

PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

PROCESSO ADMINISTRATIVO CVM Nº RJ 2009/5744

RELATÓRIO

1. Trata-se de proposta de Termo de Compromisso (fls. 160/162) encaminhada pela **Fator S/A Corretora de Valores**, previamente à instauração de Processo Administrativo Sancionador, nos termos do § 3º do art. 7º da Deliberação CVM nº 390/01, objeto da Análise/CVM/SMI/GMN/005/2010 (fls. 192/200).

2. O presente processo surgiu a partir de solicitação de investidor, primeiramente, a respeito da situação de funcionário da corretora que o atendia na filial de Belo Horizonte-MG e, depois, da situação de agente autônomo que executava suas ordens, apesar de não manter contato com ele. (parágrafos 1º e 5º da Análise)

3. Com o objetivo de melhor elucidar os fatos, foram solicitadas informações ao investidor que esclareceu o seguinte: (parágrafos 7º e 8º da Análise)

a) ele e sua esposa conversavam e transmitiam ordens somente ao funcionário, que agia supostamente como operador de mesa;

b) o funcionário começou a fazer operações de altíssimo risco não autorizadas por ele nem por sua esposa a partir de 31.10.08 e 19.11.08, respectivamente;

c) o resultado dessas operações foi a perda total do capital investido;

d) de posse de cópia das ordens, todas do tipo "administrada", tomou conhecimento de que as operações eram executadas pelo agente autônomo que não teria vínculo com nenhuma corretora.

4. A Fator Corretora também foi solicitada a se manifestar a respeito, tendo esclarecido que (i) o relacionamento dos clientes é realizado pela instituição e não com cada funcionário; (ii) como mera intermediária, não interfere na decisão de investimento de clientes e analisa apenas se as ordens estão de acordo com o perfil do investidor; e (iii) são encaminhados aos clientes extratos mensais, notas de corretagem, bem como avisos de negociação de ações e informe de rendimentos. Manifestou, ainda, na oportunidade, interesse em celebrar Termo de Compromisso. (parágrafos 9º e 10 da Análise)

5. Posteriormente, a corretora encaminhou proposta de Termo de Compromisso em que se obriga a pagar aos clientes (investidor reclamante e sua esposa) o valor de **R\$ 38.000,00**, deduzido o débito existente na conta corrente de um deles de R\$ 3.764,86, perfazendo o valor líquido de R\$ 34.235,14, bem como colocou-se à disposição da CVM para alterar ou complementar a referida proposta. (parágrafo 11 da Análise)

6. Ao analisar os fatos, a SMI, com base nos documentos constantes dos autos, concluiu que o funcionário da Fator teria atuado indevidamente como administrador de carteira de valores mobiliários, uma vez que não possuía a autorização da CVM, enquanto que o agente autônomo, embora mantivesse contrato com a corretora no período de 28.12.07 a 01.07.09 em que as ordens foram executadas, deveria ser responsabilizado pela execução de ordens sem a devida autorização dos clientes. (parágrafos 13/18 da Análise)

7. A Fator Corretora, por sua vez, poderia ser responsabilizada por supostas infrações cometidas pelo agente autônomo, previstas no art. 17, §§ 1º e 2º, da Instrução CVM nº 434/06, que dispõem: (parágrafo 19 da Análise)

"Art. 17. O agente autônomo de investimento é responsável, civil e administrativamente, no exercício de suas atividades, pelos prejuízos resultantes de seus atos dolosos ou culposos e pelos atos que infringirem normas legais ou regulamentares, sem prejuízo de sua eventual responsabilidade penal.

§ 1º A instituição intermediária é responsável pelos atos praticados pelo agente autônomo na condição de seu preposto.

§ 2º A responsabilidade administrativa da instituição intermediária decorrerá de eventual falta em seu dever de supervisão sobre os atos praticados pelo agente autônomo."

