

PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

REF.: PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2006/4665

RELATÓRIO

1. Trata-se de Termo de Acusação (texto integral e consolidado às fls. 234 a 240), apresentado pela Superintendência de Relações com Investidores Institucionais – SIN em face de **Máxima S/A DTVM** e seu diretor à época dos fatos, **Sr. Antônio Geraldo da Rocha**, tendo em vista a adoção de prática diversa da estipulada em regulamento em relação à taxa de performance, em ofensa ao artigo 57, inciso XIII, da Instrução CVM nº 302/99 e ao artigo 14, incisos II e III, da Instrução CVM nº 306/99, que assim dispõem:

Instrução CVM nº 302/99:

"Art. 57 - Incluem-se entre as obrigações do administrador do fundo:

...

XIII - observar as disposições constantes do regulamento do fundo;"

Instrução CVM nº 306/99:

"Art. 14 - A pessoa natural ou jurídica responsável pela administração da carteira de valores mobiliários deve observar as seguintes regras de conduta:

...

II - empregar, no exercício de sua atividade, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma dispensar à administração de seus próprios negócios, atuando com lealdade em relação aos interesses de seus clientes, evitando práticas que possam ferir a relação fiduciária com eles mantida, e respondendo por quaisquer infrações ou irregularidades que venham a ser cometidas sob sua gestão;

III - cumprir fielmente o contrato firmado com o cliente, prévia e obrigatoriamente por escrito, o qual deve conter as características básicas dos serviços a serem prestados, dentre as quais se incluem (...)"

2. O presente processo originou-se do Processo CVM nº RJ2005/6958, que trata de informações fornecidas pela Secretaria de Previdência Complementar - SPC, a respeito de supostas irregularidades praticadas pela Stock Máxima S/A CCV, atual Máxima S/A DTVM, na qualidade de administradora do fundo Máxima Telepart Fundo de Investimento em Ações ("**Fundo**"), relacionadas ao cálculo, provisões e recebimentos de prêmios de performance sobre os períodos de 25.05.00 a 25.08.00; 23.02.01 a 24.08.01; e 28.09.01 a 30.09.02. Em tal documento, a entidade fiscalizadora opinou, dentre outros, pela irregularidade no montante pago de taxa de performance, que não teria obedecido às condições impostas pelo regulamento para seu cálculo. (item 1 do Termo de Acusação)

3. Na análise da SIN sobre a documentação enviada, constatou-se que o Regulamento do Fundo previa como prêmio de performance ao seu administrador um percentual de 15% sobre os rendimentos que excedessem o *benchmark* de referência, que era o índice *Soma* no primeiro período, e nos dois seguintes, o índice *Ibovespa*. O prêmio tinha por referência períodos trimestrais e assumia a variação da cota entre o início e o fim do período como base de cálculo. Assim, uma vez determinada a rentabilidade do *benchmark* sobre o patrimônio líquido no trimestre, o prêmio devido surge como 15% sobre a diferença entre este valor e a rentabilidade efetiva do Fundo. (item 2 do Termo de Acusação)

4. Entretanto, a área técnica inferiu que outros foram os valores recolhidos pela administradora, o que gerou uma diferença irregular a maior, para a instituição, no montante de **R\$ 197.935,98 (cento e noventa e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e noventa e oito centavos)**, como demonstrado a seguir: (item 2 do Termo de Acusação)

Período	Performance recolhida	Performance devida	Diferença
25.05.00 a 25.08.00	1.328.563,15	1.130.684,55	197.878,60
23.02.01 a 24.08.01	2.371.996,28	2.371.938,90	57,38
28.09.01 a 30.09.02	2.199.347,80	2.199.347,80	0
		Total:	197.935,98

5. Em razão do exposto, a SIN propôs a responsabilização da **Máxima S/A DTVM** e seu diretor à época dos fatos, **Sr. Antônio Geraldo da Rocha**, pela adoção de prática diversa da estipulada em regulamento em relação à taxa de performance, em ofensa ao artigo 57, inciso XIII da Instrução CVM nº 302/99, o que, de acordo com o artigo 103 da mesma Instrução, configura hipótese de infração grave; e ao artigo 14, inciso III, da Instrução CVM nº 306/99, o que, de acordo com o artigo 19 da mesma Instrução, configura hipótese de infração de natureza objetiva. Ao Sr. **Antônio Geraldo da Rocha** foi ainda imputada responsabilidade por não ter empregado no exercício de sua atividade, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costumaria dispensar à administração de seus próprios negócios e pelas infrações que foram cometidas pela Máxima S/A DTVM durante a sua gestão, nos termos do art. 14, inciso II, da Instrução CVM nº 306/99, o que, de acordo com o artigo 18 da mesma Instrução, configura hipótese de infração grave. (Item 4 do Termo de Acusação)

6. Cumpre ressaltar que, frente à existência de indícios de ilícito de ação penal pública, procedeu-se à comunicação do Ministério Público Federal, nos termos dos Ofícios acostados às folhas 89 e 252 dos autos.

