



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Memorando nº 63/2019-CVM/SMI/GME

Rio de Janeiro, 25 de julho de 2019.

Ao SMI

Assunto: Recurso em Processo de Reclamação ao Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos (“MRP”) - José Raimundo Santos de Souza x XP Investimentos CCTVM S.A. - Processo SEI 19957.004436/2018-34 MRP 128/17.

Senhor Superintendente,

1. Trata este processo de recurso, movido por José Raimundo Santos de Souza (“Reclamante”), no âmbito de Recurso ao MRP, contra a decisão da BM&FBOVESPA Supervisão de Mercados (“BSM”) que decidiu pela improcedência do seu pedido de ressarcimento de quantia em dinheiro, face à XP Investimentos CCTVM S.A. (Reclamada), referente a prejuízos decorrentes de operações supostamente realizadas sem seu conhecimento e inadequadas ao seu perfil de investidor.

A. Relatório

A.1) Da reclamação

2. Em sua reclamação inicial à BSM, em 04/08/17, o Reclamante informa que foi contatado pelo agente autônomo de investimento Felipe Pauletto da Conceição, sócio da Critéria Agente Autônomo de Investimentos (AAI) para realização de investimentos no mercado de capitais por intermédio da Corretora XP e que teria informado procurar por operações de baixo risco, pois seu perfil era conservador.

3. O reclamante afirma que foi orientado pelo AAI a firmar contrato de administração de carteiras com a empresa Diamonds Asset Management S/S Ltda (Diamonds), o qual se efetivou em 29/06/15 e que o contrato previa que a utilização de derivativos se limitaria à “ (i) segurar a carteira, e (ii) limitar prejuízos

e realçar os resultados em relação ao benchmark selecionado, qual seja, o "CDI".

4. Posteriormente, também seguindo orientação dos sócios da Critéria, trocou o gestor da sua carteira, em 25/07/16, rescindindo com a Diamonds e firmando contrato com o senhor Marcelo Toews Romero Silva (Marcelo).

5. O reclamante afirma que o senhor Felipe, sócio da Critéria, enviava relatórios sobre a posição da sua carteira de investimentos e que tais documentos demonstraram posições diferentes daquelas obtidas no portal da Corretora e que foi surpreendido quando tentou resgatar a quantia de R\$ 150.000,00 de sua conta e não conseguiu, devido a inexistência de saldo.

6. Por fim, o reclamante alegou utilização da prática de churning em sua conta, anexando laudo técnico onde há a afirmação do giro de 48,91 vezes o patrimônio médio do cliente nesse período, bem como alega que sofreu prejuízo no valor de R\$ 2,064,939,21 devido a operações realizadas sem o seu consentimento e fora do seu perfil de investimentos.

A.2) Da resposta da Reclamada

7. Em 22/09/17, após ser instada a se manifestar e a apresentar documentação de praxe, a Reclamada apresentou sua defesa à BSM.

8. Em sua manifestação, a Reclamada alegou que o reclamante "(a) sempre soube dos limites da responsabilidade da XP Investimentos na execução das operações executadas em sua carteira; (b) jamais teve um perfil conservar de investimento (pelo contrário); bem como, em função disso, e com a única finalidade de especular no mercado financeiro; (c) optou por nomear um gestor de confiança para administrar (discricionariamente) seu patrimônio."

9. A Reclamada ainda defendeu que o reclamante firmou contrato com a Diamonds e com o gestor Marcelo Toews Romero, por meio do qual outorgou amplos poderes de administração de sua carteira de investimentos, autorizando, inclusive, que o seu gestor realizasse operações com derivativos, hedge e operações de long e short, operações notoriamente conhecidas pelo seu alto grau de alavancagem.

10. Adicionalmente a XP afirmou que o investidor "sempre declarou ter um perfil de investimento agressivo/moderado", onde apresentou a tela "suitability - Histórico de Preenchimento" do seu sistema, que consta que em 05/03/14, o perfil do investidor como "moderado" e que passou em 24/09/15 para perfil "Agressivo".

11. A corretora também pontuou que enviava as respectivas notas de corretagem ao investidor, no dia seguintes às operações realizadas, sem que o mesmo questionasse ou se manifestasse contrário às operações efetivadas.

