

Processo Administrativo CVM nº RJ-2013-1771

Reg. Col. nº 8886/2013

Interessados: Elder Maurício Silva

XP Investimentos CCTVM S.A.

Assunto: Recurso em Processo de Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos

Diretor-Relator: Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Relatório

I – DO OBJETO

1. Trata-se de recurso apresentado por Elder Maurício Silva ("**Reclamante**"), com fulcro no art. 82, parágrafo único, da Instrução CVM nº 461/2007, contra decisão da BM&FBovespa Supervisão de Mercados ("**BSM**"), que indeferiu o seu pedido de ressarcimento no âmbito do Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos ("**MRP**"), por prejuízos decorrentes de suposta imprecisão nas informações prestadas pela XP Investimentos CCTVM S.A. ("**Reclamada**").

II- DA RECLAMAÇÃO

2. Preliminarmente, afirma o Reclamante que solicitou à Reclamada as gravações de todos os diálogos mantidos entre os dias 30 de junho e 06 de julho de 2010, mas foram disponibilizados apenas dois, realizados por telefone, e foram omitidas todas as gravações que comprovariam as desastrosas informações prestadas pela Reclamada e que culminaram na perda de mais de R\$ 100.000,00 (fls. 5/61).

3. O Reclamante declara que opera no mercado desde o ano de 2005, verificou que haveria subscrição de ações de emissão da Manguinhos (RPMG3), e decidiu investir a quantia de R\$ 100.000,00 nesse papel, mas tinha as seguintes dúvidas em relação à operação a ser realizada:

- a) se era possível ficar vendido em ações?;
- b) se vendesse as ações RPMG3, como seria o encerramento da posição?, e
- c) se seria preciso recomprar apenas as ações?

4. Para esclarecer suas dúvidas, em 30.06.10, entrou em contato com a Reclamada e manteve com o operador Carlos o seguinte diálogo:

"Elder Silva: Posso operar vendido em ações?"

Carlos XP: Sim, você pode operar vendido.

Elder Silva: Mas como funciona?

Carlos XP: Você vende, e depois recompra os papéis que você vendeu.

Elder Silva: Mas a ação que eu quero vender vai ter uma subscrição, o que muda? A subscrição vai ser da ordem de 2 x 1, eu terei que recomprar 3 vezes a quantidade de papéis que eu vender?

Carlos XP: Não, você recompra a quantidade que você vai vender, se vender 1000 ações, recompra 1000 ações. Passando mais de três dias vendido, você paga aluguel pelas ações, se recomprar em menos de três dias não pagará o aluguel.

Elder Silva: Ok. Obrigado, vou pensar aqui um pouco e já retorno a ligação."

5. Após novo contato com Carlos, este lhe sugeriu que conversasse com André, operador que intermediava os negócios com ações de emissão da Manguinhos. O operador André, ciente de que ele operava "vendido", lhe informou que o preço havia "melhorado" e que possuía um limite de "220.000 ações", e ele então ordenou duas vendas de 70.000 ações cada, a primeira ao preço de R\$ 1,37, e a segunda ao preço de fechamento do pregão, mas este último negócio não foi concretizado.

6. Ao tomar conhecimento da realização da assembleia aprovando a subscrição e ao constatar que no dia seguinte, 1 de julho, as ações ainda estavam sendo negociadas acima de R\$ 1,00, ordenou a venda de mais 100.000 ações, sendo metade na abertura e a outra metade ficou "em aberto". Recebeu a informação que a venda teria sido realizada a R\$ 1,35, e manteve com André o seguinte diálogo por MSN:

"Elder Silva: André, quero que você venda as outras 50.000 RPMG3 (ações da Manguinhos).

André XP : Mas quais são as suas intenções com esse papel? Você já está com um lucro de R\$ 7.000,00, por que não encerra a posição?

Elder Silva: Eu quero recomprar depois da subscrição, quando a ação estiver abaixo de um real.

Elder Silva: <http://www.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/empresas-listadas/ResumoEmpresaPrincipal.aspx?codigoCvm=9989&idioma=pt-br>

7. Apesar de no link da BOVESPA, reproduzido na sua mensagem, constar a aprovação da subscrição das ações, o operador André não comentou sobre a necessidade de compra dos direitos de subscrição e sobre ficar "vendido" no papel.

8. No dia 02 de julho, o preço de RPMG3 reajustou-se para R\$ 0,41 e o Reclamante continuou colocando ordens de compra no "leilão de abertura" para zerar a sua posição, quando recebeu ligação de André, com quem manteve o seguinte diálogo:

"André XP : Você precisa recomprar os direitos de subscrição.

Elder Silva: Não, não preciso não. Só entrei nessa operação porque eu não precisava recomprar os direitos. Perguntei quarta-feira para o Carlos, ele disse que não precisava recomprar os direitos. Você sabia que eu estava vendido por causa da subscrição e não disse nada.