7. Consoante faculta a Deliberação CVM nº 390/01, os acusados apresentaram propostas de Termo de Compromisso, dispostas a seguir:

1. Proposta da Máxima S/A DTVM (fls. 288/296):

A proponente inicialmente reitera argumentos de defesa, destacando, dentre outros, que a acusação não levou em conta as características do fundo (aberto e exclusivo) e a inexistência de qualquer reclamação por parte de seu único quotista, o Postalís Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos ("**Postalís**").

Afirma o preenchimento do requisito contido no inciso I do §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76 (cessação da prática do ato considerado ilícito), tendo em vista o ato sob investigação já ter se consumado e não possuir caráter continuado, em virtude de o Fundo não estar mais, desde 26.01.05, sob a sua administração. Adicionalmente, manifesta o entendimento de que não é cabível a apresentação de proposta de indenização (requisito inserto no inciso II do citado dispositivo legal), haja vista que o próprio Postalís, único quotista do fundo, jamais se considerou lesado ou prejudicado.

Compromete-se a pagar à CVM a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), no prazo de 10 dias contados da publicação do Termo de Compromisso no Diário Oficial da União.

2. Proposta do Sr. Antônio Geraldo da Rocha (fls. 297/300) :

Informa primeiramente que não é mais diretor da Máxima S/A DTVM, bem como que o Fundo não é mais administrado por aquela sociedade, de sorte que já cessara a prática do ato considerado ilícito.

Igualmente registra que a Postalís jamais se manifestou prejudicada pela forma de cálculo da taxa de performance do Fundo e compromete-se a pagar à CVM, "a título de ressarcimento das despesas administrativas incorridas no curso do presente processo", a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), no prazo de 10 dias da publicação do Termo de Compromisso no Diário Oficial da União.

8. Ao apreciar a legalidade das propostas (fls. 304/310), nos termos da Deliberação CVM nº 390/01, a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM (PFE/CVM) manifestou-se pela existência de óbice jurídico à aceitação dos compromissos de que se trata, dispondo especialmente que:

"Com efeito, entendo que, no caso ora em análise, não há que se falar em cessação da prática da atividade ilícita, nos termos do art. 11, §5º, I, da Lei nº 6.385/76, tendo em vista que o fato que estaria sendo imputado aos proponentes, qual seja, o descumprimento do disposto no art. 57, XIII, da Instrução CVM nº 302/99, pela adoção de prática diversa da estipulada em regulamento com relação à taxa de performance, teria ocorrido em momento passado determinado, não se tratando de infração de natureza continuada. Ademais, desde 26 de janeiro de 2005 o fundo Máxima Telepart Fundo de Investimentos em Ações não está sob a administração da Máxima S.A. DTVM.

No tocante ao exame do cumprimento ao segundo requisito de legalidade, de acordo com o que restou apurado no presente processo administrativo sancionador e que culminou na apresentação de Termo de Acusação em face dos proponentes teria ocorrido um prejuízo individualizado, referente ao recebimento a maior da taxa de performance, no valor de R\$ 197.935,98 (cento e noventa e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e noventa e oito centavos). Assim sendo, entendo que para que se considere cumprido o disposto no inciso II, do §5º, da Lei nº 6.385/76, o quotista do fundo teriam (sic) que ser ressarcido.

Cumpra asseverar, ainda, que, conforme reiteradas manifestações desta Procuradoria, a proposta de termo de compromisso e sua respectiva análise devem estar balizadas pela realidade da peça acusatória. Com efeito, o § 6º do art. 11 da Lei nº 6.385/76, preceitua que a celebração do termo de compromisso não importa em confissão quanto à matéria fática, tampouco no reconhecimento da ilicitude da conduta analisada, razão pela qual apresentam-se descabidas as argumentações dos proponentes no sentido de tentar deixar registrado suas convicções quanto à legalidade das condutas, a fim de justificar a desnecessidade de ressarcimento dos danos patrimoniais supostamente causados. Estas questões devem ser objeto da peça de defesa, já que os requisitos para suspensão do procedimento administrativo são apenas a cessação das atividades consideradas ilícitas e a correção das irregularidades apontadas, inclusive com indenização dos prejuízos.