A.3) Da decisão da BSM

12. Diante das informações apresentadas e no Parecer da Superintendência Jurídica da BSM, o Diretor de Autorregulação da BSM - DAR veio, em 12/03/18, a decidir pela improcedência do pedido da Reclamante, por entender que não restou configurada hipótese de ressarcimento pelo MRP, nos termos do artigo 77, da ICVM 461.

13. O DAR inicialmente deixou consignado que o AAI Critéria, a Diamonds e o gestor Marcelo não tem legitimidade para figurar no polo passivo, em conjunto com a Reclamada, pois "*não são pessoas autorizadas a operar ou prestar os serviços de custódia perante os mercados administrados pela B3 S.A. - Brasil* ,

Bolsã, Balcão, de acordo com o previsto na ICVM 461/2017 e no Regulamento do MRP."

14. Seguiu relatando o fato de que no caso em concreto existiu **relação de gestão profissional de carteira entre o reclamante e a Diamonds** e, posteriormente, entre o mesmo e Marcelo e que, **dentro dos parâmetros definidos previamente nos contratos de administração de carteira**, os gestores tem a discricionariedade para realizar negócios em nome do investidor. Alertando para o fato de que no contrato com ambos os gestores havia a mesma "Política de Investimentos", onde estava previsto a outorga de amplos poderes de administração do reclamante aos gestores. Dessa forma, não havia obrigatoriedade de a Corretora verificar a adequação das operações ao perfil do cliente, nos termos do art. 9, inciso III, da ICVM 539.

15. Seguiu alertando que a atividade de administração de carteiras não se encontra dentre das hipóteses de ressarcimento pelo MRP, elencadas no art. 77 da ICVM 461/07.

16. Sobre o pleito do reclamante a respeito de possível majoração das receitas de corretagem, pela rotação indevida da sua carteira, o que é chamado de "churning", a BSM afirmou que o fato do poder de comando sobre as operações reclamadas estar nas mãos dos gestores contratados diretamente pelo reclamante, sem vínculo com a corretora, não corrobora a hipótese de "churning".

17. Por fim a BSM alega que o reclamante não apresentou o e-mail e o extrato descritos em Ata Notorial apresentada pelo investidor para que fosse comprovada a suposta atuação irregular por parte do preposto da Reclamada.

A.4) Recurso da Reclamante

18. Em 12/04/18, o Reclamante interpôs recurso à CVM, reafirmando os argumentos do seu pedido inicial, questionando a finalidade do MRP, posto que a seu ver *"tal mecanismo não deve se prestar a dar uma falsa sensação de segurança ao investidor que certamente virá a ser frustrada posteriormente, no caso de ser necessária à sua utilização e também não deve proteger desarrazoadamente as pessoas autorizadas a operar ou prestar os serviços de custódia perante os mercados administrados pela B3 S.A - Brasil, Bolsa, Balcão."*

19. O reclamante ressaltou que mesmo julgando improcedente o seu pedido, a BSM, ao mesmo tempo, teria reconhecido a indubitável lesão sofrida pelo reclamante em decorrência do que chamou de *"sistema fraudulento empreendido por toda a cadeia de prestadores de serviço"*

20. Continua, defendendo a premissa de que o AAI indiscutivelmente estaria vinculado aos gestores, posto que as indicações dos gestores partiram daquele, sendo o agente autônomo o *"fio condutor de ligação entre o gestor e custodiante"*. Sendo assim, argumenta que por esse motivo que a responsabilidade da XP seria *"notória e inafastável"*.

21. Além de ratificar sua alegação quanto as diferenças entre os extratos repassados pelo AAI e os enviados pela XP, também defende que deveria haver uma verificação sobre a origem das ordens das operações, de teriam vindo dos gestores ou se teriam sido realizadas pelo AAI.