André XP : Mas é preciso recomprar os direitos também e não só as ações.

Elder Silva: Vou ser prejudicado por causa de uma informação incorreta que a corretora me passou. Quero falar com algum responsável, não vou assumir nenhum prejuízo.

André XP : Vou transferir você para o Marcos, ele é gerente aqui da XP."

9. Diante dessa informação, manteve os seguintes diálogos com Marcos, gerente da Reclamada:

"Marcos XP: Olá Elder, qual o seu problema?

Elder Silva: Marcos eu estou vendido em RPMG3 (ações da Manguinhos). Quarta-feira eu liguei para a corretora, falei com o Carlos, ele não me disse que eu teria que recomprar os direitos. Pelo contrário, me disse que não seria necessário recomprar os direitos. Falei com o André dois dias, intensamente, pelo telefone e pelo MSN, ele sabia que eu estava vendido em RPMG3 por causa da subscrição e não me disse nada que eu teria que recomprar os direitos. Agora essa operação não vai me dar o lucro esperado e, ainda mais, vai trazer um prejuízo de mais de R\$ 100.000,00!

Marcos XP : Qual seu código de cliente?

Elder Silva: 84775

Marcos XP : Você é cliente da *home broker*, nem poderia estar com essa posição. Pois veja, Elder, quando vendemos uma ação, temos o dever de recomprar a ação e os direitos que essa ação tenha nesse meio tempo.

Elder Silva: Mas eu só fui avisado disso quando já era muito tarde. Ontem, às 16.55h, quando o André me ligou, se tivesse avisado, teria encerrado a operação ali mesmo.

Marcos XP: Mas agora já estamos com a operação em aberto, precisamos encerrar. Vou ver aqui como está sua posição e te ligo novamente."

"Marcos XP: Verifiquei aqui, sua posição está com prejuízo de R\$ 60.000,00, e não de R\$100.000,00.

Elder Silva: Mesmo assim, não reconheço prejuízo nenhum nessa operação, ele só existiu por causa de um erro da corretora, tudo aconteceu por conta de uma informação totalmente equivocada da corretora.

Marcos XP: Mas agora não temos muito o que fazer, os direitos ainda não caíram na custódia dos clientes. Eles só terão liquidez na terça feira, vamos esperar e recomprar os direitos na terça-feira.

Elder Silva: Está bem, mas estou com passagem comprada para Minas Gerais. Vou viajar sábado e passarei a próxima semana toda em Minas. Vou te passar meu telefone de Minas, me ligue nele para encerrarmos a posição."

10. O Reclamante ainda manteve contato com o operador Fabrício, do setor de risco da Reclamada, conforme relato a seguir:

"Fabrício XP : Elder, estou te ligando por causa da sua posição aberta nos direitos da RPMG3 (ações da Manguinhos). Precisamos recomprar os papéis.

Elder Silva: Não, não quero encerrar a posição hoje, sexta-feira conversei com o Marcos e ele

me disse que os papéis só teriam liquidez na terça-feira, que eu deveria esperar até terça-feira.

Fabício XP: Mas na sua posição atingiu o limite de risco, preciso encerrar sua posição, o papel está disparando mais de 20%, não posso esperar mais.

Elder Silva: Mas esta operação só existe por causa de um erro da corretora, não reconheço o prejuízo dessa operação. Depois de tudo o que aconteceu, o prejuízo ainda vai ser aumentado porque esperei pensando que a posição só poderia ser encerrada na terça-feira. Poderia ter sido encerrada a posição na sexta-feira mesmo?

Fabício XP : Os direitos só serão vistos em custódia amanhã, mas poderiam sim ter sido recomprados na sexta-feira. Agora, precisamos encerrar a posição, o papel pode subir ainda mais, e o limite de risco já foi atingido.

Elder Silva: Quero que você converse com o Marcos, porque ele me disse uma coisa na sexta-feira e agora você está me dando uma informação contrária. Não quero encerrar antes que você fale com o Marcos.

Fabício XP: Elder, independente do que aconteça, essa operação tem que ser encerrada o quanto antes, ela já está no limite de risco.

Elder Silva: Tudo bem, se existe um limite de risco, e você tiver que encerrar a posição por isso, pode fazer, mas saiba que vou recorrer, não aceito prejuízo nenhum nessa operação, estou deixando de ganhar porque não fiquei comprado no papel, mas prejuízo não vou assumir nenhum.”

11. Além desses relatos, o Reclamante também alega que teve os seus prejuízos aumentados em quase 100% por ter recomprado os direitos somente na terça-feira, dia 06 de julho, seguindo orientação do gerente Marcos, quando tal operação já poderia ter sido realizada na sexta-feira, dia 02, como lhe informou o gerente Fabício.

