

**SESSÃO DE JULGAMENTO DO
INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº TA-SP2002-0048**

Acusados : Oscar Massami Hayama
Ricardo Penna de Azevedo
Unitas DTVM Ltda.

Ementa : **A existência de contrato de agenciamento não afasta a responsabilidade do intermediário por atos irregulares praticados pelo agente autônomo decorrentes do atendimento de clientes em suas dependências.**

Decisão : Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, decidiu :

1) por maioria de votos, aplicar a Oscar Massami Hayama a pena de **proibição pelo prazo de 5 anos para o exercício de atividades no mercado de valores mobiliários**, prevista no inciso VII, do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, por infração ao item I, conforme definido na alínea "c" do item II, da Instrução CVM Nº 8/79, vencido o Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos que propôs aplicar ao Sr. Oscar Massami Hayama a pena de multa no valor de R\$ 30.000,00.

2) por unanimidade de votos, aplicar à **Unitas DTVM Ltda.** e a seu **diretor Ricardo Penna de Azevedo** a **pena de multa no valor de R\$30.000,00 para cada um**, prevista no inciso II, do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, por infração ao artigo 11 da Resolução nº 1120/86, com a nova redação da pela Resolução nº 1653/86, ambas do Conselho Monetário Nacional.

3) por unanimidade de votos, absolver Unitas DTVM Ltda. e seu diretor Ricardo Penna de Azevedo das demais acusações que lhes foram feitas.

Os acusados punidos terão um prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento de comunicação da CVM, para interpor recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos termos do parágrafo único do artigo 14 da Resolução nº 454, de 16.11.77, do Conselho Monetário Nacional, prazo esse, ao qual, de acordo com orientação fixada pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, poderá ser aplicado o disposto no art. 191 do Código de Processo Civil, que concede prazo em dobro para recorrer quando litisconsórcios tiverem diferentes procuradores.

A CVM oferecerá recurso de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional de sua decisão no tocante às absolvições proferidas.

Participaram da sessão de julgamento os seguintes membros do Colegiado: Diretores Norma Jonssen Parente, Relatora; Wladimir Castelo Branco Castro e Luiz Antonio de Sampaio Campos, e o Presidente Luiz Leonardo Cantidiano.

Rio de Janeiro 13 de março de 2003

NORMA JONSSSEN PARENTE

Diretora-Relatora

LUIZ LEONARDO CANTIDIANO

Presidente da Sessão

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº SP 2002/0048 – TERMO DE ACUSAÇÃO

INTERESSADOS : **Unitas DTVM Ltda.**
Ricardo Penna de Azevedo
Oscar Massami Hayama
RELATORA : **Diretora Norma Jonssen Parente**

RELATÓRIO DA RELATORA

DOS FATOS

Foram apresentadas à CVM reclamações pela Swissbras Indústria e Comércio Ltda., pelo seu sócio Sr. Gerhard Hans Peter Meyer e pelo Sr. Takaharu Ono, clientes da Unitas DTVM Ltda., denunciando irregularidades cometidas em sua carteira de ações.

2. Em relação à Swissbras e seu sócio Gerhard, os fatos apurados indicam, em síntese, o seguinte:

- a) desde janeiro de 1997, passaram a atuar através da Unitas adquirindo e vendendo ações de emissão da Telebrás;
- b) em dezembro de 1999 quando pretenderam vender toda a posição de Telebrás após terem dado ordens por telefone por vários dias que não foram atendidas, emitiram no dia 7 um pedido por escrito;
- c) a Unitas se dirigiu, através de advogada e por carta datada de 08.12.99, aos reclamantes tentando isentar-se de qualquer responsabilidade, uma vez que as ordens teriam sido sempre transmitidas ao agente autônomo Oscar Massami Hayama, do qual seriam clientes;
- d) foram vendidos indevidamente 2.000.000 de ações PN Telebrás pertencentes à Swissbras e 4.000.000 pertencentes ao Sr. Gerhard, sendo que os cheques representando o valor líquido das operações, embora emitidos a favor dos clientes e não tenham sido cruzados em preto, foram endossados e depositados na conta corrente do Sr. Oscar Massami Hayama;
- e) as vendas da Swissbras e do Sr. Gerhard somaram o valor bruto de R\$631.965,00;
- f) em 20.01.99, a Unitas emitiu um cheque no valor de R\$250.270,44 em nome do Sr. Oscar que foi depositado na conta corrente do Sr. Gerhard;
- g) em fevereiro de 2000, os reclamantes denunciaram os fatos à Polícia Federal no Estado de São Paulo, tendo sido instaurado inquérito policial;
- h) a Swissbras e o Sr. Gerhard foram cadastrados, respectivamente, no sistema da BOVESPA em 04 e 06.03.97 como clientes da Unitas, mas a ficha cadastral foi preenchida somente em 09.02.99;
- i) o Sr. Oscar foi credenciado na Unitas em março de 1997 e descredenciado em março de 2000, ou seja, logo após os reclamantes prestarem queixa à Polícia Federal.

