

Assunto: Recurso contra decisão do Fundo de Garantia da Bovespa – FG Nº 06/2006.

Recorrente: Antonio Carlos Frias

Reclamada: Banespa S.A. Corretora de Câmbio e Títulos

Diretor-Relator: Eli Loria

RELATÓRIO

Trata o presente processo de recurso ao Colegiado, interposto por Antonio Carlos Frias ("Recorrente") contra decisão do Conselho de Administração da Bolsa de Valores de São Paulo ("Bovespa") que em 07/08/07 aprovou parecer da Comissão Especial do Fundo de Garantia ("FG"), tendo concluído pela improcedência da reclamação contra a Banespa S.A. Corretora de Câmbio e Títulos ("Reclamada"), entendendo não ter havido inexecução de ordem pela Reclamada ao recusar as operações acima do limite operacional permitido para o Reclamante, não configurando hipótese de ressarcimento prevista no art. 40(1) do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.690/00.

O Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários ("SMI"), às fls. 204, opina pela manutenção da decisão do Conselho de Administração da Bovespa que considerou improcedente a reclamação do Recorrente, apoiado no PARECER/CVM/GMN/Nº 001/2008, de 18/01/08, acostado às fls. 188/202 e em despacho do Gerente da Gerência de Análise de Negócios ("GMN") às fls. 203.

O Diretor-Relator foi sorteado na Reunião do Colegiado de 04/03/08.

Dos fatos

Em 16/11/06, o Recorrente encaminhou correspondência a esta CVM (fls. 1/3 e anexos) comunicando ter ingressado em 28/09/06 com reclamação ao Fundo de Garantia da Bovespa, Processo nº 06/2006, que a Reclamada foi notificada pela Bovespa em 13/10/06 e, ainda, que o mesmo foi informado da instauração do processo em 26/10/06.

Em 28/09/06 o Reclamante protocolou reclamação junto ao Fundo de Garantia da Bovespa (fls. 52/102), visando o ressarcimento de prejuízos que teria sofrido em operações de compra e venda de ações da Varig (VAGV4), realizadas junto a Bovespa no dia 05/05/06, apontando culpa da Reclamada e alegando em resumo:

1. que desde 28/04/06 operava com ações VAGV4, em "day-trade", com ordens sempre emitidas pelo próprio gerente da Reclamada, Sr. Stênio, pois tais operações superavam os padrões e limites até então por ele praticados e careciam de prévia autorização da corretora;
2. que na sala de ações da agência Penha operava sem dispor de recursos financeiros alocados na instituição Santander Banespa – agência Penha e que os próprios gerentes da Reclamada providenciavam as autorizações necessárias e executavam suas ordens e, em 05/05/06, contava com aproximadamente R\$160.000,00 na instituição Banespa, e como a liquidação se faria somente em d+3, haveria tempo para alocação de recursos para a liquidação da operação;
3. que em 05/05/06, adquiriu um lote de 28.000 ações VAGV4, ao preço de R\$ 9,45 perfazendo o montante de R\$ 264.600,00, o qual junto com as ações já possuídas resultaram num lote total de 34.000 ações VAGV4 em carteira, a um preço médio de R\$8,67 por ação, perfazendo um total de R\$294.780,00;
4. que, no mesmo dia, por volta da 11hs, tendo em vista a forte queda de preço das ações da VAGV4 e por sugestão do gerente da Reclamada, decidiu adquirir um novo lote de 120.000 ações VAGV4, com o objetivo de fazer preço médio, sendo a ordem de compra emitida pela gerente Srta. Patrícia e lançada às 11:26:23hs., ao preço limite de R\$4,10, no total de R\$ 492.000,00, no sistema da Reclamada;
5. que a ordem não foi enviada ao sistema Mega Bolsa permanecendo pendente no sistema CMA e que a Srta. Patrícia, acreditando tratar-se de falha no sistema CMA, cancelou a ordem às 11:27:35hs., tendo emitido nova ordem, lançada às 11:28:32hs. no sistema CMA, ao preço limite de R\$4,05, que também não logrou ser enviada ao sistema Mega Bolsa, permanecendo pendente no sistema até às 11:28:53hs.;
6. que o Sr. Stênio recebeu ligação, que disse ser da mesa da corretora, solicitando confirmação da ordem emitida pela gerente Srta. Patrícia e se aquela operação estava devidamente garantida, o que foi prontamente confirmado pelo Sr. Stenio, uma vez que fora ele quem havia tomado todas as providências para autorizar e dar andamento às ordens, inclusive frente ao gerente geral da agência Sr. Jean;
7. que o Sr. Stenio contactou o Office da sala, Sr. Francisco, que no mesmo salientou ao Reclamante que "...'acreditava' que a ordem havia permanecido 'pendente' no sistema pelo fato das ações da Varig (VAGV4) estarem sendo negociadas em regime de 'leilão'..." e que iria averiguar e dar resposta ao Reclamante;
8. que, em 12/05/06, recebeu resposta verbal, por intermédio do Sr. Orlando, que em visita a sala, ratificando a posição do Sr. Francisco, afirmou que a ordem de compra de 120.000 ações VAG4, ao preço limite de R\$ 4,10, ficara pendente no sistema CMA e não enviada ao sistema MEGA BOLSA, pelo fato de que naquele dia e hora, as referidas ações estavam sendo negociadas em regime de leilão, salientando que mesmo que a ordem tivesse sido enviada não seria efetivada pois "não houveram ofertas de venda", no preço limite estabelecido;
9. que, em 16/05/06, contactou a Bovespa por carta buscando esclarecimentos que esclareceu, em 07/06/06, que no dia 05/05/06, das 11:21:00hs. até às 13:04:33hs., não houve leilão de VAGV4 e que o sistema Mega Bolsa não registrou nenhuma ordem de compra de 120.000 ações VAGV4 ao preço de R\$4,10 enviada pela Corretora Banespa S.A.;
10. que havia recebido orientação, juntamente com outro investidor, do gerente, Sr. Stenio, de que o preço das ações da Varig chegariam a R\$32,00 a R\$35,00, tendo encaminhado cartas à Reclamada com "... pedido de indenização dos prejuízos suportados pela ineficiência dos serviços prestados pela corretora, estimados, até então, em R\$290.000,00..." pois acreditava que possuía a autorização da corretora Reclamada para a realização das operações desejadas, recebendo da Reclamada resposta de que esta agira na observância dos padrões do sistema de controle de riscos e das regras de conduta;
11. que entende ter restado comprovada a inexecução da ordem pela autorização e emissão da ordem de compra de ações pelo gerente da corretora e, pelo não envio da ordem ao sistema Mega Bolsa, seguida de cancelamento da ordem, sem autorização do reclamante, pelo