12. O prejuízo pode ser sintetizado da seguinte forma:

- a) em 30.07, venda de 70.000 ações, com crédito de R\$ 95.862,13;
 - b) em 01.07, venda de 100.000 ações, com crédito de R\$ 129.948,65;
 - c) em 02.07, compra de 170.000 ações, com débito de R\$ 93.532,25,
 - d) em 05.07, compra dos direitos de subscrição, com débito de R\$ 244.288,08,
- gerando um prejuízo de R\$ 114.189,55.

13. O Reclamante alega, resumidamente, que “a sucessão de erros crassos praticados pela Companhia ao prestar informações completamente equivocadas, omitir informações de grande relevância e ainda não cumprir com a diretriz que afirma que cada atividade operacional deve ser revisada por outro operador[1] ocasionaram na perda de todas as suas economias”.

14. O Reclamante salienta que, caso não houvesse a necessidade de recomprar os direitos de subscrição, teria obtido lucro de R\$ 130.466,29, e sustenta que a Reclamada ainda realizou duas vendas de ações sem que ele houvesse autorizado, uma em 19 de julho no valor de R\$ 14.641,43, e outra, no dia 30 do mesmo mês, no valor de R\$ 125,98.

15. O Reclamante e seu procurador, em 23 de julho, reuniram-se com a Reclamada, na ocasião representada por seu Gerente, que reconheceu que houve “algumas informações desconstruídas” e que “o mercado financeiro é assim mesmo, às vezes ganha, outras vezes perde”, ocasião que lhe foi formulada proposta verbal de ressarcimento no valor de R\$ 15.000,00, por ele recusada.

16. Por fim, requer que a Reclamada seja intimada a apresentar todas as gravações das conversas telefônicas, bem como os diálogos via MSN e demais provas julgadas necessárias para a solução da lide, e que seja julgada procedente a presente reclamação, com o consequente reembolso da quantia de R\$ 114.189,55, em espécie.

III – DA DEFESA

17. O primeiro argumento suscitado pela Reclamada diz respeito ao limite do ressarcimento constante do art. 2º, do Regulamento do MRP, onde é fixado o valor máximo de R\$ 60.000,00, porém o Reclamante pleiteia o ressarcimento de R\$ 114.189,55.

18. A Reclamada, em seguida, esclarece que as duas operações de venda de ações consideradas irregulares na reclamação são consectárias da primeira, pois serviram para cobrir o saldo devedor da conta do Reclamante, causado pela “liquidação da operação de venda de RPMG[2]”. Não obstante, as duas operações de venda geraram ao Reclamante um lucro de R\$ 462,50, e os 15 mil reais reclamados são o valor auferido com as vendas, e não o prejuízo.

19. A Reclamada narra que o Reclamante atuava via *home broker* e realizava operações de *day-trade*, com “volumes altos”, operações estas que por suas características exigem do investidor um contínuo acompanhamento do mercado. Acrescenta que clientes que operam via *home broker* não possuem operador

específico, e que o Reclamante desde que se cadastrou e até realizar as operações contestadas jamais manteve contato com ela.

20. A Reclamada sustenta que Carlos, o operador, nunca havia conversado com o Reclamante, e, conseqüentemente, não conhecia seu perfil de atuação. No diálogo mantido no dia 30 de junho, o Reclamante inicialmente pergunta se “tem como ficar vendido com ações se eu vender pra recomprar no outro dia?” e a resposta foi que sim, mas a operação tem que ser realizada pela mesa. Após conversarem sobre corretagem, margem para operar e prazo de liquidação, o Reclamante disse que ligaria novamente.

21. Em nova ligação, o Reclamante manifestou o desejo de negociar com ações de emissão da Manguinhos, fala da subscrição a ser aprovada, e trava o seguinte diálogo com o operador:

“Elder: daí isso não vai influenciar, por exemplo, a quantidade que eu vender hoje de RPMG3 e a quantidade que eu vou ter que comprar pra zerar né?”

Carlos: sim

Elder: essa subscrição não vai influenciar não né?

Carlos: olha, é difícil de falar porque esse papel é um mico né, ele não tem muita lei que rege esse tipo de papel. Então ele subiu uma pancada essa semana, um absurdo nessas últimas semanas e agora tá entregando um pouco.

Elder: certo, porque minha dúvida era (...) vai aumentar para, tem 270 milhões de ações e vai aumentar para 800 milhões.

Carlos: sim

Elder: eu não vou precisar comprar 4 vezes a quantidade de papel que eu vender, hoje, certo, se eu zerar? Se eu vender 100 mil eu posso recomprar 100 mil e zera a condição, né?

Carlos: isso, isso, perfeito!

Elder: eu não vou ser obrigado a comprar 3 vezes, comprar 300 mil, por exemplo.

