

## PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

### PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ 2010/15685

#### RELATÓRIO

1. Trata-se de proposta de Termo de Compromisso apresentada em conjunto por **Prosper S/A Corretora de Valores e Câmbio**, **Marcelo Vieira da Silva de Oliveira Costa** e **Armenio dos Santos Gaspar Neto**, seus diretores responsáveis pela administração de carteira de valores mobiliários, nos autos do Termo de Acusação (fls. 01/10) instaurado pela Superintendência de Relações com Investidores Institucionais – SIN.

2. Em trabalho de rotina de supervisão de fundos de investimentos, verificou-se que o regulamento do PLIM – Fundo de Investimento em Ações (PLIM FIA), fundo classificado como "ações" destinado ao público em geral e administrado pela Prosper<sup>11</sup>, previa a remuneração do gestor sob a forma de taxa de performance. (parágrafos 1º e 2º do Termo de Acusação)

3. A cobrança dessa taxa foi instituída em assembleia geral realizada em 27.07.07, com vigência no dia 31.08.07, e, de acordo com o parágrafo 5º do art. 15 do regulamento, o pagamento à gestora seria "equivalente a 20% (vinte por cento) da valorização da cota do FUNDO que exceder a 100% (cem por cento) do CDI – Certificado de Depósito Interbancário". (parágrafos 3º, 4º e 6º do Termo de Acusação)

4. A Instrução CVM nº 409/04, em seu art. 62, § 1º, inciso I <sup>21</sup>, admite a cobrança de taxa de performance, desde que vinculada a um parâmetro de referência compatível com a política de investimento do fundo e com os títulos que compõem a carteira, com exceção apenas dos fundos destinados exclusivamente a investidores qualificados. (parágrafos 7º e 8º do Termo de Acusação)

5. No caso, verificou-se que a taxa de performance vinculada à variação do CDI era incompatível com a política de investimento e com os ativos que compunham a carteira do PLIM FIA, uma vez que se tratava de fundo classificado como "ações" e não se destinava a investidores qualificados. (parágrafo 12 do Termo de Acusação)

6. De acordo com os balancetes dos meses de setembro de 2007, 2008, 2009 e de março de 2010, as despesas com a taxa de performance importaram no valor de R\$ 760.468,89. (parágrafo 13 do Termo de Acusação)

7. Questionados a respeito do assunto, a Prosper e seus diretores alegaram o seguinte: (parágrafos 16 a 20 do Termo de Acusação)

a) o fundo foi constituído em caráter familiar, existindo entre os cotistas certo grau de parentesco ou de amizade;

b) embora o regulamento disponha que o fundo se destina ao público em geral, trata-se de fundo fechado, destinado a um grupo determinado de pessoas;

c) a taxa de performance foi instituída a pedido dos próprios cotistas e aprovada pela maioria absoluta;

d) o fundo só não foi transformado em exclusivo para investidores qualificados por mera desatenção, já que era perfeitamente possível em razão das características dos investidores;

e) todos os cotistas que estavam presentes na assembleia que aprovou a instituição da taxa de performance do Fundo assinaram "Declaração de Concordância com a Cobrança de Taxa de Performance", em que reafirmam ter participado e votado favoravelmente à deliberação que instituiu o CDI como parâmetro para cobrança de taxa de performance do Fundo, além de não se oporem à referida cobrança;

f) outros investidores que haviam sido ou que ainda eram cotistas assinaram declaração concordando com a cobrança da taxa de performance, só não sendo possível obter a declaração de todos eles em razão de viagem, doença ou em virtude de não residirem no Rio de Janeiro;

g) tendo em vista que a taxa com base no CDI foi solicitada e aprovada pelos próprios investidores, não teria havido lesão a seus interesses e patrimônios, bem como não teria sido ofendida a finalidade da norma;

h) a situação foi regularizada passando a taxa de performance a partir de 18.08.10 a ser calculada sobre o índice IBOVESPA;

i) não houve assim qualquer dano aos cotistas.

