventiva da realidade do que evidencia a aparência;

3 - para não tornar mais lenta, fatigante e custosa à atividade jurídica. A boa-fé nos contratos, a lealdade nas relações sociais, a confiança que devem inspirar as declarações de vontade e os comportamentos exigem a proteção legal dos interesses juriformizados em razão da crença em uma situação aparente, que tomam todos como verdadeira" (Transformações Gerais do Direito das Rev. dos Tribs, São Paulo, 1967, p 96).

6. A jurisprudência acompanha essa teoria como pode ser constatado no Acórdão abaixo registrado:

Teoria da Aparência. Investimento. Agente captador de recursos. Terceiro de boa-fé. Comprovado que o emitente do recibo de aplicação no mercado financeiro era notoriamente agente autorizado a captar recursos para aplicar em certa instituição financeira, responde esta pelo desvio do numerário, uma vez que a teoria da aparência protege o terceiro de boa-fé.

Recurso conhecido e provido.

STJ 4ªT. – Rel. Ruy Rosado de Aguiar – REsp 276025/SP – j. 12/12/2000 – DJ 12/03/2001, p. 148; RSTJ, n. 147, p. 339.

7. Portanto, estou de acordo com: a) o Relator apenas quanto ao não acolhimento da preliminar de intempestividade; e, b) com o Diretor Marcos Barbosa no que se refere à responsabilidade do fundo de garantia pelos prejuízos sofridos pelo reclamante.

8. Reitero, por conseguinte que o fundo deve restituir todas as ações emprestadas e não devolvidas ao reclamante, assim como todos os direitos a que este fazia jus e não recebeu, conforme dispõe o art. 43 do regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.690/00.

É o meu voto.

Rio de Janeiro, 14 de agosto de 2007.

Durval Soledade

Diretor