Carlos: Não, não. O que tu vender hoje tu tem que recomprar só na mesma posição.”

22. A Reclamada conclui que o Reclamante planejou todos os passos da operação e imaginou que a única possibilidade de ter prejuízo seria na hipótese de necessitar recomprar uma quantidade maior de ações do que havia vendido, e a partir desta premissa formulou equivocadamente a pergunta ao operador, e diante do insucesso pretende responsabilizá-la. Reitera, ainda, que em nenhum momento o Reclamante lhe perguntou sobre a compra dos direitos de subscrição.

23. A Reclamada afirma que não conseguiu compreender qual operação o Reclamante desejava realizar, inclusive porque ele operava pelo *home broker* e não mantinha relacionamento com os operadores, e, mesmo ao se informado que estava auferindo lucro de R\$ 7.000,00, manteve a estratégia operacional, e ficou no aguardo da aprovação pela Managuinhos da subscrição das novas ações.

24. Em 02 de julho, o Reclamante tomou ciência que a operação não daria o resultado esperado, motivado pela necessidade de serem recomprados os direitos de subscrição das ações, quando foi informado que a operação poderia ser encerrada naquele dia, mas ainda assim optou por adiar a recompra dos direitos, certamente na expectativa de que haveria uma queda na cotação. Porém, no dia 05 houve uma expressiva valorização do papel que lhe acarretou prejuízo.

25. Como o Reclamante ficou com saldo devedor na sua conta corrente e não atendeu ao apelo para depositar recursos ou vender as ações, a Reclamada, impossibilitada de financiá-lo, se viu obrigada a ordenar as vendas para recompor o saldo, procedimento este previsto no regulamento de operações.

26. Por essas razões, a Reclamada pede para que seja julgado improcedente o pedido (fls. 84/167).

IV – DA RÉPLICA DO RECLAMANTE

27. O Reclamante, diante dos argumentos da Reclamada, argui que as operações realizadas a descoberto e as vendas para cobrir o saldo devedor, decorrente do prejuízo gerado pelas primeiras, não podem ser consideradas como uma única operação, pois o Dicionário de Termos Financeiros, disponibilizado pela bolsa define uma operação como: “Conjunto de meios utilizados para atingir determinado fim comercial ou financeiro. Salvo se especificada no texto, toda e qualquer transação comandada em um sistema que possa resultar em transferência de fundos títulos, valores mobiliários ou outros ativos financeiros.”.

28. O Reclamante afirma que não procede a afirmação de que o operador não o conhecia, uma vez que foi ele quem o cadastrou, e nas conversas telefônicas restou claro que o seu intuito era saber se apenas a mesma quantidade de ações deveria ser recomprada para zerar a posição, e foi omitida a informação sobre a necessidade da compra também dos direitos de subscrição, informação essa relevantíssima para a tomada de decisão.

29. O Reclamante ainda aduz que as transcrições dos diálogos a que teve acesso foram “cuidadosamente definidas por seu corpo jurídico”, se referindo à Reclamada, pois não foram apresentadas todas as transcrições

dos diálogos via MSN e telefone. Por exemplo, quando solicitou extrajudicialmente as gravações, apenas duas foram disponibilizadas, no processo judicial quatro, e cinco neste processo administrativo, atitude que denota a intenção da Reclamada de omitir informações importantes para o desfecho do caso.

30. O Reclamante destaca que na gravação de número quatro, inserida no CD, mas não transcrita, consta que ele já havia questionado a Reclamada a respeito da compra dos direitos de subscrição, pois o diálogo assim se inicia: "então, eu conversei ali e vai ter que recomprar os direitos", o que leva à conclusão que nem mesmo o operador sabia da obrigação de recomprar os direitos de subscrição, pois teve que pedir auxílio a outros operadores.

31. O Reclamante relata o conflito instalado entre os dois operadores que o atenderam, pois um operador, "no tempo 1:29" afirma: "Eu entendo, mas não era eu que 'tava' lidando com o assunto e ele poder ter se enganado...", já no "tempo 6:49", o outro operador demonstra preocupação e dá a impressão de que sequer entendia o que estava ocorrendo, ao afirmar: "Não, não, não. Não vai ficar assim. Certamente não vai ficar assim. Eu vou resolver isso com a matriz a aí te passo a posição".

32. O Reclamante conclui que houve falhas no serviço que lhe foi prestado, primeiro por não receber todas as informações referentes à operação; segundo por ter sido informado que sua posição só poderia ser encerrada após três dias, o que aumentou de maneira considerável o seu prejuízo e, terceiro, porque a operação demandava uma atenção maior do que lhe foi conferida.

33. Requer, por último, o pagamento integral dos prejuízos sofridos, mas, se não for esse o entendimento do órgão julgador, o ressarcimento do valor máximo atribuído pelo MRP (fls. 178/187).