3. No caso do cliente Takaharu Ono, os fatos apurados indicam, em síntese, o seguinte:

- a) passou a ser cliente da Unitas no início de janeiro de 1997, tendo sido cadastrado ainda em 02.12.96;
- b) dois ou três dias após a realização de cada operação recebia a nota de corretagem onde era especificada a operação e as taxas incidentes e aproximadamente no quinto dia útil do mês subsequente recebia um extrato mensal de custódia da CBLC;
- c) a partir do início de 1999, como os extratos da CBLC começaram a apresentar movimentações estranhas, fez indagações junto aos representantes da Unitas, especialmente ao Sr. Oscar, que o informaram que se tratava de erros;
- d) ao mandar vender 400.000 ações PN Telesp Celular em abril de 1999, a ordem foi cumprida, mas, como já haviam sido vendidas indevidamente 300.000 em fevereiro, as ações tiveram que ser recompradas para regularizar a situação, tendo sido encaminhados dois extratos ao cliente, um com o débito de 100.000 e outro com o crédito e débito de 400.000;

e) posteriormente verificou algumas operações "day-trade" que não autorizara e em meados de junho recebeu extrato da CBLC em que não apareciam 200.000 ações PN Petrobrás. Ao mandar vender 100.000 em 04.10.99, a ordem foi cumprida normalmente. Entretanto, a nota de corretagem nº 39.715 enviada ao cliente pela Unitas indicava a venda de ações ON e não PN e não conferia com a nota mantida pela distribuidora que continha outros negócios, tendo sido emitida em duplicidade;

f) no início do mês de novembro de 1999, ao receber o extrato do mês de outubro em que não constava mais nenhuma ação em custódia, o cliente teria ligado para a Unitas e teria sido informado que não havia qualquer anormalidade e que, no próximo mês, as ações estariam no extrato;

g) embora tenha vendido 1.000.000 de ações PN Cemig em 22.11.99 e comprado 1.000.000 de ações PN Telesp Part, recebeu o extrato em dezembro sem qualquer ação em custódia. Ao ligar para a Unitas, foi atendido pelo operador Adhemar e informado que a totalidade de sua carteira havia sido vendida. Entretanto, de acordo com o Sr. Ono, deveria constar na sua carteira a seguinte posição: 300.000 ações ON Eletrobrás; 10.000 ações PN Confab; 100.000 ações ON Petrobrás; e 1.200.000 ações PN Telesp Part;

h) em escritura de declaração lavrada no Cartório do 11º Ofício de Notas de São Paulo o Sr. Oscar afirmou que foram realizadas diversas movimentações na carteira do Sr. Ono sem ordem e conhecimento do mesmo e que a carteira deveria, de fato, apresentar o saldo reclamado.

4. Ao analisar os fatos, a Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários – SMI verificou o seguinte:

a) os reclamantes eram atendidos na maior parte do tempo pelo agente autônomo de investimento Oscar Massami Hayama;

b) foram realizadas movimentações sem o consentimento e/ou conhecimento dos clientes que culminaram com a dilapidação do seu patrimônio;

c) existiam falhas nos controles internos da Unitas, tendo sido emitidas, com o conhecimento desta, notas de corretagem com a mesma numeração e dados diferentes com a intenção de manter o cliente Takaharu Ono em erro, impedindo que o mesmo tomasse conhecimento da real movimentação ocorrida;

d) parte dos valores gerados nas vendas de ações não autorizadas pelos clientes foi depositada na conta corrente bancária do agente autônomo e o restante foi compensado com outras operações também realizadas sem autorização;

e) o procedimento do agente autônomo caracteriza a ocorrência de operação fraudulenta, o que é vedado pela Instrução CVM Nº 08/79, sendo que a Unitas e seu diretor responsável pelo mercado de ações, ao permitirem que fossem emitidas notas de corretagem com a mesma numeração e dados diferentes, são co-responsáveis;

f) dois depósitos efetuados pelo Sr. Gerhard na conta bancária da Unitas para liquidar operações não foram lançados em sua conta corrente junto à distribuidora, o que caracteriza infração da distribuidora ao disposto no artigo 11 da Resolução nº 1.120/86, com a nova redação dada pela Resolução nº 1.653/89, ambas do Conselho Monetário Nacional;

g) a Unitas não foi suficientemente diligente quando preencheu alguns cheques sem os cruzar em preto, facilitando a falsificação do endosso e infringindo o "caput" e o parágrafo 1º do artigo 16 da Lei nº 9.311/96;

h) a Unitas somente efetuou o cadastro dos clientes Gerhard e Swissbras na BOVESPA dois anos depois de ter preenchido as respectivas fichas cadastrais em modelos que não atendem a todas as exigências, descumprindo, assim, os artigos 3º, 4º, 5º e 8º da Instrução CVM Nº 220/94; e

i) o contrato de agenciamento do Sr. Oscar estabelecia, no parágrafo 2º, que seus atos e operações seriam examinados e fiscalizados pela credenciadora, havendo também infração pela Unitas ao item III da Resolução nº 238/72 do CMN.

