

PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

REF.: PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2010/1281

RELATÓRIO

1. Trata-se de nova proposta de Termo de Compromisso apresentada por **Levy Macoto Tanaka**, no âmbito do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2010/1281, após rejeição pelo Colegiado, em reunião de 08.12.09, de proposta apresentada ainda na fase pré-sancionadora do procedimento administrativo (Extrato da Ata às fls. 232/233).

2. Cuida-se de Termo de Acusação instaurado pela Superintendência de Relações com Investidores Institucionais – SIN (às fls. 01/14) em face do ora proponente, por ter atuado como administrador de carteira de valores mobiliários sem a devida autorização da CVM, em infração ao art. 23 da Lei nº 6.385/76^[1] e ao art. 3º da Instrução CVM nº 306/99.^[2]

DOS FATOS:

3. O presente processo surgiu a partir de reclamação de investidor (" **investidor denunciante**") 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 (parágrafos 2º e 3º do Termo de Acusação).

4. Segundo a reclamação e cópia do "Contrato de Prestação de Serviços de Consultoria e Investimentos no Mercado Financeiro – Bovespa" anexada às fls. 19/23 dos autos, ao investidor cabia manter determinada importância junto ao Banco Banif Primus destinada exclusivamente à compra e venda de ações e a Levy Macoto Tanaka a decisão de passar as ordens diretamente à Banif Corretora de Valores e Câmbio S.A. com respaldo em procuração, recebendo como remuneração pelos serviços prestados o equivalente a 10% do lucro obtido, a ser apurado a cada quatro meses (parágrafos 7 a 11 do Termo de Acusação).

5. Ao investigar os fatos, a SIN obteve junto à Banif CVC S.A. uma relação contendo o nome de seis investidores — incluindo o investidor denunciante — que nomearam o proponente como seu procurador, conferindo-lhe "*poderes específicos para negociar, comprar e vender ações*" (Procurações às fls. 48/55). A Banif CVC S.A. informou ainda que o Sr. Levy Macoto Tanaka não recebia da corretora qualquer espécie de remuneração ou rebate de corretagem em razão das operações dos clientes para os quais figurava como procurador. (parágrafos 16 e 17 do Termo de Acusação)

6. Em diligência junto aos investidores identificados, a SIN obteve, entre outros, cópia de mais dois contratos firmados com o Sr. Levy Macoto Tanaka, nos mesmos moldes do "Contrato de Prestação de Serviços de Consultoria e Investimentos no Mercado Financeiro – Bovespa" celebrado com o investidor denunciante. Segundo os contratos, os dois primeiros teriam confiado ao Sr. Levy Macoto Tanaka a quantia de R\$ 200 mil cada um (fls. 63/67 e 70/74) e o investidor denunciante o montante de R\$ 935 mil (fls. 19/23). (parágrafos 18 a 21 do Termo de Acusação)

7. No que diz respeito a prejuízos auferidos pelos investidores em razão da atuação do proponente, a área técnica apurou o que segue: a) o investidor U. P. informou ter tido prejuízo de R\$ 35.857,35, embora entenda que os prejuízos não foram causados de forma intencional e que possuía ciência de que estava investindo em mercado de risco (fls. 206)^[3]; b) o investidor denunciante, por sua vez, contesta a ação indenizatória proposta por Levy Macoto Tanaka (fls. 24/37), alegando que teve, sim, prejuízos de cerca de R\$ 100 mil decorrentes da atuação do acusado (fls. 144/145)^[4]. (parágrafo 35 do Termo de Acusação)

8. 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 investidor reclamante. A área técnica destacou alguns trechos da petição inicial, datada de 14.04.08: (parágrafos 12 e 13 do Termo de Acusação).

*2. Por força de referido ajuste o Autor de comprometeu a prestar ao Réu **serviços de consultoria e investimentos para aplicação de capital** deste último no mercado financeiro de ações junto à Bolsa de Valores de São Paulo.*

3. Para tanto, o Réu disponibilizou ao Autor o capital de R\$ 935.000,00 [...] a fim de que este procedesse à compra e venda de ações em seu nome junto ao mercado financeiro...