V – DO PARECER DA GERÊNCIA JURÍDICA ("GJUR – BSM")

34. A GJur – BSM, diante do teor da reclamação, julgou essencial analisar quatro pontos centrais:

- a) se houve a ordem de venda a descoberto;
- b) se houve a ordem de compra das ações e dos direitos de subscrição das mesmas na devida proporção;
- c) se houve falha da corretora na prestação de informação; e
- d) se a liquidação de ações nos dias 19 e 30.07.2010, com a finalidade de impedir saldo negativo, foi regular.

35. Não obstante a solicitação das "gravações das conversas mantidas entre Reclamante e representantes da Reclamada relativas aos fatos objeto da Reclamação, acompanhadas de transcrições, bem como correspondências transcrição de conversas via chat e mensagens eletrônicas, e informações acerca do limite operacional do Reclamante", a Reclamada apresentou apenas cinco gravações, e uma delas sem a transcrição.

36. A GJur – BSM realizou breve análise das gravações, a seguir resumidas:

- a) a primeira gravação, em 10.05.10, corresponde ao contato inicial entre Reclamante e prepostos da Reclamada, para a abertura de conta;
- b) na segunda gravação, em 30.06.10, o Reclamante solicita alguns esclarecimentos gerais a respeito de como operar vendido e lhe é informado que em função da garantia de R\$ 100.000,00, ele poderia atuar vendido, porém, se após três dias não zerasse sua posição, deveria alugar a ação e, por último, recompra-la;
- c) na terceira gravação, em 30.06.10, registra-se a preocupação sobre a necessidade de recompra de uma quantidade superior à vendida a descoberto, após a subscrição. Também está consignada a ordem de venda de 100.000 ações, embora só tenham sido vendidas 70.000 ações, conforme consta das notas de corretagem das fls. 31 e 127. O operador que participa deste diálogo não é o mesmo das duas primeiras gravações;
- d) na quarta gravação, em 02.07.10, o Reclamante toma ciência da necessidade de comprar os direitos de subscrição e constata que a operação lhe acarretará prejuízo, e também demonstra certo desconhecimento do mercado ao informar que pretende adquirir os direitos no dia do exercício da subscrição. Ao mesmo tempo, o operador diz que o motivo da compra dos direitos está relacionado à diminuição da cotação, mas, na verdade, tal obrigação decorre do fato de que o investidor tem de entregar as ações com todos os direitos que o comprador teria se, de fato, estivesse na posse das mesmas, ou seja, o comprador que adquiriu as ações precisa recebê-las com todos os direitos que delas decorrerem, e
- e) na gravação cinco, em 02.07.10, verifica-se o que o Reclamante informou que já havia comprado a ações da companhia Manguinhos e discutiram sobre a necessidade de também adquirir ou não os direitos de subscrição. O preposto da Reclamada reafirmou a necessidade da recompra e o Reclamante admitiu que estava tentando ganhar o impossível. Verifica-se também que a pessoa indicada como responsável pelo contato com o Reclamante, segundo a defesa da Reclamada, não é o mesmo citado nas gravações. A ligação é concluída sem que o Reclamante desse qualquer ordem para encerramento de sua posição e com o preposto da Reclamada se comprometendo a verificar se houve falha na operação. Haveria uma incompatibilidade entre esses fatos e o que foi dito na

defesa da Reclamada, onde ela alegou que o Reclamante confessou que havia conversado anteriormente com amigos sobre as operações e teria chegado a conclusões equivocadas acerca das mesmas, e que ao invés de solicitar o encerramento da operação, pediu para que fosse verificada eventual informação equivocada.

37. Analisadas as gravações, a GJur – BSM examinou os pontos centrais do processo. Em primeiro lugar, quanto à inexecução ou execução infiel das ordens, a gravação três comprova a autorização dada pelo Reclamante para que os operadores efetuassem ordem de venda a descoberto de 100.000 ações, em 30.06.10, no entanto, conforme se verifica nas notas de corretagem, o operador realiza a venda de 70.000 ações. Cabe dizer que, na mesma gravação, em momento anterior, o operador informa que não haveria comprador para 100.000 ações, porém, de qualquer forma, tal ordem não é questionada pelo Reclamante, que afirma, inclusive, ter dado duas ordens de venda a descoberto de 70.000 ações, sendo a primeira devidamente cumprida. Desta forma, entende-se que o Reclamante anuiu com a venda a descoberto.

38. Com relação à venda a descoberto de 100.000 ações, realizada no dia 01.07.10, o próprio Reclamante declarou que combinou a venda de 50.000 ações na abertura do pregão e deixou uma ordem de venda de mais 50.000 em aberto, não havendo controvérsia sobre a emissão de tais ordens de venda.