5. Diante disso, a SMI, tendo em vista as alterações introduzidas na Resolução nº 454/77 pela Resolução Nº 2785/2000 que disciplinam os procedimentos a serem observados na instauração de inquérito administrativo, propôs Termo de Acusação visando responsabilizar (fls. 954 a 976):

a) Oscar Massami Hayama pela realização de operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários, em infração ao disposto no item I, conforme definida na letra "c" do item II, da Instrução CVM Nº 08/79; e

b) Unitas DTVM Ltda. e seu diretor Ricardo Penna de Azevedo:

(i) pela realização de operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários, em infração ao disposto no item I, conforme definida na letra "c" do item II, da Instrução CVM Nº 08/79;

(ii) pelo não lançamento no extrato de conta corrente do Sr. Gerhard de dois depósitos referentes à liquidação financeira de operações, em infração ao disposto no artigo 11 da Resolução nº 1120/86, com a nova redação dada pela Resolução nº 1.653/89, ambas do Conselho Monetário Nacional;

(iii) pela falta de diligência no preenchimento de fichas cadastrais de seus clientes, em infração ao disposto nos artigos 3º, 4º, 5º e 8º da Instrução CVM Nº 220/94; e

(iv) pela falta de cuidados no exame e fiscalização dos atos praticados pelo agente autônomo Oscar Massami Hayama, em infração ao disposto no item III da Resolução nº 238/72.

6. A SMI propôs, ainda, que fosse enviada cópia dos autos ao Ministério Público, bem como comunicada a Secretaria da Receita Federal a respeito do possível descumprimento pela Unitas do disposto no "caput" e no parágrafo 1º do artigo 16 da Lei nº 9.311/96.

DA APRECIÇÃO DO TERMO DE ACUSAÇÃO PELO COLEGIADO

7. Ao apreciar a proposta da SMI, o Colegiado, em reunião realizada em 21.05.2002, aprovou o referido Termo para apurar a responsabilidade do Sr. Oscar Massami Hayama, da Unitas DTVM Ltda. e de seu diretor Ricardo Penna de Azevedo (fls. 987 a 991), nos termos propostos, com exceção de comunicação à Secretaria da Receita Federal por entender que não ficara evidenciado o eventual descumprimento à Lei nº 9.311/96 pela Unitas.

8. Devidamente intimados (fls. 992 a 996), os acusados, com exceção do Sr. Oscar Massami Hayama, apresentaram suas razões de defesa.

DAS RAZÕES DE DEFESA

Defesa de Unitas DTVM Ltda. e Ricardo Penna de Azevedo

9. Após a concessão de prazo adicional de 15 dias, os referidos acusados apresentaram as seguintes razões de defesa (fls. 1010 a 1040):

a) o processo administrativo é nulo de pleno direito (i) devido à inadequada representação do Sr. Gerhard, da Swissbrás e do Sr. Ono, isto é, os procuradores das partes estão agindo em exercício de poderes além daqueles que lhes foram conferidos por seus clientes, apresentando documentos e fazendo declarações em nome de quem não lhes outorgou capacidade jurídica para tanto; e (ii) porque a CVM não possuía elementos de autoria e de materialidade da infração suficientes à responsabilização dos agentes envolvidos quando instaurou o presente Termo de Acusação, tanto que, após o pedido de instauração de inquérito administrativo, a CVM coletou, por quase 20 meses, informações relativas aos fatos ocorridos, atitude esta que compete somente à Comissão de Inquérito;

