



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

PROCESSO ADMINISTRATIVO CVM Nº SP2016/19

Voto

1. Trata-se de recurso interposto em 07 de novembro de 2018 por Evlym Aboriham Clemente Pinto (“Reclamante”), com base no inciso I da Deliberação CVM nº 463/03, contra decisão de arquivamento do presente processo, proferida pela Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários (“SMI”) em 29 de agosto de 2018 (fls. 214), reiterada em despacho da GMN de 16 de outubro de 2018 (fls. 260), e comunicada à Reclamante em 23 de outubro de 2018 (fls. 261-263).

2. Este processo teve como objetivo investigar suposta conduta irregular da XP Investimentos CCTVM S.A. (“XP”) e da Ideal Trade Agente Autônomo de Investimento Ltda. (“Ideal Trade”), em vista das alegações trazidas pela Reclamante, por meio de reclamação apresentada à Superintendência de Proteção e Orientação aos Investidores (“SOI”) em janeiro de 2016.

3. É pacífico no Colegiado¹ o entendimento de que, desde 2002, quando da edição da Deliberação CVM nº 457², prevalece na CVM a segregação entre, de um lado, as funções investigativa e acusatória e, de outro, a função julgadora. Dessa forma, a área técnica tem autonomia para conduzir procedimentos de apuração e, na hipótese de reunir elementos de autoria e materialidade suficientes e, se entender cabível³, formular acusação. A *contrario sensu*, entendendo não estarem presentes elementos aptos a justificar a instauração de um processo sancionador, cabe à área técnica a decisão sobre arquivar o processo investigativo em curso.

4. Já ao Colegiado cabe o julgamento dos processos sancionadores efetivamente instaurados pela área técnica, a partir da análise dos documentos e informações colecionados aos autos pela área técnica ao longo da fase instrutória, do termo de acusação formulado, da defesa apresentada pelos acusados e demais componentes do conjunto fático-probatório constante dos autos do processo sancionador.

5. Cabe notar que tal entendimento consta, inclusive, do item 2.1 ‘b’ do edital da Audiência Pública SDM 02/2018⁴, valendo destacar o seguinte trecho:

“Compete exclusivamente às superintendências cuja área de atuação seja afeta aos indícios de irregularidade decidir pela atuação sancionadora da CVM (seja pela formulação de termo de acusação ou pela proposição de instauração de inquérito), não cabendo, em princípio, recurso em relação a essa decisão. Tal previsão está em consonância com a divisão institucional de atribuições no âmbito do PAS da CVM, segundo a qual compete às áreas técnicas e jurídica o exercício da função acusadora, ao passo que ao Colegiado compete a função de julgar as respectivas irregularidades administrativas imputadas aos acusados.” (p. 04)

¹ Vide Processos CVM nº SP2011/0302 e SP2011/0303 (24.06.2014), RJ2015/5493 (27.10.2015), SP2015/0015 (18.04.2017), 19957.001108/2017-03 (16.05.2017) e SP2016/0246 (11.09.2018).

² Tal normativo estabelecia “procedimentos a serem observados na tramitação de processos administrativos sancionadores”, havendo sido revogada pela Deliberação CVM nº 538/08.

³ Nesse sentido, ver § 4º do art. 9º da Lei nº 6.385, de 1976 e Deliberação CVM nº 542, de 2008.

⁴ Tal audiência propôs minuta de instrução que instituiu novo marco sobre o rito dos procedimentos relativos à atuação sancionadora no âmbito da CVM, que, uma vez editada, revogará a Deliberação CVM nº 538/08. Atualmente, as manifestações recebidas até 31.08.18 estão em análise na CVM.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

6. Não obstante, também vigora o entendimento de que, tomando conhecimento de determinado assunto – através, por exemplo, do pedido da Reclamante em análise –, pode o Colegiado emitir recomendações à superintendência afeta ao tema⁵. Afinal, o fato de a escolha sobre manter a decisão de arquivamento competir às áreas técnicas não parece ser incompatível com a apresentação de sugestões de prosseguimento do caso por parte do órgão julgador.

7. Tal hipótese parece particularmente cabível diante da constatação de fatos ou documentos novos, ou mesmo de percepção *prima facie* de que determinados fatos poderiam ser apurados sob outra ótica. Por óbvio, trata-se de sugestão não vinculante e não meritória, que em nada se relaciona a eventual análise a ser feita em âmbito sancionador.

8. No presente caso, há um único ponto que chamou minha atenção, constante dos §§ 41 e seguintes (fls. 210v) do Relatório de Análise CVM/SMI/GMN/Nº104/2018, datado de 26 de julho de 2018 (“Relatório”), sobre o qual gostaria de fazer algumas considerações.

9. Em tal documento, após concluir *“pela falta de motivação para realização de diligências adicionais pela SMI ou de atuação sancionadora por parte [da] CVM”*, a SMI destaca a existência de *“uma questão superveniente que poderia ensejar, oportunamente, ação de supervisão em relação à conduta da XP”*, qual seja, a existência do *“produto Combo Long & Short oferecido pela corretora”* que tem a característica de *“ser constituído por um termo de adesão prévio que dispensa a emissão de ordem para cada uma das operações realizadas no Combo”*.