39. A ordem de compra de 170.000 ações, conforme se verifica das afirmações expostas na Reclamação e na gravação cinco, foi dada pelo Reclamante através do sistema de *home broker*, o que também a torna incontroversa.

40. No que diz respeito aos direitos de subscrição, não foi apresentada nenhuma gravação ou outro documento que comprovasse a ordem do Reclamante para adquiri-los, porém, o próprio Reclamante transcreve diálogo mantido com o operador, no qual este informa a necessidade de encerramento da posição, pois o limite de risco teria sido ultrapassado, e ele concorda com o encerramento da posição.

41. Portanto, a insurgência do Reclamante, afirma a GJur – BSM, não tem relação com o cumprimento de suas ordens, mas sim com eventuais informações equivocadas ou erradas que lhe foram prestadas pela Reclamada. Ocorre que o MRP tem seu âmbito limitado e definido pela Instrução CVM nº 461/07 e pelo seu próprio Regulamento, e dentre as hipóteses de ressarcimento não se encontra o fornecimento de informações equivocadas ou errôneas.

42. O Reclamante questionou se seria necessária a recompra da mesma quantidade de ações para zerar a posição e a resposta da Reclamada foi que sim, e embora a resposta, em prol do bom funcionamento do mercado, pudesse ser mais completa, o MRP não é a via adequada para tal debate.

43. O Reclamante ainda confessa que seu objetivo com a operação era receber para si os direitos de subscrição decorrentes do aumento de capital, desta forma, segundo o GJur – BSM, ele deveria ter feito suas indagações de forma mais completa acerca dos papéis que deveriam ser comprados após a venda a descoberto.

44. Além disso, não seria possível, declara a GJur-BSM, inferir que o Reclamante desconhecia a diferença entre ações e direitos de subscrição, pois ele aparentava ter familiaridade com o mercado, realizado diversas operações *day-trade* por meio do sistema de *home broker*, e demonstrou conhecimento sobre vendas a descoberto e a necessidade de encerrá-las no dia da venda.

45. Por todo o exposto, a GJur – BSM concluiu que não é possível depreender que a decisão do Reclamante, com relação às operações realizadas, teria sido outra caso o mesmo tivesse recebido informação de forma mais completa. Além disso, observando os elementos apresentados, não houve execução infiel ou inexecução de ordem, não cabendo, portanto, qualquer ressarcimento pelo MRP (188/223).

46. A GJur – BSM afirma ainda que, não obstante não haja configurada hipótese de ressarcimento, foram encontrados indícios de irregularidades na atuação da Reclamada, que resultaram em Carta de Censura a André Bueno Maciel Arantes e a instauração do Processo Administrativo nº 45/12, em face de XP Investimentos e Guilherme Dias Fernandes Benchimol, encerrado mediante Temo de Compromisso (fls. 258/274).

VI – DA DECISÃO DA BSM

47. Em voto sucinto, o Conselheiro Relator decidiu, e foi acompanhado pelos dois outros Conselheiros, pela improcedência da reclamação, uma vez que o Reclamante deu as ordens e não as contestou, não restando configurada nenhuma hipótese de ressarcimento via MRP. O Conselheiro destacou, ainda, que eventuais irregularidades devem ser apuradas em processo apartado e que o valor do prejuízo a ser considerado deve ser R\$ 112.009,55 e não o pleiteado de R\$114.189,55 (fls. 224/228).

VII – DO RECURSO

48. A decisão foi informada ao Reclamante por Ofício, cujo Aviso de Recebimento – AR está datado de 13.04.12, mas somente no dia 18.05.12 foi interposto o recurso à CVM, após transcorrido o prazo regulamentar de 30 dias.

49. O Reclamante pede para que o recurso seja recebido, alegando que o Ofício não lhe foi entregue em mãos e seu procurador também não foi informado da decisão. O Reclamante afirma que a análise da questão foi feita de forma absolutamente restritiva pela BSM, pois a redação do caput do art. 77, da Instrução CVM nº 461/07, traz a seguinte redação:

“A entidade administradora de mercado de bolsa deve manter um mecanismo de ressarcimento

de prejuízos, com a finalidade exclusiva de assegurar aos investidores o ressarcimento de prejuízos decorrentes da ação ou omissão de pessoa autorizada a operar, ou de seus administradores, empregados ou prepostos, em relação à intermediação de negociações realizadas na bolsa ou aos serviços de custódia, **especialmente** nas seguintes hipóteses (grifo nosso):

I - inexecução ou infiel execução de ordens;

II - uso inadequado de numerário e de valores mobiliários ou outros ativos, inclusive em relação a operações de financiamento ou de empréstimo de valores mobiliários;

III - entrega ao investidor de valores mobiliários ou outros ativos ilegítimos ou de circulação restrita;

IV - inautenticidade de endosso em valores mobiliários ou outros ativos, ou ilegitimidade de procuração ou documento necessário à sua transferência;

V - intervenção ou decretação de liquidação extrajudicial pelo Banco Central do Brasil; e

VI - encerramento das atividades.”