Realização de operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários, em infração ao disposto no item I, conforme definida no item II, da Instrução CVM Nº 08/79

b) a Unitas não tinha como controlar ou verificar a veracidade das ordens que lhe eram dadas pelos clientes do agente autônomo através deste, uma vez que tal verificação foge à prática do mercado e a relação de confiança entre cliente e agente autônomo, típica e essencial ao mercado, que se fazia presente no relacionamento do Sr. Oscar com seus clientes, o que restou demonstrado quando seus clientes optaram, em suas fichas cadastrais, pela possibilidade de transmissão verbal das ordens;

c) a Unitas, procedeu como sempre, e como demonstrou o relatório da empresa de consultoria independente ATAC – Assessores em Técnicas Administrativas e Contábeis S/C Ltda., contratada pela Unitas para apurar o ocorrido com as carteiras dos clientes em questão, executou fielmente as ordens de operação que lhe foram dadas pelo Sr. Oscar e seus valores foram pagos mediante depósitos em cheques diretamente na conta dos clientes em banco ou entregues ao Sr. Oscar, que acabou por se apropriar deles de forma indevida;

d) conforme já reconhecido pela CVM, não foram os defendentes os beneficiários das irregularidades praticadas, mas sim o próprio agente autônomo de investimentos, em cuja conta bancária foram depositados os cheques emitidos em favor de seus clientes, através de endossos falsificados;

e) como não ficou comprovado que a Unitas realizou operações não autorizadas pelos clientes do Sr. Oscar (até

porque a eles caberia provar não terem transmitido as ordens, eis que em suas fichas cadastrais prescindiram da formalidade de transmissão de ordens por escrito), não se pode falar em realização de "operação fraudulenta" por parte da distribuidora e nem de seu diretor;

f) não se pode falar em realização de "operação fraudulenta", também, porque o dolo, que não se fez presente no caso em análise e que, como a própria CVM reconheceu, é elemento integrante e essencial do tipo administrativo invocado;

g) a CVM nunca puniu qualquer participante do mercado de capitais brasileiro por prática involuntária de "operações fraudulentas" tendo em vista que o delito, no seu núcleo material, exige um ato voluntário, uma ação, ainda que negativa;

Não lançamento no extrato de conta corrente do Sr. Gerhard de dois depósitos referentes à liquidação financeira de operações, em infração ao disposto no artigo 11 da Resolução nº 1120/86, com a nova redação dada pela Resolução nº 1.653/89, ambas do Conselho Monetário Nacional

h) os valores de dois depósitos efetuados pelo Sr. Gerhard junto à conta da distribuidora foram computados e compensados na liquidação financeira das operações daquele investidor, o que descaracteriza a infração ao disposto no artigo 11 do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 1.120/86, com a redação que lhe foi dada pela Resolução CMN nº 1.653/89;

i. referido dispositivo não se aplica ao caso, também, porque a obrigação por ele imposta

ii. foi, de fato, cumprida pela Unitas na medida em que ela realmente mantinha, como manda a Resolução, sistemas de conta corrente, não movimentável por cheque, para escrituração das operações realizadas;

Falta de diligência no preenchimento de fichas cadastrais de seus clientes, em infração ao disposto nos artigos 3º, 4º, 5º e 8º da Instrução CVM Nº 220/94

j) a falta de diligência no preenchimento de fichas cadastrais de clientes, referida no processo, não consiste na prática de qualquer operação ilícita no mercado, mas somente a uma obrigação acessória, e o seu descumprimento, por si só, apenas significaria uma teórica maior dificuldade de a instituição financeira identificá-la, se praticada por algum cliente;

l) o fato de a data do cadastro atualizado dos clientes ser posterior àquela de seu credenciamento junto à Bovespa não significa que os clientes não estavam devidamente cadastrados junto à instituição durante esse lapso temporal;

m) a Unitas efetivamente possui e mantém devidamente atualizado o cadastro de seus clientes, conforme atestou o relatório da empresa de consultoria ATAC;

n) quanto à suposta adoção, pela Unitas, de fichas cadastrais que não atendem a todas as exigências, cumpre destacar que o Termo de Acusação não menciona quais as exigências descumpridas e, ainda que o fizesse, não caberia punição à Unitas que, hoje em dia, utiliza fichas cadastrais diferentes daquelas, em virtude do disposto na Instrução CVM Nº 301/99;

Falta de cuidados no exame e fiscalização dos atos praticados pelo agente autônomo Oscar Massami Hayama, em infração ao disposto no item III da Resolução nº 238/72

o) deve-se, ainda, lembrar que o disposto no item III da Resolução CMN nº 238/72, que dispõe sobre a obrigatoriedade da cláusula que responsabiliza as credenciadoras pelo exame e fiscalização dos atos e operações dos agentes autônomos nelas credenciados, foi integralmente cumprido pela Unitas, e isso se percebe ao se observar a Cláusula 2ª do Contrato de Agenciamento, que, de fato, contém tal disposição;

p) não é razoável que a CVM pretenda punir instituições financeiras pelo mero fato de não haverem detectado determinada conduta irregular no relacionamento entre agente autônomo e investidores, que, na prática, ocorre de forma linear, sem que haja qualquer intermediação ou interferência da instituição;