Nesse diapasão, também considero descabida a argumentação no sentido de que a Postalís Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos, único quotista do Fundo, mesmo tendo ciência da investigação da Secretaria de Previdência Complementar e do presente processo, jamais apresentou qualquer reclamação com relação à metodologia da taxa de performance. A imposição de correção das irregularidades com a devida indenização dos prejuízos causados é uma exigência da Lei nº 6.385/76, que independe de reclamação." (grifamos)

9. Consoante faculta o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, em reunião realizada em 09.12.08 o Comitê decidiu negociar com os proponentes as condições da proposta de termo de compromisso que lhe pareciam mais adequadas, nos termos a seguir reproduzidos: (Comunicado às fls. 311/313)

"O Comitê inferiu que as propostas merecem ser aperfeiçoadas para a melhor adequação a esse tipo de solução consensual do processo administrativo, mormente o atendimento ao requisito da indenização de que trata o inciso II do §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76, em linha com a manifestação exarada pela Procuradoria Federal Especializada - PFE quando da apreciação de sua legalidade.

Segundo destacado pela PFE, a imposição de correção das irregularidades com a devida indenização dos prejuízos causados é uma exigência da Lei nº 6.385/76, que independe de reclamação, impondo-se no caso concreto o ressarcimento do quotista do fundo potencialmente lesado para que se considere cumprido o requisito de que se cuida.

Vale dizer, as propostas devem contemplar o ressarcimento de todos os prejuízos potencialmente experimentados pelo Postalís Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos, decorrentes das condutas irregulares imputadas aos ora proponentes, considerando-se, para tanto, a realidade fática manifestada nos autos e os termos da acusação. De acordo com os precedentes mais recentes do Colegiado em Termos de Compromisso, o valor objeto da indenização (R\$ 197.935,98) deverá ser corrigido pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) a partir das datas apontadas no Termo de Acusação até a data de seu pagamento ao beneficiário.

Nesse tocante, cumpre ressaltar que a afirmação de certeza quanto à existência ou não de dano demanda um juízo definitivo incompatível com o instituto do Termo de Compromisso de que trata a Lei nº 6.385/76, não competindo neste momento processual adentrar em argumentos de defesa, à medida que o seu eventual acolhimento somente pode ser objeto de julgamento final pelo Colegiado desta Autarquia, sob pena de convolar-se o instituto em verdadeiro julgamento antecipado. Da mesma forma não compete aqui perquirir acerca do grau de participação de cada proponente na ocorrência do dano que se pretende recompor, razão pela qual o Comitê decidiu pela abertura de negociação em conjunto, não obstante tenham os proponentes apresentado propostas de Termo de Compromisso em separado.

Adicionalmente, consoante orientação do Colegiado em casos do gênero (1), os proponentes devem assumir **obrigação adicional que represente compromisso bastante para desestimular condutas assemelhadas, aventando-se, para este fim, o pagamento à CVM de montante equivalente à 20% do valor (atualizado) da indenização acima referida**, a ser pago no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir da data do pagamento ao beneficiário da indenização (ocasião em que se terá conhecimento do valor total da indenização).

Isto posto, o Comitê assinala o prazo de 10 (dez) dias úteis para que os proponentes apresentem suas considerações e, conforme o caso, aditem suas propostas, ocasião em que será encerrada a fase de negociação de que trata o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, com o conseqüente encaminhamento de parecer ao Colegiado."

10. Em 03.02.09, a Máxima S/A DTVM e o Sr. Antônio Geraldo da Rocha apresentaram expediente (fls. 320/338), no qual reiteram argumentos de defesa e manifestam o entendimento de que a sugestão do Comitê não se mostra adequada, considerando que nenhum prejuízo teria sido causado à Postalis durante todo o período em que a Máxima administrou o Fundo. Nesse sentido, os proponentes anexam correspondência firmada pelo Diretor-Presidente da Postalis em 15.12.08, de seguinte teor:

"A POSTALIS (...) vêm, através da presente, declarar, na qualidade de cotista exclusivo do FUNDO MÚTUO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES – CARTEIRA LIVRE-TELE-PART (o 'Fundo'), inscrito no CNPJ sob o nº 03.160.857/0001-67, que ficou satisfeita com o serviço de administração do Fundo prestado por Stock Máxima S.A. CCV, sob denominação atual de Máxima S.A. DTVM, entre o período da constituição do Fundo até janeiro de 2005, quando referida administração foi transferida para outra administração."