preposto da corretora, pleiteando o pagamento de R\$436.476,90, sendo R\$289.460,00 decorrentes do que deixou de ganhar com a operação e R\$147.016,90 decorrentes da desvalorização das ações, tendo por referência o valor unitário por ação de R\$7,00 (memória de cálculo às fls.91/92).

Do relatório de auditoria da Bovespa

Para instruir o processo, a Bovespa elaborou Relatório de Auditoria nº 043/06 (fls.103/111) onde de início é descrita a reclamação, nos termos já comentados acima, e a contestação da corretora.

Em resumo a Reclamada aponta:

1. que a corretora tem por procedimento, dentre outros mecanismos de controle de risco, estabelecer limite operacional de R\$200.000,00 a todos os seus cliente que operem através de suas salas de ações, valor esse inferior ao das ordens de compra de 120.000 VAGV4 e, em virtude desse fato, as ordens foram automaticamente bloqueadas pelo sistema;
2. que, após análises, a Corretora autorizou o gerente a executar as ordens, mas estas já haviam sido canceladas pelo investidor e que nos poucos segundos em que as ordens vigoraram não houve negociação em bolsa na quantidade que o investidor objetivava adquirir e, assim, as ordens não poderiam ter se consumado na sua totalidade;
3. que, por cláusula contratual, a Corretora pode, a seu exclusivo critério, recusar-se a receber ou executar, bem como cancelar ordens de operações pendentes emitidas pelos seus clientes, especialmente se tais ordens apresentarem riscos excessivos em relação à capacidade financeira do cliente;
4. que não existe qualquer irregularidade referente aos procedimentos adotados pela Corretora, de modo que o ressarcimento do suposto prejuízo requerido pelo investidor não tem como ser atendido pela mesma.

O Relatório de Auditoria apurou que no dia e horário mencionados na reclamação não houve registro no sistema Mega Bolsa das ordens de compra do reclamante e, por outro lado, também não havia registro de ofertas de venda de ações VAGV4, de outros participantes, nas quantidades e preços que pudessem atender a ordem de compra de 120.000 ações VAGV4 do Reclamante, uma vez que entre 11h27m28s e 11h27m38s, foram registradas a duas ofertas de venda com preços semelhantes ao fixados pelo Reclamante, na quantidade de 1000 ações e de 5000 ações, ambas a R\$4,10.