q) o dever de a instituição credenciadora fiscalizar o seu agente autônomo é uma norma de "meio", que impõem obrigações preventivas e corretivas, e não normas de "fim", que obrigariam a instituição à infalível detecção de irregularidades;

r) a culpa "in vigilando" da instituição credenciadora só deve ser imputada quando esta tiver alguma consciência dos fatos irregulares, ou devendo tê-la, eis que visível ao homem ativo e probo, opte voluntária e negligentemente por não

apurá-los, o que não é a hipótese dos autos;

s) deve-se, ainda, lembrar que vige no direito brasileiro o princípio da razoabilidade, que enuncia que o julgador não deve impor conduta acima daquele comportamento razoavelmente exigível; e

t) sancionar a Unitas e seu diretor, Ricardo Penna de Azevedo, seria, portanto, um despropósito ao caráter educativo da pena, pois equivaleria a transformá-los em vítimas inocentes do "abuso de confiança" do Sr. Oscar, verdadeiro executor e beneficiário dos atos apontados como irregulares.

É o Relatório.

INQUERITO ADMINISTRATIVO CVMNº SP 2002/0048 – TERMO DE ACUSAÇÃO

V O T O

EMENTA: **A existência de contrato de agenciamento não afasta a responsabilidade do intermediário por atos irregulares praticados pelo agente autônomo decorrentes do atendimento de clientes em suas dependências.**

Preliminares

1. Não há nenhuma nulidade no presente inquérito pelo fato de a notícia sobre as irregularidades ter sido comunicada à CVM pelos procuradores dos investidores lesados que não tinham poderes para tal. Na verdade, a obrigação da CVM, ao tomar conhecimento de eventuais irregularidades trazidas por quem quer que seja, é apurar os fatos e verificar a sua veracidade. Foi o que fez a CVM. Ao ser informada não se limitou a agir com base nas informações trazidas pelos procuradores dos investidores mas apurou os fatos e buscou as provas. Assim, pouco importa se as procurações conferiam poderes ou não para tomar medidas no âmbito da CVM. Aliás, era não só dever deles ao tomarem conhecimento das irregularidades comunicá-las, como à CVM apurá-las.

2. Também não procede o questionamento levantado a respeito do procedimento adotado pela CVM para a apuração dos fatos. No caso, ao receber a denúncia, cabia à área técnica, antes de propor qualquer medida, apurar os fatos. Foi o que a Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários – SMI fez. Após apurar o que de fato ocorrera, formulou o Termo de Acusação, já que não havia mais o que apurar e foram detectadas irregularidades.

3. Não é verdade que as apurações só podem ser feitas no âmbito de um inquérito administrativo e pela Comissão de Inquérito. As superintendências da CVM têm, cada uma em sua esfera, competência para apurar quaisquer fatos. As modificações introduzidas pela Resolução nº 2785/2000 do Conselho Monetário Nacional confirmam esse procedimento ao dispensar a apuração pelas Comissões de Inquérito quando o processo contiver elementos suficientes para oferecer a acusação. É bom que se diga que nenhuma acusação nasce pronta. Todas necessitam de apurações preliminares. Assim, só quando os fatos não ficarem suficientemente apurados e careçam de maiores investigações serão realizados pela Comissão de Inquérito, mas não toda e qualquer apuração.

4. Cabe esclarecer que tanto nas investigações procedidas pelas superintendências quanto pelas Comissões de Inquérito não há qualquer prejuízo à defesa, já que em ambas as investigações são conduzidas de forma sigilosa e não há qualquer acusação a quem quer que seja, razão pela qual também não há que se falar em ofensa ao devido processo legal.

Mérito

Os Fatos

5. A Swissbras e seu sócio Gerhard se tornaram clientes da Unitas em abril de 1997. Os pagamentos por conta das compras eram feitos através de depósitos bancários em nome da Unitas, enquanto que as liquidações por conta das vendas eram, no início, feitas através de cheques cruzados em preto (somente para depósito na conta do favorecido) ou créditos na conta corrente bancária dos clientes. Tanto as notas de corretagem das operações emitidas pela Unitas como os avisos de negociação de ações – ANA's emitidos pela Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa eram remetidos aos clientes através da distribuidora. Posteriormente, os cheques deixaram de ser cruzados em preto e passaram a ser entregues ao agente Oscar Massami Hayama que, por sua vez, os deveria entregar ao favorecido.

6. Ocorre que, em dezembro de 1999, diante da recusa de executar ordem de venda de 2 milhões de ações em nome da Swissbras e de 4 milhões em nome do Sr. Gerhard, todas de emissão da Telebrás, os clientes emitiram no dia 7 uma ordem por escrito, tendo a Unitas se limitado a informar que a mesma não poderia ser executada porque não havia títulos custodiados em seus nomes.