8. A SMI analisou, ainda, as operações realizadas pelos investidores na Bovespa com base nas informações fornecidas pela BM&FBovespa Supervisão de Mercados - BSM, tendo verificado que, de fato, a partir de 31.10.08 os negócios passaram a ser feitos de forma muito frequente em nome do investidor reclamante, com predominância de *day trades* envolvendo diversos papéis no mercado à vista. No período de 31.10.08 a 18.05.09, foi movimentado um total de R\$ 18 milhões, divididos quase que igualmente entre compras e vendas em 1.128 negócios. A área técnica estimou o prejuízo do investidor em **R\$ 31.838,63** (parágrafos 21/24 e 26 da Análise)

9. A SMI verificou, também, que em nome da esposa do investidor reclamante foram realizados 722 negócios no período de 19.11.08 a 18.05.09, a maioria no mercado à vista e com predominância de operações de curto prazo como *day trades*, a exemplo do que ocorrera com o reclamante, tendo sido movimentado um total de aproximadamente R\$ 9,5 milhões, divididos quase que igualmente entre compras e vendas. A área técnica estimou o prejuízo da investidora em **R\$ 18.964,86** (parágrafos 27, 28 e 30 da Análise)

10. Observou-se finalmente que na conta corrente dos investidores foram creditados, a título de " Valor Ref. Conforme Instrumento Particular de Acordo", os valores de R\$ 34.520,42 e R\$ 3.479,58 que perfazem o total de R\$ 38.000,00, o que indica que o acordo proposto entre a corretora e os clientes foi concretizado. (parágrafos 26, 30 e 31 da Análise)

11. Cabe acrescentar que, confirmando esse fato, em 26.03.10 foi protocolado documento assinado pelos investidores que declaram que a Fator cumpriu o que foi acordado e que não teriam mais interesse em prosseguir com qualquer tipo de demanda em relação a ela (fls. 203).

12. 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 manifestado o entendimento de que, embora pareça existir uma inconsistência entre o somatório dos estimados prejuízos e o montante ofertado aos investidores, tal fato não configuraria um óbice, pois a proposta de termo de compromisso teve a anuência dos supostos prejudicados, sendo que o casal não apenas figura como interveniente como também assina a referida proposta. Nesse ponto, ressaltou que:

"...o termo de compromisso é vocacionado para a solução consensual de questões administrativas. Trata-se de um acordo administrativo firmado pela CVM e o suposto investigado/acusado que, como regra, mesmo na hipótese de prejuízos individualizados, não possui o condão de afastar eventual pretensão de terceiros, relativamente aos prejuízos relacionados ao caso. Deste modo, é recomendável que se analise a conveniência dos interessados figurarem como intervenientes no termo de compromisso, assim como sobre o conteúdo do § 2º da cláusula 1ª da proposta apresentada." ["11](#)

13. A PFE/CVM concluiu, portanto, pela inexistência de óbice, cabendo contudo ao Comitê negociar as condições que lhe pareçam mais adequadas e analisar a oportunidade e a conveniência de sua celebração, bem como a conveniência de os investidores figurarem como intervenientes. (MEMO/PFE-CVM/GJU-1/Nº 118/2010 e respectivos despachos às fls. 204/205)

14. Segundo faculta o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, em reunião realizada em 28.04.10 o Comitê decidiu negociar com a proponente as condições da proposta de termo de compromisso que lhe pareçam mais adequadas, nos termos a seguir reproduzidos: (Comunicado às fls. 206/208)

"O Comitê inferiu que a proposta merece ser aperfeiçoada para a melhor solução consensual do processo administrativo, de sorte a contemplar o ressarcimento de todos os prejuízos que teriam sido experimentados pelos investidores, consoante levantamento efetuado pela Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários - SMI, tendo em vista o atendimento ao requisito inserto no inciso II do §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76.

Nesse tocante, vale ressaltar que, a juízo do Comitê, não lhe compete validar os valores objeto do acordo celebrado diretamente entre a corretora e os investidores, tomando-os como líquido e certo para fins do atendimento do requisito legal da indenização dos prejuízos de que trata a Lei nº 6.385/76. Ora, tal procedimento caracterizaria, decerto, uma extrapolação dos estritos limites de competência do Comitê, conforme prescritos pela Deliberação CVM nº 390/01. Em verdade, verifica-se no caso concreto que o valor já pago aos investidores mostra-se desarrazoado face à realidade fática manifestada nos autos, de forma que, para a celebração do Termo de Compromisso, há que se considerar os prejuízos apontados pela área técnica da CVM.

Segundo apurado pela SMI, os investidores (...) teriam sofrido prejuízos no valor de, respectivamente, R\$ 31.838,63 e R\$ 18.964,86, totalizando R\$50.803,49. Vale destacar que tais valores deverão ainda ser atualizados pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) a partir da data das correspondentes operações até a data de seu pagamento aos investidores, em consonância com os precedentes de Termo de Compromisso em que há a obrigação de indenização de prejuízos individualizados. No caso concreto, após dita atualização, poderá a proponente descontar o montante efetivamente pago aos proponentes, no valor de R\$ 34.235,14.