Ademais, que a Reclamada informou que em seu Sistema E-Broker constavam duas ordens de compra de 120.000 ações Varig PN que foram canceladas sem envio ao sistema Mega Bolsa (11:26:23hs. ao preço limite de R\$4,10 e 11:28:32hs. ao preço limite de R\$4,05).

Por fim, o Relatório de Auditoria aponta que na ficha cadastral assinada pelo reclamante consta cláusula em que o cliente se declara ciente do tempo de trânsito a que estão sujeitas as solicitações à Corretora e que cadastramento e condições de mercado poderão impedir ou retardar a realização da operação, não cabendo nesses casos, qualquer responsabilidade à Corretora e que o Contrato para Operacionalização do Sistema Home-Broker Pessoa Física, firmado entre Reclamante e Reclamada (fls. 165/169 do Processo FG nº 06/06), determina, dentre outras disposições:

1. que toda a movimentação do cliente está vinculada a um limite operacional diário estabelecido pela Corretora;
2. que o usuário deve acatar o limite, pois não serão acatadas ordens superiores ao limite pré-estabelecido; e,
3. que toda e qualquer decisão de investimento do usuário deve ser feita por sua própria conta e risco, que os rendimentos auferidos podem flutuar e que o preço de cada ativo pode variar de acordo com as nuances do mercado.

Do parecer da Superintendência de Assuntos Legais

O Relatório de Auditoria da Bovespa, com as manifestações do Reclamante e da Reclamada fundamentaram o parecer da Superintendência de Assuntos Legais da Bovespa, de 01/08/07, acostado às fls. 341/349, que esclarece ter o Reclamante, em 24/01/07, peticionado pela produção de novas provas sendo o pedido indeferido em 18/05/07.

Após expor os fatos e as alegações das partes, conclui o relatório da Superintendência de Assuntos Legais da Bovespa que o pedido é tempestivo, apresentado em 28/09/06, menos de 6 meses após a ocorrência dos fatos em 05/05/06, bem como serem legítimas as partes, pois a Reclamada é sociedade corretora e o Reclamante seu cliente.

Quanto ao mérito, que a " *operação pretendida (compra de 120.000 ações VAGV4) era excepcional e superava o limite operacional do Reclamante, que, por sinal, não prestou qualquer garantia para realização de tal operação*", e que " *os contratos firmados pelo Reclamante perante a Reclamada são claros em condicionar a realização de operações em patamares superiores ao limite operacional do cliente à autorização da corretora*", consoante itens 3.1 e 3.2 do Contrato de Operacionalização do Sistema Home Broker.

Ademais, entende que a inexecução de ordem a que se refere o art. 40, I, da Resolução CMN 2.690/00 não é absoluta alcançando somente as ordens que poderiam ser executadas e que não foram executadas pela sociedade corretora sem que houvesse uma relevante razão para tanto, e que a " *irregularidade da ação da corretora deve ser constatada para que seja assegurado ao investidor o direito ao ressarcimento pelo Fundo de Garantia* ".

No caso, conclui que a superação do limite operacional diário do Reclamante foi a razão do bloqueio de suas ordens e, assim, estando as operações do Reclamante justificadamente bloqueadas, não há que se falar em inexecução de ordem por parte da Reclamada.

Com relação à alegação do Reclamante de que teria sido levado a crer, pelo preposto da Reclamada, que estaria autorizado a executar sua ordem entende que foi a irregularidade da ordem pretendida que impediu sua execução pelo sistema de negociações eletrônicas da Reclamada, independentemente de eventual atuação do preposto.

Acrescenta que a alegação de prejuízo do Reclamante é inconsistente por não haver indício de que se as ordens do Reclamante houvessem sido colocadas, teria sido possível a ele adquirir a quantidade de ações pretendida ao preço estabelecido uma vez que, no período, só houve oferta de venda de 6.000 ações nas condições pretendidas, não se concebendo " *a indenização de prejuízos decorrentes da não obtenção de lucros teóricos, especialmente em se tratando de ações com acentuada volatilidade, em razão das características da companhia emissora à época*".

Da decisão do Conselho de Administração da Bovespa

O parecer da Superintendência de Assuntos Legais acima resumido foi submetido à apreciação do Conselho de Administração da Bovespa que, em 07/08/07, o endossou, conforme decisão às fls. 350.