7. Cabe esclarecer que, em relação às ações reclamadas pela Swissbras, as vendas irregulares ocorreram em 15 de agosto, 18 de setembro e 10 de dezembro de 1997 e foram liquidadas com a emissão de cheques em nome da cliente que não foram cruzados em preto. A liquidação por conta das vendas efetuadas em 10 de dezembro inexplicavelmente se deu com a emissão de 5 cheques, sendo um no valor de R\$10.881,42 em 19.12.97; dois em 09.01.98, um no valor de R\$40.000,00 e outro no valor de R\$15.000,00; um no valor de R\$15.000,00 em 15.01.98; e um no valor de R\$30.000,00 no dia 30.01.98.

8. As vendas irregulares de 4 milhões de ações Telebrás pertencentes ao Sr. Gerhard, por sua vez, ocorreram nos dias 11.11.97, 23.09, 06.10, 05.11, 13.11 e 17.12.98 e também foram liquidadas com a emissão de cheques em nome do cliente que não foram cruzados em preto. Merece ser destacado que dois cheques nos valores respectivamente de R\$53.223,71 e 107.597,66 depositados na conta bancária da Unitas para a compra de ações não foram lançados na conta corrente do Sr. Gerhard, embora, conforme concluiu a SMI, as ações tenham sido compradas.

9. Quanto ao cliente Takaharu Ono, verifica-se que o mesmo se tornou cliente da Unitas no início de 1997 e recebia as notas de corretagem diretamente da distribuidora e os extratos mensais da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia – CBLC, enquanto que o Aviso de Negociação de Ações – ANA, segundo informação da Bovespa, era enviado à Unitas. Ocorre que, no início de 1999, os extratos da CBLC passaram a apresentar movimentações estranhas. O primeiro problema ocorreu em 22.04.99 quando o investidor mandou vender 400.000 ações da Telesp Celular e só haviam 100.000 em custódia. Apesar de as 300.000 que faltavam terem sido vendidas indevidamente em bolsa em 04.02.99, internamente foi emitida a nota de corretagem como se a operação tivesse sido realizada no mercado de balcão. As 300.000 ações faltantes, entretanto, conforme se apurou, foram adquiridas em bolsa no dia 23.04.99, um dia após a venda ordenada pelo investidor, que recebeu a nota de corretagem referente apenas à venda de 400.000 ocorrida em 22.04.99.

10. Em meados de junho, o Sr. Ono verificou novamente a ausência de 200.000 ações Petrobrás PN no extrato enviado pela CBLC. Apesar disso, mandou vender 100.000 em 04.10.99 e a ordem foi prontamente cumprida. Entretanto, verifica-se que foram emitidas duas notas de corretagem com o mesmo número: a que foi enviada para o cliente continha somente a venda ordenada e a que ficou arquivada na Unitas continha outras operações, dentre elas a compra de 100.000 ações Petrobrás. O pagamento foi efetuado sem levar em conta o valor líquido da nota que incluía todas as operações realizadas no dia, mas apenas o valor constante da nota enviada ao cliente.

11. No início do mês de novembro, a surpresa do Sr. Ono ao receber o extrato da CBLC foi ainda maior, pois já não constava mais nenhuma ação em custódia em seu nome. Após ter sido informado, ao ligar para a Unitas, que não havia qualquer anormalidade, mandou vender em 22.11.99 1 milhão de ações Cemig PN e comprar 1 milhão de ações Telesp Part PN. Apesar de ter recebido a nota de corretagem onde aparecem as duas operações, o extrato da CBLC recebido no início de dezembro apontava a inexistência de qualquer ação. É que as ações Telesp Part foram vendidas no mesmo dia. Aqui novamente foi emitida uma nota com as operações efetivamente realizadas que permaneceu nos arquivos da Unitas e outra enviada ao cliente com as operações por ele ordenadas.

A realização de operações fraudulentas

12. Como ficou devidamente apurado, o Sr. Oscar Massami Hayama atuava com total autonomia perante a Unitas. Era ele quem recebia as ordens dos clientes, sendo que, no caso da Swissbrás e de seu sócio, as notas de corretagem e os ANA's eram entregues pela Unitas a ele que tinha a responsabilidade de enviá-los aos clientes pelo correio, bem como foi ele quem retirou os cheques emitidos em nome dos clientes por conta das vendas das ações de emissão da Telebrás.

13. No caso do Sr. Takaharu Ono, apesar de terem sido registrados vários incidentes, decorrentes das divergências de informações entre os extratos mensais enviados diretamente pela CBLC e as operações efetivamente autorizadas por ele que deram origem a várias reclamações, o que se verifica é que a Unitas chegou a produzir documentos em duplicata, que não correspondiam à realidade, e em nenhum momento demonstrou qualquer desconfiança de seu agente, que agia com total independência.