51. Alega que tal dispositivo não enumera taxativamente as hipóteses de ressarcimento, mas exemplifica algumas hipóteses, requer que o recurso seja julgado tempestivo e, também, que o art. 77, da Instrução CVM 461/07, seja interpretado de forma mais extensiva, abrangendo também a hipótese de omissão de prestação de informação ao investidor, devendo ser reformada a decisão da BSM (fls. 233/241).

VII – RELATÓRIO DA SMI

52. Em razão do AR não ter sido assinado pelo próprio Reclamante e como o seu procurador não foi informado da decisão, a Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários - SMI recomenda que o recurso seja julgado tempestivo.

53. A SMI entende que o preposto da Reclamada deveria ter alertado ao Reclamante que o evento de subscrição ensejaria a obrigação de devolver as ações juntamente com os direitos de subscrição, e essa omissão de informação gerou prejuízo ao Reclamante.

54. Para a SMI, as hipóteses listadas nos incisos I a VI, do art. 77, da Instrução CVM nº 461/07, não são exclusivas e que, portanto, pode haver ressarcimento via MRP por outros motivos que não aqueles ali elencados, desde que “decorrentes de ação ou omissão de pessoa autorizada a operar, ou de seus administradores, empregados ou prepostos, em relação à intermediação de negociações realizadas na bolsa ou aos serviços de custódia”.

55. Por esta razão, a SMI recomenda, com base nas notas de corretagem constantes das fls. 132/141, o ressarcimento do valor de R\$ 110.491,49 a título de indenização pelas vendas a descoberto, e do valor de R\$ 14.413,98 a título de indenização pelas vendas realizadas para cobrir saldo devedor, totalizando R\$ 124.905,47, valor que deve ser atualizado monetariamente. Além desse valor, devem também ser devolvidos os valores das multas que foram impostas em decorrência de saldo devedor em conta corrente (fl. 245/254 e 275/277).

É o relatório.

Voto

1. Neste processo, diferentemente do que vi na maioria (ou mesmo na totalidade) dos casos em que se discutiu a possibilidade de ressarcimento pelo MRP, a causa de pedir do Reclamante é a suposta informação equivocada ou incompleta que recebeu da Reclamada, fato que seria o causador do seu prejuízo.

2. Não se discute, por ser incontroverso, que o Reclamante deu as ordens de venda a descoberto das ações RPMG3, como também a ordem de recompra dessas mesmas ações. Sobre as duas vendas de ações de emissão da Contax ordenadas pela Reclamada para suprir deficiência de recursos na conta do Reclamante, os motivos que as ensejaram também estão esclarecidos.

3. O que gerou a controvérsia abordada neste processo foi a necessidade do Reclamante comprar ou não os direitos de subscrição, procedimento que alega não ter-lhe sido informado pela Reclamada, ainda que esta tenha sido consultada. Diante da obrigação de também adquirir tais direitos, o Reclamante viu frustrada sua expectativa de obter lucro na operação que estruturou, e que consistia na venda a descoberto da ação com direitos, “cheia”, e a posterior recompra sem os direitos, “vazia”.

4. O Conselheiro Relator da BSM concluiu que não houve execução infiel de ordens, pois o Reclamante deu as ordens ou não as contestou, razão pela qual votou pela improcedência da reclamação, no que foi acompanhado pelos outros dois Conselheiros da 35ª Turma. Deu amparo a essa decisão a opinião da GJUR-BSM no sentido de que o fornecimento de informações equivocadas ou errôneas não é hipótese prevista no artigo 77 da Instrução CVM nº 461/07[3], que regula o acesso ao MRP.

5. A SMI, por sua vez, e contrariamente ao que decidiu o órgão autorregulador, opina no sentido de que o fato narrado pelo Reclamante se enquadra dentre aqueles passíveis de serem apreciados no âmbito do MRP, pois

a citada instrução não pretendeu exaurir as hipóteses passíveis de apreciação.

6. Alinho-me à opinião da SMI de que o termo "especialmente" demonstra que não se pretendeu esgotar os exemplos de situações suscetíveis de ressarcimento, sendo sempre possível o surgimento de outras hipóteses merecedoras de avaliação sobre a incidência concreta da regra, tudo a depender, obviamente, da análise circunstanciada de cada caso. Aliás, nesse sentido, o Colegiado da CVM já decidiu no Processo CVM nº SP2004/0012, julgado em 31.01.05, ainda que o pleito tenha sido negado por razões de mérito. Discordo, portanto, do argumento utilizado pela BSM, fundamentado exclusivamente na suposta não aplicabilidade da norma ao caso concreto.