8. Ao analisar os fatos, a SIN concluiu o seguinte: (parágrafos 23 a 37 do Termo de Acusação)

a) não se pode afirmar que a adoção do CDI como parâmetro para o cálculo da taxa de performance não tenha prejudicado os cotistas do PLIM FIA, diante dos débitos no valor de R\$ 760.468,89 lançados na rubrica "Despesas de Taxas de Desempenho/Performance do Fundo";

b) os maiores valores provisionados ocorreram nos meses de setembro a dezembro de 2007, logo após a instituição da cobrança, e especialmente nesse período as despesas certamente seriam menores, caso a administradora tivesse utilizado um parâmetro de acordo com a Instrução;

c) não foram apresentados pelos acusados quaisquer elementos que pudessem evidenciar que à época da alteração do regulamento todos os cotistas eram investidores qualificados;

d) o fato de a taxa de performance ter sido aprovada por unanimidade dos cotistas presentes à assembleia e de terem sido apresentadas declarações de que tomaram ciência da utilização do CDI como parâmetro e que não se opõem ou se opuseram à sua cobrança não a torna regular;

e) cabia à administradora do fundo atuar com diligência e esclarecer aos cotistas da existência de impedimento na regulamentação da CVM para a criação da taxa de performance com base no CDI para um fundo de ações, mesmo que a iniciativa de criá-la tenha partido dos próprios cotistas;

f) fica clara a responsabilidade da Prosper e de seus diretores pela não observância da regra prevista na Instrução CVM nº 409/04 no período de setembro de 2007 a julho de 2010 em que houve a cobrança irregular da taxa, já que em 18.08.10 o parâmetro foi alterado para o IBOVESPA, este sim um índice compatível com a política de investimento do fundo.

9. Ante o exposto, a SIN propôs a responsabilização da **Prosper S/A Corretora de Valores e Câmbio** e de seus diretores responsáveis pela administração de carteira de valores mobiliários **Marcelo Vieira da Silva de Oliveira Costa** (até 02.04.09) e **Armenio dos Santos Gaspar Neto** (a partir de 02.04.09), por infração ao disposto no art. 62, § 1º, inciso I, da Instrução CVM nº 409/04. (parágrafo 38 do Termo de Acusação)

10. Devidamente intimados, os acusados apresentaram suas razões de defesa, bem como proposta de celebração de Termo de Compromisso (fls. 264/269).

11. Alegam os proponentes que o parâmetro para a cobrança da taxa de performance do PLIM FIA foi alterado prontamente para o IBOVESPA em atendimento a solicitação da CVM e que os cotistas que aprovaram a instituição da taxa com base no CDI tinham ciência de tal utilização e não se opunham à sua cobrança. Além disso, alegam que nenhum cotista se sentiu prejudicado com a inclusão de taxa de performance utilizando o CDI como parâmetro de cobrança e que não obtiveram qualquer vantagem econômica já que a taxa se destinava à gestora do fundo. Assim, propõem pagar à CVM o valor individual de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), perfazendo o montante de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais).

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 concluído pela existência, a princípio, de impedimento à realização do pretendido acordo administrativo, uma vez que não foi apresentada qualquer proposta de indenização ao fundo. Afirma, ainda, que previamente à análise pelo Comitê seria conveniente que a SIN se manifestasse quanto à ocorrência efetiva de prejuízos ao fundo e quantificá-los se for o caso. (MEMO/PFE-CVM/GJU-1/Nº 135/2011 e respectivos despachos às fls. 271/275)

13. A esse respeito, a pedido do Comitê de Termo de Compromisso, os proponentes apresentaram memória de cálculo referente à taxa de performance paga pelo PLIM FIA no período analisado, comparativamente à taxa que seria devida caso adotado o Ibovespa como parâmetro para a cobrança (fls. 276/297). Destaca-se que, conforme solicitado pelo Comitê, tais cálculos foram objeto de conferência pela SIN (fls. 276).

14. Segundo faculta o §4º do art. 8º da Deliberação CVM nº 390/01, em reunião realizada em 30.06.11, o Comitê decidiu negociar com os proponentes as condições da proposta de termo de compromisso que lhes pareciam mais adequadas, nos termos a seguir reproduzidos: (Comunicado de negociação às fls. 298/300)

*"Inicialmente, esclarece-se que, uma vez identificada nos autos a ocorrência de danos individualizados passíveis de ressarcimento, a aceitação da proposta de Termo de Compromisso fica condicionada à assunção de compromisso de indenização àqueles que suportaram tais prejuízos, nos termos do inciso II do §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76. Nesse sentido manifestou-se a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM (PFE/CVM), ao concluir que os valores ora ofertados não seriam aptos a atender o referido comando legal, porquanto não reparam o prejuízo causado aos cotistas do PLIM – Fundo de Investimento em Ações. Ressaltou a Procuradoria o disposto nos parágrafos 23 e 25 do Termo de Acusação, no sentido de que as despesas dos cotistas do fundo com o pagamento da taxa de performance seria menor caso a administradora utilizasse em seu cálculo um parâmetro que estivesse de acordo com o previsto na Instrução CVM nº 409/04.*