14. Ora, é inadmissível tal postura de um intermediário. Assim, embora o autor e beneficiário da fraude tenha sido o Sr. Oscar, não há dúvida de que a prática se consumou graças à atuação negligente da Unitas, que não exercia qualquer tipo de fiscalização dos atos por ele praticados. Se nada descobriu é porque não quis, já que, como se verificou acima, as irregularidades foram praticadas em vários momentos. Na verdade, o Sr. Oscar teve sua atuação

facilitada pela omissão da Unitas que deixou por conta dele funções que eram suas.

15. Não se pode também aceitar a desculpa da Unitas no sentido de que não tinha como controlar ou verificar a veracidade das ordens que eram dadas pelos clientes ao Sr. Oscar já que os clientes não podem ser considerados estranhos ou inacessíveis ao intermediário, uma vez que, para todos os efeitos, os clientes eram seus e não do Sr. Oscar que os atendia e que com eles se relacionava.

16. Merece ser registrado que não ficou devidamente esclarecido no processo o motivo pelo qual o cheque emitido em 20.01.99 pela Unitas em nome do Sr. Oscar no valor de R\$250.270,44 acabou sendo endossado ao Sr. Gerhard e depositado em sua conta corrente bancária, uma vez que apenas em dezembro de 1999 houve a recusa de execução das ordens de venda, oportunidade em que o investidor tomou conhecimento de que não possuía mais ações da Telebrás em custódia.

17. Assim, apesar das falhas operacionais verificadas, não se pode concluir, à vista dos elementos constantes dos autos, que a Unitas e seu diretor tinham conhecimento das fraudes praticadas contra os seus clientes pelo Sr. Oscar, que por elas deve ser responsabilizado, por infração ao disposto na Instrução CVM Nº 8/79 que estabelece:

"I – É vedada aos administradores e acionistas de companhias abertas, aos intermediários e aos demais participantes do mercado de valores mobiliários, a criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, a manipulação de preço, a realização de operações fraudulentas e o uso de práticas não-equitativas.

II – Para os efeitos desta Instrução conceitua-se como:

.....
c) operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários, aquela em que se utilize ardil ou artifício destinado a induzir ou manter terceiros em erro, com a finalidade de se obter vantagem ilícita de natureza patrimonial para as partes na operação, para o intermediário ou para terceiros;"

Não lançamento de cheques na conta corrente

18. Os intermediários que atuam por conta de investidores devem manter conta corrente para o lançamento relativo às operações realizadas em seu nome. É o que estabelece a Resolução nº 1120/86, com a nova redação dada pela Resolução nº 1653/86, em seu artigo 11:

19.

"Art. 11 – A sociedade distribuidora deverá manter sistemas de conta corrente, não movimentável por cheque, para efeito de registro das operações por conta de seus clientes."

19. No caso, embora mantivesse conta corrente em nome do Sr. Gerhard, a Unitas deixou de lançar dois cheques com valores significativos de R\$53.2223,71 e R\$107.597,66 destinados à compra de ações que foram depositados em sua própria conta, o que, na prática, é como se a mesma não existisse. A exigência da conta, sem dúvida, é segregar as aplicações e evitar questionamentos. No caso, a CVM teve dificuldades em apurar se os recursos haviam sido efetivamente destinados à compra de ações, tendo a área técnica chegado a essa conclusão apenas por dedução, ficando evidente que a finalidade da norma não foi alcançada.

Falta de diligência no preenchimento de fichas cadastrais

20. Neste particular, parece-me razoável a alegação da defesa de que as fichas do Sr. Gerhard e da Swissbras não foram preenchidas na Unitas dois anos depois do cadastro efetuado na BOVESPA, mas que a data representava tão-somente a sua atualização. De fato, não teria sentido a Unitas não manter a ficha de seus clientes se o cadastro na bolsa foi gerado com as informações fornecidas por ela. Não vejo, assim, confirmada a acusação referente à questionada falta de diligência no preenchimento de fichas cadastrais.

A falta de fiscalização de agente autônomo

21. A função do agente autônomo, conforme se verifica do próprio contrato assinado pela Unitas com o Sr. Oscar, estava em consonância com a Resolução nº 238/72 do Conselho Monetário Nacional¹ e, no que diz respeito ao mercado de capitais, consistia na colocação ou venda de valores mobiliários.

22. Por outro lado, sem guardar qualquer relação com essa atividade, o referido contrato estabelecia que o agente teria direito a receber como remuneração pelos serviços prestados 50% sobre a corretagem gerada nas operações de

compra e venda de seus próprios clientes.