10. Conforme assinalado no Relatório, tal prática poderia *“configurar falha no dever da Corretora de obter ordens par realização de operações em nome de seus clientes”*, nos termos da Instrução CVM nº 505/11, e o elemento de “gestão” caso a aprovação do Combo se desse apenas pela assinatura do referido termo, dado que a XP teria autorização para cursar *“operações com os ativos que quisesse, sem restrição outra que o valor financeiro destinado a cada Combo”*, tendo *“total liberdade de estabelecer estratégias e tomar as medidas táticas para efetuar os investimentos”*.

11. Especificamente quanto às operações mencionadas nos e-mails de 28 de maio, 25 de junho, 11/18 de julho, 25 de agosto e 17 de novembro de 2014 (fls. 92, 93, 95 e 97-102), a GMN notou que nas autorizações solicitadas não havia *“definição dos ativos ou preços a serem negociados, apenas a definição do montante financeiro a ser alocado a essas operações”*. Todavia, a análise das características de tal operação foi afastada no caso concreto, em vista do entendimento à época de que *“restou comprovado que ela participava de reuniões e de conferências telefônicas para definição de estratégias”*.

⁵ Conforme destacado pelo Dir. Rel. Gustavo Gonzalez, a autonomia das superintendências *“não retira do Colegiado a prerrogativa de devolver processos às áreas técnicas com a recomendação de que determinada matéria seja reexaminada à luz de aspectos que, eventualmente, não tenham sido totalmente considerados na análise inicialmente realizada pela superintendência. Tal afirmativa em nada contradiz os diversos precedentes onde, reiteradamente, se afirmou a independência entre as instâncias investigativa e julgadora. Afinal, a decisão acerca da instauração de processo sempre caberá ao juízo discricionário, mas necessariamente motivado, da superintendência”* (Proc. CVM nº 19957.008672/2016-68, j. em 18.09.2017).



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

12. Entendo que os apontamentos iniciais do Relatório sobre as características do “*Combo Long & Short*” devem ser explorados pela SMI, tendo em vista a gravidade em tese dos pontos levantados e os prazos prescricionais envolvidos. Dito isso, possivelmente tal formato de operação também deverá ser reanalisado no caso concreto, à luz de questões recentemente levantados pela Reclamante, como as alegações de que “*a adesão da peticionaria ao programa Combo Long & Short veio a ter lugar após o início das operações dentro do referido programa*” (fls. 264), bem como as evidências constantes do laudo pericial datado de 01 de junho de 2017 e dos depoimentos prestados em audiência realizada em 18 de abril de 2018, no âmbito do processo judicial nº 1068095-37.2015.8.26.0100 em trâmite na 24ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, protocolizados nesta CVM em 23 de julho de 2018 pela Reclamante, mas apenas trazidos aos autos deste processo em 14 de setembro de 2018 (fls. 259).

13. Ante o exposto e considerando o conjunto fático-probatório atualmente constante dos autos, especialmente:

(i) a constatação da SMI e do Judiciário de que Guilherme usou de sua suposta condição de “*pessoa de confiança*” – ao que parece, confiança profissional (não pessoal) na qualidade de gerente de conta de banco – da Reclamante, que à época dos fatos tinha 87 anos, para fazê-la contratar os serviços de agente autônomo da Ideal Trade, bem como levar a conta desta para a XP;

(ii) a ciência por parte da Ideal Trade (especificamente, de Júnior) e da XP sobre o fato de que a Reclamante confiava suas finanças a Guilherme, seu ex-gerente de banco que “*não conhecia muito sobre operações de bolsa de valores*” (fls. 251) e que em nenhum momento obteve o registro de agente autônomo na CVM, bem como de que era Guilherme quem genericamente autorizava, através de e-mail criado para a Reclamante, todas as operações em bolsa recomendadas e executadas pela Ideal Trade; e

(iii) o perfil histórico de investimento da Reclamante frente às operações recomendadas, bem como o *modus operandi* da Ideal Trade, de Júnior e de Guilherme para sua execução,

14. Recomendo nova análise (i) da conduta de Ideal Trade e de Júnior quanto ao requisito da eventual “gestão” discricionária da carteira da Reclamante referido neste voto, (ii) da conduta de Guilherme com relação a atividades prestadas por agente autônomo de investimentos cadastrados; e (iii) da eventual responsabilidade da XP sobre as condutas dos agentes autônomos referidos no item ‘i’ e de Guilherme analisadas neste processo.

15. Caso este entendimento venha a ser confirmado pela maioria do Colegiado, solicito o encaminhamento do processo para a SMI, para adoção das providências que entender cabíveis, em vista das considerações realizadas neste voto.

É o voto.

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2019.

Original assinado por

Marcelo Barbosa

Presidente