Observa-se ainda 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, pressupondo-se que a corretora já dispõe das informações necessárias para a efetivação do pagamento aos investidores (...).

Ademais, considerando notadamente orientação do Colegiado no sentido de que as propostas de Termo de Compromisso devem contemplar montante suficiente para fins de inibir a prática de condutas assemelhadas, coibindo ocorrências futuras, tendo em vista seu caráter exemplar, o Comitê sugere a assunção de obrigação adicional pela proponente no valor de R\$ 50.000,00 em favor da CVM, a serem destinados ao mercado de valores mobiliários como um todo, por intermédio de seu órgão regulador, ao qual incumbe, dentre outros, assegurar o funcionamento eficiente e regular desse mercado. Também aqui se deve observar o prazo de 10 (dez) dias, a contar da publicação do Termo de Compromisso no Diário Oficial da União.

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 nos 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."

15. Em 14.05.10, a proponente apresentou nova proposta em que assume o compromisso de pagar à CVM a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) "pelos custos incorridos por essa comissão com a instauração e subseqüentes procedimentos do presente Processo Administrativo." Quanto à contraproposta do Comitê referente à indenização dos investidores que teriam sido lesados, a proponente arguiu, em suma, que a requisição de "aditamento ao acordo firmado entre os investidores e esta corretora atinge diretamente os princípios básicos do direito contratual, ferindo explicitamente a autonomia de vontade das partes para contratar, bem como a intangibilidade do contrato, sem excluir ao dever de respeito aos princípios do direito administrativo que devem ser observados para que a administração pública, em nenhuma hipótese, aja com excesso de poder." No que toca à sugestão de obrigação pecuniária em favor da CVM no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para fins do desestímulo a prática de condutas assemelhadas, a proponente entende "um tanto despropositado, visto que não há qualquer constatação de conduta irregular realizada por esta instituição" e invoca o acordo já celebrado com os investidores para demonstrar que o pagamento à CVM, conforme sugerido, seria desarrazoado. (fls. 209/215)

FUNDAMENTOS

16. 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.

17. 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.

18. 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.

19. 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, 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).

20. Em que pesem os esforços despendidos com a abertura de negociação junto a proponente, não houve adesão à contraproposta sugerida. A proponente argumenta que a requisição de aditar a indenização feita parcialmente a investidores constitui infração a princípios básicos de direito

contratual e que pode ser interpretado como um excesso de poder por parte da Administração Pública. O Comitê entende que sugerir um ajuste numa proposta de acordo não configura ofensa a nenhum princípio de direito. Abrir negociação representa apenas que, ao avaliar o caso concreto sob a discricionariedade que lhe é atribuída, o Comitê entende que a proposta conforme apresentada originalmente não está apta a ser aprovada pelo Colegiado. O Comitê atua pela aprovação da proposta e não em sentido contrário.

21. Adicionalmente, há que se considerar que, no caso concreto, não há nos autos notícia de que os investidores lesados tenham tomado ciência do levantamento efetuado pela área técnica desta CVM — que aponta valor significativamente superior ao efetivamente ressarcido pela proponente^[2] — previamente à celebração do acordo junto à corretora, o que, s.m.j., poderia de alguma forma influenciar a tomada de decisão por parte dos mesmos.

22. No entendimento do Comitê, não há nas alegações da proponente nenhum fato que justifique a celebração de Termo de Compromisso pelo valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o qual se afigura flagrantemente insuficiente para desestimular a prática de condutas semelhantes.

23. Finalizando, cumpre informar que o Comitê entendeu que, diante das características do caso concreto, que ainda se encontra na fase pré-sancionadora, não seria conveniente a análise da proposta em processo apartado, nos termos sugeridos pela Procuradoria em seu parecer.

CONCLUSÃO

24. 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 **Fator S.A Corretora de Valores**.

Rio de Janeiro, 19 de maio de 2010.

Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Superintendente Geral

Elizabeth Lopez Rios Machado

Mário Luiz Lemos

Superintendente de Relações com Empresas

Superintendente de Fiscalização Externa

Antonio Carlos de Santana

José Orlando Gonçalves da Silva

Superintendente de Normas Contábeis e de Auditoria

Gerente de Processos Sancionadores 1

^[1] Tal cláusula dispõe sobre a concessão, pela proponente, de quitação do débito existente na conta corrente da esposa do investidor reclamante, no valor de R\$ 3.764,86.

^[2] O valor ressarcido pela proponente corresponde a R\$34.235,14 e o prejuízo total apontado pela SMI é de R\$50.803,40.