*A esse respeito, a pedido deste Comitê de Termo de Compromisso, os proponentes apresentaram memória de cálculo referente à taxa de performance paga pelo fundo no período analisado, comparativamente à taxa que seria devida caso adotado o Ibovespa como parâmetro para a cobrança.*

*Com base, portanto, na realidade fática manifestada nos autos e considerando ainda os cálculos apresentados pelos proponentes (e revisados pela área técnica), o Comitê concluiu pela necessidade do aprimoramento da proposta apresentada, para fins do atendimento ao requisito inserto no inciso II do §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76. Deste modo, o Comitê sugere aos proponentes a assunção de **obrigação de indenização aos cotistas do Fundo**, correspondente à diferença entre o valor efetivamente pago a título de taxa de performance (valor total de R\$737.336,56) e aquele devido caso adotado o Ibovespa como parâmetro para a cobrança da mesma taxa (valor total de R\$324.147,31). Em linha com os precedentes de Termo de Compromisso que dispõem sobre o ressarcimento a investidores, tais valores deverão ainda ser corrigidos pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) a partir das respectivas datas de cobrança (que ocorriam semestralmente) até a data de seu efetivo pagamento aos cotistas do Fundo.*

*Além disso, o Comitê infere que a proposta deve conter **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.*

*Por fim, vale lembrar que, de acordo com entendimento consubstanciado pela PFE/CVM, 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. Ademais, agir diferentemente caracterizaria, decerto, uma extrapolação dos estritos limites da competência deste Comitê.*

*Isto posto, o Comitê assinala o prazo de 10 (dez) dias úteis para que os proponentes apresentem suas considerações e, conforme o caso, aditem a proposta apresentada. No mais, o Comitê encontra-se à disposição para o agendamento de reunião de negociação, caso seja ainda do interesse dos proponentes."*

15. Consoante requerido junto ao Comitê, este se reuniu em 10.07.11 com os proponentes, tendo em vista a negociação da proposta de Termo de Compromisso apresentada (Ata às fls. 305/307). Na ocasião, os proponentes argüíram, entre outros, que o PLIM FIA, embora constituído sob a forma de fundo aberto, seria essencialmente fechado, visto que composto por um grupo de cotistas com vínculos de parentesco e de amizade. Questionaram sobre a possibilidade de se excepcionalizar a obrigatoriedade de indenização aos cotistas, argumentando que os mesmos não se sentem lesados e que a inclusão da cobrança da taxa de performance — utilizando como parâmetro o CDI — foi matéria aprovada por unanimidade dos cotistas presentes em assembleia realizada em 27.07.07. Em razão da ausência de reclamações e da inexistência de um sentimento de prejuízo por parte dos cotistas, a proposta inicial constituiu-se em obrigação de pagamento à autarquia.

16. Após expor os limites de sua atuação, o Comitê, diante das alegações dos proponentes, esclareceu sobre a possibilidade de apresentação de declarações individuais, nas quais os cotistas expressamente renunciariam à eventual indenização que lhes seria devida em razão do pagamento da taxa de performance indexada ao CDI. O Comitê elucidou ainda que o não ressarcimento aos cotistas, nos termos acima, não eximiria os proponentes de apresentarem uma proposta direcionada a reparar os danos causados à confiabilidade e higidez do mercado de valores mobiliários, mitigando os efeitos indesejáveis da violação às normas que o regulam.

17. Findo o prazo concedido pelo Comitê aos proponentes, estes apresentaram aditamento à sua proposta, com a anexação de declarações de renúncia dos cotistas do PLIM FIA, nos termos negociados junto ao Comitê. Segundo apresentado, os valores objeto de renúncia pelos cotistas montam R\$501.808,93 (aproximado), observando-se que apenas um cotista (do total de 22) não integrou a lista em razão de falecimento<sup>[3]</sup>. No entender dos proponentes, diante das renúncias apresentadas, não há que se falar acerca de indenização a eles devida, de sorte que os proponentes assumem obrigação pecuniária em favor da CVM no valor individual de R\$30.000,00, totalizando R\$90.000,00. (fls. 310/334)