*4. Importa notar que, nos termos do parágrafo único da cláusula 2ª do contrato, as partes estipulam que o Autor, diante dos conhecimentos que detém acerca do mercado financeiro, teria **autonomia irrestrita** para adquirir e vender ações em nome do Réu, passando as ordens de compra e venda de ações diretamente à Corretora Banif, ajustando-se, ainda, que **o Réu não poderia interferir no desenvolvimento dos trabalhos**.*

*5. Estipulou-se, ainda, que a **remuneração do Autor pelos serviços de consultoria e investimentos referenciados seria correspondente a 10% (dez por cento) do lucro obtido com o investimento do capital do Réu, cuja apuração se daria ao final de cada quadrimestre de vigência contratual.***

7. Com a celebração do contrato entre as partes, o Autor iniciou os trabalhos para os quais foi contratado, efetuando a compra e venda de ações junto à Bovespa em nome do Réu.

21. Nota-se, de forma clara, pelos fatos acima narrados e pelos documentos que instruem a presente, que a despeito de o Autor ter desenvolvido regularmente as atividades para as quais foi contratado, o Réu até o momento não efetuou o pagamento da remuneração a este devida, e também lhe atribuiu conduta desabonadora ao difamá-lo e injuriá-lo perante a Corretora Banif e, por conseguinte, junto ao mercado financeiro.

*27. É certo que **o Autor desenvolveu regularmente e com toda a diligência necessária o trabalho a si confiado**, e a para de se tratar de uma atividade de risco o investimento em ações, auferiu lucro para o Réu, condição para que exsurgisse o direito à remuneração...*

*44. De outro lado, importa notar que **o Autor encontra-se atuando no mercado financeiro como consultor autônomo há aproximadamente 1 (um ano), período no qual vem se esforçando para se firmar profissionalmente e "fazer seu nome"**. (grifos nossos)*

9. Ao se manifestar previamente a respeito do ocorrido por solicitação da SIN (Ofício CVM/SIN/GIA/nº 1511/09, às fls. 82/85), o Sr. Levy Macoto Tanaka 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. 91/110).

10. Não obstante os argumentos do Sr. Levy Macoto Tanaka, a área técnica concluiu que restaria 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. Vale dizer, 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. (parágrafos 16, 49 a 59 do Termo de Acusação)

Da Proposta apresentada na fase pré-sancionadora (PA RJ2009/5865)

11. Ocorre que, previamente à elaboração de Termo de Acusação pela SIN, o Sr. Levy Macoto Tanaka — por entender que sua atuação não teria causado qualquer prejuízo aos investidores e que, portanto, não haveria prejuízos a serem indenizados — apresentou proposta de Termo de Compromisso em que se dispunha 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.

12. Na ocasião, a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM (PFE/CVM), ao apreciar os aspectos legais da proposta de Termo de Compromisso, concluiu pelo não atendimento ao 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)

13. Em 21.10.09, o Comitê decidiu negociar as condições da proposta original, manifestando-se no sentido de que deveria haver cláusula de indenização no montante de R\$ 135.857,35 aos investidores prejudicados, valor sobre o qual deveria incidir correção pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) desde a data das operações até o pagamento aos beneficiários. A negociação contemplou ainda pagamento à CVM no total de 20% do valor indenizado aos investidores.

14. O proponente, por sua vez, apresentou nova proposta no valor de R\$ 16.673,41, após argumentar que não causou prejuízo algum ao investidor denunciante. Informou estar em litígio judicial de cobrança em face do mesmo, alegando em juízo que de sua atuação resultou lucro de R\$ 71.232,98. Em relação ao outro investidor, argumenta que o próprio se manifestara a favor do proponente, entendendo que os prejuízos sofridos não foram causados de forma intencional e que tinha ciência de que estava entrando em um mercado de risco.