A área concluiu pela tempestividade da reclamação e, no mérito, concluiu pela improcedência do pedido, considerando que a atitude da Reclamada, de

recusar operações acima do limite operacional permitido para o Reclamante, não configura inexecução ou infiel execução de ordem.

Do recurso do Reclamante à CVM

O Reclamante recorreu da decisão da Bovespa (fls.357/368) à CVM, em 13/09/07, entendendo necessária a reforma da decisão, nos seguintes termos:

"...sustentando que a inexecução da ordem decorreu de vício insanável de procedimento, comprovado pela autorização e emissão da ordem de compra de ações pelo gerente da corretora recorrida, e, por fim, pelo não envio da ordem ao sistema Mega Bolsa, por cancelamento da ordem por outro Gerente da corretora, por acreditar que a demora no processamento da ordem (1 minuto e 12 segundos) tratava-se de uma 'falha do sistema', posto que a ordem, por ter sido dada pessoalmente pelo cliente, e previamente autorizada pelo gerente, Sr. Stênio, não havia motivo aparente para ser bloqueada."

O Reclamante alega que "o fundo de garantia das bolsas visa a indenizar os clientes, nas situações previstas na Resolução 2690/2000 do CMN, apresentando responsabilidade objetiva e decorrente da necessidade de segurança e confiabilidade do mercado de valores mobiliários, como uma garantia ao cliente de que, em ocorrendo situação de prejuízo capitulável da norma citada, o fundo o indenizará".

Entende o Reclamante que estão presentes todos os elementos necessários para o ressarcimento: o prejuízo e onexo causal entre o fato das lesões e as condutas dos prepostos da corretora recorrida, bem como o descumprimento da ordem de negociar.

Alega que a existência do limite operacional e o fato de, por hipótese, ser ele de conhecimento do recorrente, não eximiria, por si só, a corretora recorrida de sua responsabilidade por atos praticados pelos seus prepostos uma vez que "desde 28-4-2006 operava 'a descoberto' em operações que excediam a seu limite operacional, e sempre sob a autorização do gerente da corretora, Sr. Stênio".

Entende que o Gerente da Reclamada "antes de AUTORIZAR E EMITIR as ordens ater-se em atender aos procedimentos da corretora quanto ao seu sistema de riscos, e exigir, se fosse o caso, garantias adicionais ao cliente".

Por fim, entende o Reclamante que a Corretora, na pessoa de seu preposto, assumiu o encargo de conduzir e realizar a operação e tinha que concluí-la no tempo e nos moldes por ele estabelecidos, cuidando de garantir o envio da ordem ao sistema Mega Bolsa imediatamente após a emissão pelo seu gerente.

É o Relatório.

VOTO

Conforme relatado, o Reclamante, em 05/05/06, adquiriu 28.000 ações VAGV4 a R\$ 9,45 no montante de R\$ 264.600,00 e, no mesmo dia, decidiu comprar um novo lote de 120.000 ações VAGV4.

Assim, o gerente da sala de negociações de bolsa da instituição Santander Banespa – agência Penha, emitiu ordem de compra às 11:26:23hs., ao preço limite de 4,10 no sistema da CMA da Reclamada e, acreditando que se tratava de falha no sistema, outro gerente cancelou a ordem, emitindo outra às 11:28:32hs., ao preço limite de 4,05, que também foi lançada no sistema CMA e que também não foi executada.

Conforme consta dos autos, o Reclamante afirma que desde 28/04/06 operava "a descoberto" sempre sob a autorização do gerente da corretora.

A Reclamada aponta que a ordem foi retida automaticamente no sistema por ter ultrapassado o limite alocado aos clientes que operam através de suas salas de ações, que era da ordem de R\$200.000,00 e, no caso, as ordens, se executadas, alaçariam a cifra de mais de R\$490 mil.

Assim, a operação pretendida caracterizava-se como excepcional e superava o limite operacional do Reclamante, colocando em risco a Corretora e o cliente, e o sistema da Reclamada bloqueou a ordem, conforme alegação da Reclamada e o relatório de auditora da Bovespa, afirmando o Reclamante que a mesa da corretora ligou para a sala de negociação da agência Penha.

Do exposto, entendo que a Reclamada atuou nos termos do Contrato de Operacionalização do Sistema Home Broker que condiciona a realização de operações em patamares superiores ao limite operacional do cliente à autorização da corretora, não incorrendo nas hipóteses do art. 40 do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.690/00, e Voto pela manutenção da decisão do Conselho de Administração da Bovespa que julgou improcedente a reclamação.

É como voto.

São Paulo, 11 de março de 2008.

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.