11. Segundo os proponentes, caso a Postalis tivesse alguma soma a reclamar, sem dúvida alguma, ao tomar ciência do presente processo (via SPC), manifestaria seu descontentamento e seu desejo de ser ressarcida de eventual montante pago indevidamente. Ressalta, ademais, que "a Postalis permanece sendo cliente dos fundos administrados pela Máxima, em prova inconteste de sua confiança na qualidade de gestão da carteira e no atendimento aos seus objetivos de investimento, em nenhum momento se considerando lesada." Partindo assim do pressuposto de que "não há ressarcimento sem dano", os proponentes entendem que não é cabível apresentar proposta de indenização ao quotista.

12. Deste modo, os proponentes reiteram sua proposta original, consistente no pagamento à CVM do valor total de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), sendo R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) pela Máxima S/A DTVM e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por Antônio Geraldo da Rocha.

FUNDAMENTOS

13. O parágrafo 5º do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, estabelece que a CVM poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela CVM e a corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

14. Ao normatizar a matéria, a CVM editou a Deliberação CVM nº 390/01, alterada pela Deliberação CVM nº 486/05, que dispõe em seu art. 8º sobre a competência deste Comitê de Termo de Compromisso para, após ouvida a Procuradoria Federal Especializada sobre a legalidade da proposta, apresentar parecer sobre a oportunidade e conveniência na celebração do compromisso, e a adequação da proposta formulada pelo acusado, propondo ao Colegiado sua aceitação ou rejeição, tendo em vista os critérios estabelecidos no art. 9º.

15. Por sua vez, o art. 9º da Deliberação CVM nº 390/01, com a redação dada pela Deliberação CVM nº 486/05, estabelece como critérios a serem considerados quando da apreciação da proposta, além da oportunidade e da conveniência em sua celebração, a natureza e a gravidade das infrações objeto do processo, os antecedentes dos acusados e a efetiva possibilidade de punição, no caso concreto.

16. No presente caso, os elementos constantes dos autos levam à identificação de prejuízos que teriam sido suportados pelo Postalis, assim como sua quantificação, o que invariavelmente deve ser considerado quando da análise da proposta de Termo de Compromisso sob o ângulo do requisito da indenização, nos moldes do inciso II do §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76, sem que isso importe em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, conforme dispõe o §6º do mesmo dispositivo legal.

17. Consoante entendimento consubstanciado pela PFE/CVM em casos dessa natureza, a afirmação de certeza quanto à existência ou não de dano demanda um juízo definitivo incompatível com o instituto do Termo de Compromisso, de sorte que, para fins do requisito de que trata o inciso II do §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76, há que ser considerada a realidade fática manifestada nos autos e os termos da acusação. Ainda segundo a Procuradoria, tal imposição de correção das irregularidades com a devida indenização dos prejuízos causados é uma exigência da Lei nº 6.385/76, que independe de reclamação.

18. A inexistência de reivindicação de eventual ressarcimento por parte do Postalis, ao tomar ciência das imputações atribuídas aos ora proponentes, bem como a alegada satisfação do Instituto de Seguridade Social com os serviços que lhe foram (e são) prestados pela Máxima S/A DTVM, são argumentos próprios de defesa, cujo eventual acolhimento somente pode ser objeto de julgamento final pelo Colegiado desta Autarquia, sob pena de convolar-se o instituto do Termo de Compromisso em verdadeiro julgamento antecipado.

19. Deste modo, o Comitê conclui pela existência de óbice legal à celebração do Termo de Compromisso, em linha com a manifestação exarada pela PFE/CVM.

CONCLUSÃO

20. Em face do acima exposto, o Comitê de Termo de Compromisso propõe ao Colegiado da CVM a **rejeição** da proposta de Termo de Compromisso apresentada em conjunto por **Máxima S/A DTVM e Antônio Geraldo da Rocha**.

Rio de Janeiro, 10 de fevereiro 2009.

Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Mário Luiz Lemos

Superintendente Geral

Superintendente de Fiscalização Externa

Waldir de Jesus Nobre

Jorge Luis da Rocha Andrade

Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários

Superintendente de Relações com Empresas em exercício

Ronaldo Candido da Silva

Fabio Eduardo Galvão Ferreira Costa

Gerente de Normas de Auditoria

Superintendente de Processos Sancionadores Em Exercício

[\(1\)](#) Vide, por exemplo, os Termos de Compromisso firmados no âmbito dos seguintes processos: SP2006/85, RJ2006/3616 e 13/05.