

PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

REF.: PROCESSO ADMINISTRATIVO CVM Nº RJ 2009/5865

RELATÓRIO

1. Trata-se de proposta de Termo de Compromisso apresentada por **Levy Macoto Tanaka**, previamente ao oferecimento de Termo de Acusação pela Superintendência de Relações com Investidores Institucionais – SIN, nos termos do §3º do art. 7º da Deliberação CVM nº 390/01.
2. O presente processo surgiu a partir de reclamação de investidor datada de 26.11.08, em que denuncia a atuação do proponente como administrador de carteira de valores mobiliários sem a devida autorização da CVM (fls. 01/04).
3. Segundo a reclamação e os próprios termos do contrato anexado às fls. 05/09 dos autos, ao investidor cabia manter determinada importância junto ao Banco Banif Primus destinada exclusivamente à compra e venda de ações e a Levy Makoto Tanaka a decisão de passar as ordens diretamente à Corretora Banif com respaldo em procuração, recebendo como remuneração pelos serviços prestados o equivalente a 10% do lucro obtido, a ser apurado a cada quatro meses.
4. Ao investigar os fatos, a SIN obteve junto à Banif Corretora de Valores e Câmbio a informação de que Levy Macoto Tanaka atuou em nome de mais cinco investidores nas mesmas condições (fls. 36), conforme verificou em mais dois contratos enviados⁽¹⁾, ficando, assim, caracterizada a prestação de administração profissional irregular de carteiras de valores mobiliários, pois estariam presentes todas as características desse serviço, ou seja, a gestão de recursos, gestão profissional, entrega de recursos e aplicação em títulos e valores mobiliários.
5. O exercício irregular da atividade teria sido confirmado ainda pela cobrança judicial de remuneração por serviços prestados de administração de carteira, em ação de indenização movida pelo proponente contra o reclamante (fls. 10/23).
6. Desta forma, entendeu a SIN existirem elementos suficientes para a instauração de processo administrativo sancionador para apurar a responsabilidade de Levy Macoto Tanaka, por descumprimento do disposto no art. 23 da Lei nº 6.385/76 e no art. 3º da Instrução CVM nº 306/99 (fls. 87).
7. Ao se manifestar previamente a respeito do ocorrido por solicitação da SIN (fls. 90/93), o proponente alegou que não tem como profissão a administração de carteira de valores mobiliários, pois sempre viveu do comércio, e que atuou esporadicamente como mero procurador de pessoas ligadas a um mesmo grupo social e familiar, cujos contratos teriam sido assinados por insistência deles. Alegou ainda que atuou de boa-fé e que acreditava que nada de irregular havia na sua atuação como procurador, uma vez que tal entendimento era chancelado pela própria corretora, onde tais pessoas mantinham conta de investimento (fls. 101/120).
8. Assim, por entender que sua atuação não teria causado qualquer prejuízo aos investidores e que, portanto, não haveria prejuízos a serem indenizados, o proponente apresentou proposta de Termo de Compromisso em que se dispõe a pagar à CVM a importância de R\$ 1.634,21, correspondente ao valor atualizado da taxa de fiscalização que deveria ter sido recolhida de julho de 2007 a outubro de 2008, referente ao período em que atuou como procurador de investidores.
9. No entendimento da SIN (fls. 330), contudo, embora admita a inexistência de dados exatos de eventuais prejuízos sofridos pelos investidores, o proponente teria causado prejuízo a um investidor da ordem de R\$ 35.000,00 decorrente da compra e venda de ações realizadas no mercado (fls. 66/67).
10. Em razão do disposto na Deliberação CVM nº 390/01 (art. 7º, § 5º), a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM (PFE/CVM) apreciou os aspectos legais da proposta de Termo de Compromisso, tendo concluído que o valor oferecido, em princípio, não atenderia em sua totalidade o disposto no inciso II do § 5º, art. 11, da Lei nº 6.385/76, uma vez que, de acordo com a área técnica, existiriam prejuízos sofridos pelos investidores ainda que não delimitados com exatidão. (MEMO/PFE-CVM/GJU-1/Nº 385/09 e respectivos despachos às fls. 335/338)
11. Em reunião de 09.09.09, tendo em vista subsidiar a análise da proposta apresentada, o Comitê deliberou por enviar o processo à área técnica para identificação de eventuais prejuízos causados pelo proponente. Em despacho de fls. 390/391, a SIN conclui que os valores informados pelos investidores como sendo prejuízos decorrentes da atuação do Sr. Levy Tanaka na administração de carteira de valores mobiliários seriam: (i) aproximadamente R\$ 100 mil⁽²⁾ para o investidor José Soares de Carvalho Neto (reclamante); e (ii) R\$ 35.857,35 para o Sr. Uziel Pacheco (fls. 390/391).
12. Ressaltou ainda a área técnica que o prejuízo arguido pelo Sr. José Soares de Carvalho Neto não é reconhecido pelo proponente que, ao contrário, alegaria nos autos de processo judicial em curso⁽³⁾ que de sua atuação resultou lucro de R\$ 71.232,98. Em relação ao investidor Uziel Pacheco, este entende que os prejuízos não foram causados de forma intencional e que tinha ciência de que estava entrando em um mercado de risco.
13. Diante das informações levantadas pela SIN e segundo faculta o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, em reunião realizada em 21.10.09 o Comitê decidiu negociar com o proponente as condições da proposta de termo de compromisso que lhe pareciam mais adequadas, nos termos a seguir reproduzidos: (Comunicado às fls. 392/394)