23. Ora, o que se verifica, no caso, é que função exercida pelo Sr. Oscar de atender a investidores nas dependências da Unitas, receber ordens e mandar executá-las em bolsa de valores e encaminhar as notas de corretagem pelo correio aos clientes, nada tinha a ver com a atividade própria de agente autônomo que é de colocação ou venda de valores mobiliários.

24. Na verdade, o fato de o Sr. Oscar ter sua própria clientela não significa que os clientes não eram clientes do intermediário ou que o intermediário deixava de ter qualquer responsabilidade em relação a eles, se todos os documentos das operações eram emitidos pelo intermediário. Assim, o intermediário tem não só a obrigação de conhecer seu cliente como também de acompanhar tudo o que acontece com ele. Não se pode admitir em hipótese nenhuma que, sob a invocação da existência de contrato de agenciamento, o intermediário transfira sua responsabilidade pelas operações realizadas pelos ditos clientes do agente, pois, na verdade, os agentes, no caso, não passam de meros executores de uma função que não guarda nenhuma relação com a atividade então prevista na Resolução nº 238/72 do Conselho Monetário Nacional e hoje na Instrução CVM Nº 355/2001. Ora, não se pode admitir que a figura do agente autônomo, que tem uma função específica, seja usada para transferir responsabilidades que são próprias do intermediário.

25. Assim, embora existisse um contrato de agenciamento que continha cláusula que estabelecia a responsabilidade da Unitas para fiscalizar os atos do Sr. Oscar que, pelo que se verificou, não foi cumprida, entendo que a falta de fiscalização, no caso, está relacionada não à função de agente autônomo mas à prática da fraude, já analisada anteriormente. Em razão disso, não reconheço a procedência da acusação.

Conclusão

26. Ante o exposto, proponho:

I – a aplicação das seguintes penalidades:

(i) a Oscar Massami Hayama a pena de proibição pelo prazo de 5 anos para o exercício de atividades no mercado de valores mobiliários, prevista no inciso VII, do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, por infração ao item I, conforme definido na alínea "c" do item II, da Instrução CVM Nº 8/79;

(ii) à Unitas DTVM Ltda. e seu diretor Ricardo Penna de Azevedo a pena de multa no valor de R\$30.000,00 para cada um, prevista no inciso II, do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, por infração ao artigo 11 da Resolução nº 1120/86, com a nova redação da pela Resolução nº 1653/86, ambas do Conselho Monetário Nacional.

II – a absolvição em relação às demais acusações.

É o meu **VOTO**.

Rio de Janeiro, 13 de março de 2003.

NORMA JONSSSEN PARENTE

DIRETORA-RELATORA

1. "X – Os agentes autônomos de investimento, como tais, desempenharão exclusivamente por conta e ordem das entidades credenciadoras, as seguintes atividades:

a) colocação ou venda de títulos e valores mobiliários registrados no Banco Central do Brasil, ou de emissão ou coobrigação de instituição financeira;"

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CVM Nº SP2002/0048

Voto do Diretor Wladimir Castelo Branco Castro:

Acompanho o voto da Relatora.

Declaração de Voto do Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos:

Acompanho o voto da Diretora-Relatora, divergindo apenas quanto à proposta de pena de proibição pelo prazo de 5 anos para o exercício de atividades no mercado de valores mobiliários a ser aplicada ao Sr. Oscar Massami por infração ao item I, conforme definido na alínea "c" do item II, da Instrução CVM Nº 08/79.

Digo isto, porque, na prática, a pena proposta pode acabar por não apresentar qualquer efeito.

De fato, consta que o Sr. Oscar não mais está autorizado pela CVM a exercer a atividade de agente autônomo de investimento. Igualmente, não se tem notícia de que possa ser do seu interesse voltar a exercê-la, mas, mesmo que fosse, não teria êxito em seu pedido, pelas razões abaixo expostas.

Em razão disto, a pena proposta configura-se inócua e de pouco significado prático, uma vez que não há utilidade em se proibir uma atuação de quem já não atua daquela forma, nem é mais integrante do sistema de distribuição ou do mercado.

A par disso, e de acordo com o entendimento predominante no Colegiado da CVM, independentemente da pena de proibição proposta, o Sr. Oscar Massami Hayama já não contaria mais com o requisito de reputação ilibada que, nos moldes da Instrução CVM nº 355/01, se exige para a concessão de autorização para o exercício da atividade de agente autônomo de investimentos, o que confirmaria a estreiteza dos efeitos práticos da pena proposta.

Em vista disso, entendo que se deveria aplicar ao Sr. Oscar Massami Hayama a pena de multa no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), prevista no inciso II, do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, em decorrência da infração ao item I, conforme definido na alínea "c" do item II, da Instrução CVM Nº 08/79.

É o meu Voto.

Voto do Presidente Luiz Leonardo Cantidiano:

Acompanho o voto da Relatora