15. Em reunião de 08.12.09, o Colegiado rejeitou a proposta do Sr. Levy Macoto Tanaka, acompanhando o exposto no parecer do Comitê, que concluiu à época pela ausência de elementos mínimos que lhe permitissem uma análise da proposta 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. O Comitê destacou que, não obstante o entendimento por ele manifestado por ocasião da fase de negociação da proposta, cumpriria observar 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"*(5). (Parecer às fls. 223/230)

DA NOVA PROPOSTA DE TERMO DE COMPROMISSO:

16. Intimado a apresentar sua defesa após a formalização do Termo de Acusação, o Sr. Levy Macoto Tanaka apresentou sua defesa (às fls. 253/270) juntamente com nova proposta de celebração de Termo de Compromisso. Em realidade, trata-se de um pedido de reconsideração, uma vez que voltou a apresentar proposta de pagamento à CVM no montante de R\$16.673,41, correspondentes a: a) R\$ 15.000,00 para desestímulo de práticas incompatíveis com os ditamos da instituição e b) R\$ 1.673,41 referentes ao valor atualizado da taxa trimestral de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários instituída pela Lei 7.940/89 (Tabela 'B' – pessoa natural), relativo ao período em que o proponente atuou como procurador dos "amigos-investidores".

17. Dentre os argumentos próprios de defesa, não cabíveis nessa fase, é digno de registro um fato novo apresentado pelo proponente. Em 29.12.09, foi proferida sentença na ação indenizatória movida pelo proponente em face do investidor denunciante(6), com decisão favorável ao proponente. Destacamos alguns trechos:

"(...)

Decido. A ação é procedente. As partes firmaram contrato de prestação de serviços de consultoria e investimento no mercado financeiro.

(...)

Comprovou o autor os lucros obtidos pelo requerido no primeiro quadrimestre e nos dois meses que o sucederam, justificando o valor pretendido, demonstrando a valorização das ações adquiridas entre o momento da compra e o momento de realização dos lucros ou prejuízos (fim do primeiro quadrimestre e fim do segundo quadrimestre, ainda que o contrato tenha sido rescindido antecipadamente, eis que esse era o momento da apuração dos resultados), de forma que é devido o valor exigido pelo autor.

(...)

*Também é procedente a pretensão do autor ao recebimento de indenização por danos morais (...). E a conduta [do investidor denunciante] de encaminhar o e-mail a terceiras pessoas produziu sem dúvida **abalo na imagem profissional do autor**.*

(...)

Ante o exposto, julgo procedente o pedido do autor para condenar o requerido ao pagamento da comissão requerida, no valor de 10% sobre o valor do lucro do requerido (R\$ 8.119,42), corrigido a partir do encerramento do primeiro quadrimestre; ao pagamento de multa em valor equivalente a 1% do valor do capital investido (R\$ 9.350,00) corrigido a partir da rescisão contratual; ao pagamento de indenização por danos morais que fixo em R\$ 18.600,00, corrigido a partir da sentença.

18. 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 nova proposta de Termo de Compromisso, tendo reiterado o entendimento manifestado quando da análise da primeira proposta: 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. Na opinião da PFE, o valor a ser proposto deveria

refletir, no mínimo, o valor dos prejuízos causados, devidamente atualizados, a ser direcionado aos investidores lesados. (MEMO/PFE-CVM/GJU-1/Nº 179/10 e respectivos despachos às fls. 278/282)

FUNDAMENTOS

19. 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.

20. 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.

21. 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.

22. Em primeiro lugar, convém esclarecer que se trata de proposta similar àquela apresentada na fase pré-sancionadora do processo. No entendimento do Comitê, a principal motivação do proponente para apresentar a nova proposta foi a sentença judicial no âmbito do processo 068.01.2008.019659-8, proferida pela juíza de direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Barueri. Uma vez que o principal argumento para se rejeitar a proposta anterior foi justamente a incerteza sobre a existência ou não de danos a serem ressarcidos, compreende-se a intenção do proponente em afastar essa incerteza com uma decisão judicial favorável a ele.