18. Em reunião realizada em 28.09.11, o Comitê decidiu negociar com os proponentes as condições da nova proposta de termo de compromisso, nos moldes do Comunicado às fls. 336 e 337. No entender do Comitê, a proposta merecia ainda ser aperfeiçoada, tendo em vista a aparente possibilidade de indenização dos herdeiros do cotista falecido, em cumprimento ao requisito de que trata o art. 11, §5º, inciso II da Lei nº 6.385/76. Destacou-se que, alternativamente, os proponentes poderiam apresentar declaração de renúncia dos herdeiros, a exemplo do adotado com relação aos demais cotistas do fundo. Ao Comitê, primeiramente há que se esgotar todas as possíveis tentativas para fins do pleno atendimento ao requisito do ressarcimento dos

prejuízos potencialmente gerados pela conduta tida por irregular pela autarquia, escopo maior do instituto do Termo de Compromisso. Especificamente quanto à obrigação pecuniária em favor da CVM, o Comitê depreendeu que, a exemplo de precedentes em casos com características essenciais similares, o valor deveria corresponder a 20% do montante (atualizado) a que os cotistas fariam jus, incluindo neste montante o crédito referente ao cotista falecido.

19. Em 19.10.11, os representantes dos proponentes protocolaram petição (às fls. 339/346) apresentando a declaração de renúncia da herdeira e inventariante do espólio do cotista falecido, bem como majorando a proposta de pagamento à CVM para a quantia individual de R\$ 35.582,55 (trinta e cinco mil, quinhentos e oitenta e dois reais e cinquenta e cinco centavos), totalizando o montante de R\$ 106.747,60 (cento e seis mil, setecentos e quarenta e sete reais e sessenta centavos). Esses valores correspondem a 20% (vinte por cento) do montante atualizado a que os cotistas fariam jus, incluindo nesse cálculo o crédito referente ao cotista falecido.

#### FUNDAMENTOS

20. 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.

21. 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.

22. 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.

23. 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).

24. No presente caso, os proponentes aditaram seu compromisso em linha com o sugerido pelo Comitê, comprometendo-se a pagar à CVM quantia correspondente a 20% do montante atualizado a que os cotistas do PLIM – Fundo de Investimento em Ações fariam jus. No que diz respeito à obrigação legal de ressarcimento de prejuízos para fins de celebração de um acordo com a CVM, o Comitê, em linha com posicionamento técnico e específico da PFE/CVM (que inclusive é um dos seus integrantes), adota o entendimento de que a indenização de que trata o inciso II do § 5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76 é disponível, tal como ocorre no âmbito do tratamento geral do tema pelo próprio Direito Civil. Uma vez que os beneficiários da indenização apresentaram manifestações expressas – e especificadas em valores – renunciando ao direito que lhes caberia nesta via administrativa, o Comitê depreende estar superada essa questão.

25. Em razão de todo o exposto, o Comitê entende que a aceitação da proposta se revela conveniente e oportuna e sugere a fixação do prazo de 10 (dez) dias, contados da data de publicação do Termo no Diário Oficial da União, para o cumprimento da obrigação pecuniária assumida, bem como a designação da Superintendência Administrativo-Financeira – SAD para o respectivo atesto.

#### CONCLUSÃO

26. Em face do acima exposto, o Comitê de Termo de Compromisso propõe ao Colegiado da CVM a **aceitação** da proposta de Termo de Compromisso apresentada em conjunto por **Prosper S/A Corretora de Valores e Câmbio, Marcelo Vieira da Silva de Oliveira Costa e Armenio dos Santos Gaspar Neto**.

Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2011

Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Mário Luiz Lemos

Superintendente Geral

Superintendente de Fiscalização Externa

Fernando Soares Vieira

Waldir de Jesus Nobre

Superintendente de Relações com empresas

Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários

Pablo Waldemar Renteria

Superintendente de Processos Sancionadores

Paulo Roberto Gonçalves Ferreira

Gerente de Normas Contábeis

[1] Em 26.10.10, o fundo possuía 16 cotistas e um patrimônio líquido de aproximadamente R\$4,5 milhões.

[2] Art. 62. O regulamento poderá estabelecer a cobrança da taxa de performance, ressalvada a vedação de que tratam os arts. 93, 94 e 95. § 1º A cobrança da taxa de performance deve atender aos seguintes critérios:

I – vinculação a um parâmetro de referência compatível com a política de investimento do fundo e com os títulos que efetivamente a compoñham;

[3] Segundo informado pelos proponentes, o cotista falecido faria jus ao crédito de aproximadamente R\$31.929,05 (fls. 335).