7. Entretanto, não me parece que basta decidir se a aplicação da mencionada instrução está restrita aos seus exemplos, ou alcança outras hipóteses que não aquelas exemplificadas (o que é efetivamente um fato incontroverso). Resta ainda verificar se o fato narrado pelo Reclamante seria por ela abrangido.

8. Encontro a resposta para essa minha indagação na própria conclusão a que chegou a BSM, e aqui não me atenho apenas ao voto do Conselheiro Relator, mas também recorro aos trabalhos da GJUR-BSM e a decisão adotada pelo Diretor de Autorregulação[4], em relação à atuação do operador André Maciel Arantes, preposto da Reclamada.

9. No documento decisório, o Diretor de Autorregulação, de início, já consigna que foram identificadas irregularidades na conduta do preposto da Reclamada, caracterizadas pela prestação de informações equivocadas ou incompletas, e que seria imprescindível que fosse prestada orientação, em nível razoavelmente detalhado, sobre o significado do direito de subscrição, seus efeitos e a necessidade de sua recompra, juntamente com a recompra das ações. Ainda sobre a necessidade de recompra, o Diretor constatou a prestação de informação equivocada, pois tal necessidade não decorria do fato de "a cotação ter ficado menor", mas sim porque os direitos de subscrição são inerentes às ações.

10. Em razão destes fatos, o Diretor concluiu que o operador não observou as regras de conduta previstas no artigo 15 da Instrução CVM nº 434/06[5], comportamento que caracteriza a ausência de cuidado e diligência na condução dos trabalhos.

11. Ora, as provas coligidas aos autos e a eloquente afirmativa da BSM me convencem que restou caracterizada a responsabilidade da Reclamada, resultante da ação do seu preposto que ao prestar informações já entendidas como incorretas ou incompletas, impossibilitou ao Recorrente tomar uma decisão de investir de forma refletida. Se o operador, já no primeiro diálogo, tivesse informado sobre a necessidade de aquisição também dos direitos de subscrição, provavelmente o Reclamante repensaria sua decisão de realizar a operação, cuja expectativa de lucro estava calcada na premissa falsa de que poderia vender a descoberto a ação "cheia" e recomprá-la "vazia".

12. Não nego, como já decidi diversas vezes a CVM, que o MRP não é a solução adequada para todas as disputas entre investidores e intermediários, e também não acho que se deva estender a norma em tela para além dos seus próprios e claros limites, alcançando automaticamente qualquer hipótese trazida a nossa avaliação, sob o risco de, inclusive, se criar uma insegurança jurídica desaconselhável, especialmente na aplicação de norma que zela por direitos patrimoniais de ambas as partes.

13. Mas essas prudências não são suficientes para, no caso concreto, afastar minha convicção de que a atuação já tida por negligente do preposto da Reclamada (e que não tenho razões fáticas ou jurídicas para qualificar de forma distinta nesta oportunidade) deu causa ao prejuízo sofrido pelo Reclamante, razão pela qual voto por reformar a decisão adotada pela BSM, deferindo o pedido de ressarcimento no valor R\$70.000,00, nos termos do parágrafo único do artigo 80 da Instrução CVM nº 461/07, devidamente corrigido.

É o meu voto

Rio de Janeiro, 27 de maio de 2014.

Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Diretor-Relator

[1] Conforme o item 2.1, do Código de Ética e Conduta da Reclamada, cada procedimento deve ser exercido por mais de um operador. Segundo o Investidor, tal regra desempenha função de evitar a ocorrência de um risco operacional humano, que venha causar prejuízo ao cliente, conforme ocorreu no presente caso. (fls. 43/44)

[2] Ativos da companhia Manguinhos

[3] Art. 77 A entidade administradora de mercado de bolsa deve manter um mecanismo de ressarcimento de prejuízos, com a finalidade exclusiva de assegurar aos investidores o ressarcimento de prejuízos decorrentes de ação ou omissão de pessoa autorizada a operar, ou de seus administradores, empregados ou prepostos, em relação à intermediação de negociações realizadas na bolsa ou aos serviços de custódia, especialmente nas seguintes hipóteses:

I - inexecução ou infiel execução de ordens;

II – uso inadequado de numerário e de valores mobiliários ou outros ativos, inclusive em relação a operações de financiamento ou de empréstimo de valores mobiliários;

III – entrega ao investidor de valores mobiliários ou outros ativos ilegítimos ou de circulação restrita;

IV – inautenticidade de endosso em valores mobiliários ou outros ativos, ou ilegitimidade de procuração ou documento necessário à sua transferência;

V – intervenção ou decretação de liquidação extrajudicial pelo Banco Central do Brasil; e

VI – encerramento das atividades.

[4] OF/BSM/DAR-1255/2012.

[5] Art. 15 – O agente autônomo de investimento deve observar as seguintes regras de conduta:

I – 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.