"No entendimento do Comitê, a proposta merece ser aperfeiçoada para a melhor adequação a esse tipo de solução consensual do processo administrativo, considerando orientação do Colegiado no sentido de que as propostas de Termo de Compromisso devem contemplar obrigação que melhor atenda às finalidades do instituto, inclusive a de inibir a reiteração de infrações, seja pelo próprio proponente, seja por terceiros em situação similar a daquele.

O Termo de Compromisso foi introduzido no sistema de regulação do mercado de capitais nacional com a promulgação da Lei nº 9.457/97 que, acrescentando os parágrafos 5º a 8º ao art. 11 da Lei nº 6.385/76, facultou ao investigado e a esta Comissão de Valores Mobiliários a possibilidade de firmá-lo, desde que preenchidos os seguintes requisitos:

'Art. 11..... (omissis)

§ 5º: A Comissão de Valores Mobiliários 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, comprometendo-se a:

I – cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e

II – corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.'

Para efeitos de Termo de Compromisso, por determinação legal, faz-se mister uma proposta que contenha cláusula de recomposição

dos danos sofridos por investidores, quando existentes. Com base em informações constantes nos autos, foram levantados prejuízos de cerca de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) sofridos pelo investidor José Soares de Carvalho Neto e de R\$ 35.857,35 (trinta e cinco mil, oitocentos e cinqüenta e sete reais e trinta e cinco centavos) sofridos pelo investidor Uziel Pacheco. Temos ciência de que os valores apontados pelo Sr. José Soares são objeto de processo judicial, mas, para celebração de Termo de Compromisso neste momento, o Comitê deliberou que não pode afastá-los. Se o Poder Judiciário, até o presente, não se pronunciou sobre a inexistência desses prejuízos, não é conveniente ao Comitê excluí-los de um acordo.

Em face do exposto, o Comitê destaca que, em linha com os precedentes mais recentes do Colegiado em Termos de Compromisso, o valor objeto da indenização deverá ser corrigido pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) a partir da data das operações tidas como irregulares até a data de seu pagamento aos beneficiários, observando-se que o prazo praticado em compromissos dessa natureza é de 10 (dez) dias, a contar da publicação do Termo de Compromisso no Diário Oficial da União. O valor das indenizações, em termos históricos, corresponde a R\$135.857,35 (cento e trinta e cinco mil, oitocentos e cinqüenta e sete reais e trinta e cinco centavos). Deve ser incluída ainda obrigação pecuniária em favor da CVM, no percentual de 20% da quantia indenizada aos investidores.

Por fim, destaca-se que, consoante entendimento já consubstanciado em sede de Termo de Compromisso, a análise do Comitê é sempre pautada pela realidade fática manifestada nos autos e os termos da acusação, quando existente, não competindo neste momento processual adentrar em argumentos próprios 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 do Termo de Compromisso em verdadeiro julgamento antecipado. Ademais, não é demasiado lembrar que a celebração do ajuste a que se refere não importa confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada (art. 11, §6º da Lei nº 6.385/76).

Isto posto, o Comitê assinala o prazo de 10 (dez) dias úteis para que a proponente apresente suas considerações e, conforme o caso, adite a proposta apresentada, ocasião em que será considerada 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."

14. Em 09.11.09, o proponente apresentou nova proposta de Termo de Compromisso (fls. 395/418), na qual reitera não ser responsável pelas condutas irregulares apontadas, não tendo acarretado prejuízos aos referidos investidores, de sorte que restariam preenchidos os requisitos para a aceitação da proposta de Termo de Compromisso formulada. Argumenta que a contraproposta do Comitê partiu de premissa equivocada, visto que na demanda judicial em curso não se discute a existência de prejuízo, mas sim o inadimplemento de obrigação assumida pelo investidor José Soares de Carvalho Neto perante o proponente (pagamento dos valores ajustados em contrato, referente a serviço prestado) e acresce que o citado investidor nunca teria postulado o ressarcimento de qualquer quantia. Nesse sentido, observa que a simples alegação de prejuízo pelo investidor não teria o condão de imputar ao proponente a indenização da citada importância, tampouco ser utilizada como base de cálculo para eventual proposta de Termo de Compromisso.