23. Inobstante o fato novo apresentado pelo proponente, a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM (PFE/CVM), em seu memorando nº 179/10 e respectivo despacho, apresenta algumas considerações: a) não se trata de uma decisão judicial transitada em julgado. Registre-se que no próprio sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é possível verificar que, em 23.03.10, o investidor denunciante protocolou recurso; b) há que se fazer a separação entre o alcance jurídico de uma decisão exarada no âmbito de um processo administrativo sancionador processado na CVM, daquela prolatada em processo judicial, que, no caso em comento, sequer trata do mesmo objeto ou causa de pedir; c) é notória a impossibilidade de invasão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. A PFE/CVM conclui que não restou atendido, em sua totalidade, o inciso II do § 5º, art. 11, da Lei nº 6.385/76. Haveria, em tese e a princípio, embora não delimitados com exatidão, supostos prejuízos individualizados e imputados ao proponente.

24. O Comitê entende que, em relação aos prejuízos sofridos pelo investidor U. P., não há a obrigação de indenizar, vez que o próprio investidor declara nos autos não se sentir prejudicado e abre mão de ressarcimento. Já em relação ao investidor-denunciante, o Comitê segue a manifestação da PFE/CVM. Registre-se que, ainda que fosse superada a questão da indenização, a proposta apresentada pelo Sr. Levy Tanaka não se afiguraria conveniente nem oportuna, vez que não representa valor que desestimule a prática da conduta. Com efeito, vale mencionar a postura do Colegiado da CVM, que, ao julgar processos recentes cuja acusação versa sobre administração de carteira sem registro na autarquia, tem aplicado penalidades de multa que variam de R\$ 50 mil a R\$ 200 mil^[7].

CONCLUSÃO

25. 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, 19 de maio de 2010

Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Elizabeth Lopez Rios Machado

Superintendente Geral

Superintendente de Relações com Empresas

Roberto Sobral Pinto Ribeiro

José Orlando Gonçalves da Silva

Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários
– em exercício

Gerente de Processos Sancionadores 1

Mário Luiz Lemos

Antonio Carlos de Santana

Superintendente de Fiscalização Externa

Superintendente de Normas Contábeis e de Auditoria

^[1] Art. 23 – O exercício profissional da administração de carteiras de valores mobiliários de outras pessoas está sujeito à autorização prévia da comissão. § 1º - O disposto neste artigo se aplica à gestão profissional de recursos ou valores mobiliários entregues ao administrador, com autorização para que este compre ou venda valores mobiliários por conta do comitente.

^[2] Art. 3º - A administração profissional de carteira de valores mobiliários só pode ser exercida por pessoa natural ou jurídica autorizada pela CVM.

^[3] Registre-se que tal investidor apresentou posteriormente nova declaração, em que dispõe expressamente o entendimento de que o Sr. Levy Macoto Tanaka, a seu ver, não teria obrigação de pagamento de qualquer indenização a sua pessoa, de sorte que requer a revisão do posicionamento da CVM nesse sentido. (fls. 222)

^[4] 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".

^[5] Duas questões relativas a indenização permaneceram em aberto, sem uma conclusão pela área técnica: a) um investidor alegara ter sofrido prejuízo

no valor de R\$ 35 mil, mas não creditava esse prejuízo à atuação do proponente; b) havia uma discussão, inclusive na esfera judicial, sobre supostos prejuízos causados ao investidor denunciante: enquanto este alegara prejuízos de cerca de R\$ 100 mil, o proponente declarara ter-lhe proporcionado ganhos de mais de R\$ 70 mil.

[\[6\]](#) Processo Nº 068.01.2008.019659-8, tramitado na 5ª Vara Cível da Comarca de Barueri. Texto integral da sentença às fls. 272/273.

[\[7\]](#) PAS SP2007/114. Julgado em 23.09.2008. Aplicada multa de R\$ 200 mil à Silva Braga Participações Ltda.

PAS RJ2008/10181. Julgado em 31.03.2009. Aplicada multa de R\$ 50 mil a Gerson Silveira Rohenkohl.

PAS RJ2008/10874. Julgado em 28.04.2009. Aplicada multa de R\$ 150 mil a Marco Aurélio Carvalho Cortes.

PAS 18/06. Julgado em 15.12.2009. Aplicada multa de R\$ 100 mil a André Luiz Garcia Barbosa.

PAS RJ2009/3823. Julgado em 15.12.09. Aplicadas multas de R\$ 50 mil à Anco Administração de Bens e Valores Ltda e de R\$ 100 mil a Argemiro Simões Neuber.