B. MANIFESTAÇÃO DA ÁREA TÉCNICA

22. De início, cumpre registrar a tempestividade do recurso, contemplando operações realizadas entre o período de fevereiro/2016 a janeiro/2017, especificamente para as operações realizadas a partir de 04/02/2016.
23. Considerando as alegações da Reclamante e da Reclamada e os documentos registrados no processo, esta área técnica considera que o recurso não deve ser provido, pelos motivos que se detalha a seguir.
24. Quanto a alegação do reclamante de que as operações realizadas estavam fora de seu perfil, o investidor cita em sua reclamação, que no contrato firmado com a gestora Diamonds, apesar de existir a previsão de utilização de derivativos, alega que constava expressamente que estes deveriam ser utilizados para:“(i) *segurar a carteira, e (ii) limitar prejuízos e realçar os resultados em relação ao benchmark selecionado, qual seja, o “CDI”, indicador que melhor representa o mercado de renda fixa.*”
25. No entanto, o investidor destacou especificamente parte da descrição de uma das operações possíveis, dentro da Política de Investimentos, a qual o próprio assinou, em 29/06/2015 (Anexo I do contrato celebrado com a Diamonds), o qual está intitulada como “hedge dos principais ativos da carteira” , porém tal documento possui outras operações que poderiam ser efetuadas pelo gestor, as quais lhe autorizavam a usar derivativos com outras finalidades, diferentes da única citada pelo reclamante, como abaixo transcrito:
26. *“Uso de derivativos - Os contratos de derivativos podem ser utilizados na carteira com dois objetivos principais: (i) **hedge e/ou seguro dos ativos da carteira**; (ii) **operações estruturadas** e (iii) **alavancagem buscando realçar a rentabilidade**. Quando do uso de tal tipo de contrato a Bolsa poderá exigir o depósito de garantias. Qualquer ativo da carteira poderá ser utilizado para esta finalidade” (grifo nosso)*
27. Quanto ao envio de extratos por parte do AAI, a ICVM 497, em seu art. 13, inciso VIII, expressamente veda “*confeccionar e enviar para os clientes extratos em sua defesa contendo informações sobre as operações realizadas ou posições em aberto.*”, no entanto, ao longo do presente processo verificou-se que ficou demonstrado que o AAI somente repassou os extratos da própria corretora ao investidor, não intervindo em seu conteúdo.
28. Ainda quanto a sugerida participação do AAI nas operações que o reclamante considerou “inadequadas” por parte dos seus gestores, nesse sentido a XP respondeu em sua manifestação à BM&F, em 13/12/17, que as operações do investidor foram inseridas no seu sistema diretamente pela gestora do reclamante, onde anexou documento para comprovar tal afirmação.
29. Quanto a suposta prática de churning, tal hipótese não pode ser configurada como ocorrida, tendo em vista que seria necessário o chamado “sequestro da conta corrente do investidor”, o que não ocorreu, posto que, como já relatado acima, o poder de comando sobre as operações reclamadas estava nas mãos dos gestores contratados diretamente pelo reclamante, sem vínculo com a corretora, o que por si só não corrobora a hipótese de churning.
30. Por fim, quantos aos fatos alegados pelo Reclamante de que as operações efetuadas estariam dissociadas do benchmark do mercado, registra-se que os procedimentos de avaliação da conduta dos gestores está em andamento dentro do processo SEI Nº 19957.002982/2018-31, originado a partir de Comunicação realizada pela BSM sobre a conduta dos gestores de carteira aqui mencionados, atualmente em instrução pela gerência GAIN/SIN ,responsável pelo acompanhamento desses regulados, no âmbito da CVM.

31. Por todo o exposto, esta área técnica considera que o caso apresentado não se enquadra nas hipóteses de ressarcimento previstas no art. 77 da Instrução CVM 461 e, por isso, defende o não provimento do recurso impetrado pelo reclamante,

32. Nestes termos, propõe-se a sujeição do pedido à apreciação do Colegiado, com proposta de relatoria por esta GME/SMI.

Atenciosamente

Wagner Silveira Neustaedter

Gerente de Estrutura de Mercado e Sistemas Eletrônicos - GME

Em Exercício

Ao SGE, de acordo com a manifestação da GME.

Carlos Eduardo Pereira da Silva

Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários - SMI

Em Exercício

Ciente.

À EXE, para as providências exigíveis.

Alexandre Pinheiro dos Santos

Superintendente Geral

Atenciosamente,



Documento assinado eletronicamente por **Wagner Silveira Neustaedter, Gerente em exercício**, em 26/07/2019, às 18:05, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Carlos Eduardo Pereira da Silva, Superintendente em exercício**, em 26/07/2019, às 18:26, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Pinheiro dos Santos, Superintendente Geral**, em 26/07/2019, às 18:36, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site



https://sei.cvm.gov.br/conferir_autenticidade, informando o código verificador **0806643** e o código CRC **56872B2D**.

This document's authenticity can be verified by accessing

https://sei.cvm.gov.br/conferir_autenticidade, and typing the "Código Verificador" **0806643** and the "Código CRC" **56872B2D**.

Referência: Processo nº 19957.004436/2018-34

Documento SEI nº 0806643