15. Quanto ao suposto dano ao Sr. Uziel Pacheco, o Sr. Levy Macoto Tanaka anexou correspondência subscrita pelo referido investidor, em que o mesmo afirma não ter tido prejuízo em virtude da atuação do proponente, mas sim a depreciação de sua carteira de ações "em decorrência da crise global que assolou o mercado em geral", e requer a revisão do posicionamento desta Autarquia quanto à eventual responsabilização do Sr. Levy Macoto Tanaka ao pagamento de indenização à sua pessoa.

16. Não obstante, o proponente entendeu por aperfeiçoar sua proposta, comprometendo-se a pagar à CVM o valor de **R\$ 16.673,41** (dezesseis mil, seiscentos e setenta e três reais e quarenta e um centavos)[\(4\)](#), nos moldes a seguir:

"26. No que toca à indenização de pagamento à CVM dos valores correspondentes às contribuições que seriam devidas a esta autarquia, caso o investigado estivesse habilitado para o exercício da atividade de gestão profissional de valores mobiliários enquanto pessoa natural, no **R\$1.673,41 (um mil, seiscentos e setenta e três reais e quarenta e um centavos), correspondente ao valor atualizado, até 05/11/2009, da taxa trimestral de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários instituída pela Lei 7.940/89 (Tabela "B" – Pessoa Natural), referente ao período em que o investigado atuou como procurador dos investidores mencionados, que, em tese, deveriam ter sido recolhidas em 10/07/2007, 10/10/2007, 10/01/2008, 10/04/2008, 10/07/2008 e 10/10/2008 (docs. 3 a 9), mantém referida proposta, salientando que tal importância deverá ser atualizada pelos índices preconizados no parecer desse C. Comitê até a data do efetivo pagamento.** (grifamos)

27. Ademais, almejando a reparação de eventual dano difuso que se entenda tenha sido ocasionado ao mercado de valores mobiliários, já que não houve prejuízo a investidores, e ainda, seguindo precedentes do Colegiado desta autarquia em casos análogos, no sentido de desestimular práticas incompatíveis com os ditames da instituição, propõe ainda o pagamento à Comissão de Valores Mobiliários da importância de **R\$15.000,00 (quinze mil reais)**, a ser paga na forma e prazos assinalados por esta autarquia."

FUNDAMENTOS

17. 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.

18. 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.

19. 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.

20. Consoante manifestações da PFE a respeito, a afirmação de certeza quanto à existência ou não de prejuízos 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, quando existente, os termos da acusação. Ademais, não compete 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 do Termo de Compromisso em verdadeiro julgamento antecipado.

21. Ocorre que, no caso em tela, não obstante a diligência efetuada pela área técnica junto aos investidores, o Comitê entende pela ausência de elementos mínimos que lhe permitam uma análise da proposta de Termo de Compromisso sob o ângulo do requisito de que trata o inciso II do §5º do art.

11 da Lei nº 6.385/76, para fins de viabilizar a recomposição do dano e, por conseguinte, a própria celebração do Termo de Compromisso.

22. Em que pese o entendimento manifestado pelo Comitê por ocasião da fase de negociação da proposta, observa-se que, face à ausência de peça acusatória e às controvérsias que sobrevieram acerca da própria existência do dano, o Comitê se vê ora impossibilitado de emitir um juízo de valor a respeito, sob pena de extrapolar os estritos limites de sua competência. Vale dizer, dada a conjuntura atual, o Comitê conclui que, neste momento, a aceitação da proposta de Termo de Compromisso apresentada pelo Sr. Levy Macoto Tanaka não se afigura oportuna nem conveniente, nos moldes da legislação que rege a matéria.

CONCLUSÃO

23. 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 por **Levy Macoto Tanaka**.

Rio de Janeiro, 17 de novembro de 2009

Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Fernando Soares Vieira

Superintendente Geral

Gerente de Acompanhamento de Empresas 3

Waldir de Jesus Nobre

Fábio Eduardo Galvão F.Costa

Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários

Superintendente de Processos Sancionadores

Mário Luiz Lemos

Antonio Carlos de Santana

Superintendente de Fiscalização Externa

Superintendente de Normas Contábeis e de Auditoria

(1) Destaca-se que, segundo constante em tais contratos, dois investidores teriam confiado ao Sr. Levy Makoto Tanaka a quantia de R\$ 200 mil cada um (fls. 75/79 e 82/86). Quanto ao investidor reclamante (José Soares de Carvalho Neto), este teria confiado a quantia de R\$ 935 mil (fls. 01/09).

(2) Tal prejuízo aproximado de R\$100 mil seria decorrente do não cumprimento de ordem (telefônica) dada ao Sr. Levy Macoto Tanaka para a venda integral das ações de emissão da BM&F detidas pelo investidor e que se encontravam à época em "franco declínio" (vide fls. 366/367).

(3) Trata-se de processo de cobrança judicial de remuneração por serviços prestados de administração de carteira, em ação de indenização movida pelo proponente contra o investidor José Soares de Carvalho Neto.

(4) Segundo a proposta, tal valor ainda é passível de ajuste, haja vista a atualização da parcela de R\$1.673,41 até o pagamento.