

PARECER DA SUPERINTENDÊNCIA JURÍDICA

BSM SUPERVISÃO DE MERCADOS

PROCESSO ADMINISTRATIVO ORDINÁRIO Nº 24/2017

Defendente: Francisco Frauendorf

1. RELATÓRIO

1.1. Termo de Acusação

1. O Diretor de Autorregulação da BSM Supervisão de Mercados (“BSM”), no exercício da competência que lhe é conferida pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários (“ICVM”) nº 461/2007 instaurou, em 28.2.2018, o processo administrativo disciplinar ordinário em face do agente autônomo de investimentos Francisco Frauendorf (“Francisco” ou “Defendente”), vinculado à época dos fatos à Corretora [REDACTED] (“Corretora”), devidamente qualificado no Termo de Acusação (fl. 1), em razão dos fatos e elementos de autoria e materialidade identificados no âmbito do processo do Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos nº 499/2016 (“Processo de MRP”), instaurado a partir da Reclamação apresentada pelos investidores [REDACTED] (“[REDACTED]”) e [REDACTED] (“[REDACTED]”) em conjunto com [REDACTED] (“Investidores”) em face da Corretora.

2. De acordo com o Termo de Acusação, Francisco, agente autônomo de investimento responsável pelo atendimento dos Investidores perante a Corretora no período de 31.7.2015 a 16.3.2016 (“Período da Acusação”), utilizou senha e assinatura eletrônica dos Investidores para acessar o sistema *Home*

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 2 de 29

Broker da Corretora, em infração ao artigo 13, inciso VII da ICVM nº 497/2011¹, e decidir e executar operações em seus nomes, o que teria causado prejuízo no valor de R\$ [REDACTED] ([REDACTED] para [REDACTED] (fl. 1).

3. Francisco teria enviado mensagens escritas e de áudio a [REDACTED] por meio da ferramenta *Whatsapp* para informar-lhe a respeito dos resultados das operações executadas (CD às fl. 146).

4. Para comprovar a conduta irregular do Defendente, a Acusação analisou as mensagens escritas e de áudio trocadas entre [REDACTED] e o Defendente a partir das operações executadas em nome dos Investidores no Período da Acusação e da forma de registro dessas operações, com base no Relatório de Auditoria nº 09/2018 elaborado pela Superintendência de Auditoria de Negócios da BSM ("Relatório de Auditoria nº 9/2018") (fls. 198/217).

5. Segundo o Termo de Acusação, essa análise comprova que o Defendente utilizou o usuário de *login* e a senha eletrônica dos Investidores para acessar o sistema *Home Broker* da Corretora e executar operações em nome dos Investidores.

6. Ainda de acordo com o Termo de Acusação, o próprio Defendente teria admitido a utilização das senhas e assinaturas eletrônicas dos Investidores no sistema *Home Broker* da Corretora.

7. A Acusação concluiu que Francisco utilizou as senhas e assinaturas eletrônicas dos Investidores para acessar o sistema eletrônico *Home Broker* da Corretora e executar operações em nome dos Investidores, em infração ao artigo

¹ "Art. 13. É vedado ao agente autônomo de investimento ou à pessoa jurídica constituída na forma do art.2º. (...) VII – usar senhas ou assinaturas eletrônicas de uso exclusivo do cliente para transmissão de ordens por meio de sistema eletrônico."

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 3 de 29

13, inciso VII da ICVM nº 497/2011.

1.2. Defesa de Francisco

8. Francisco, devidamente intimado, apresentou sua defesa em 4.4.2018², na qual alegou que:

(a) os Investidores o autorizaram, direta e pessoalmente, a aplicar seus recursos para que fossem investidos em busca de rentabilidade superior a que auferiam na aplicação em fundos de renda fixa (fl. 223);

(b) as operações executadas no Período da Acusação foram realizadas por meio de senha de acesso dos Investidores ao sistema *Home Broker*, acessada por Francisco e pelos próprios Investidores, simultaneamente, em livre e regular exercício da discricionariedade e liberdade dos Investidores (fl. 223);

(c) as ordens, quando inseridas pelo sistema *Home Broker*, presumem-se inseridas pelo próprio cliente e, por isso, “*dispensam maiores controles de risco para operações pouco complexas e sem normas específicas*” (fl. 223);

(d) mesmo após prejuízo de R\$ [REDACTED] ([REDACTED] [REDACTED]), os Investidores concordaram em manter o mesmo *modus operandi* e reforçaram a confiança na continuidade das aplicações de seus ativos para investimento em renda variável (fl. 223);

(e) [REDACTED] acompanhava todas as operações executadas em

² O prazo para Francisco apresentar defesa era dia 4.4.2018, data em que recebemos a defesa via e-mail. A via física, foi recebida dia 5.4.2018 na BSM.

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 4 de 29

seu nome e em nome de [REDACTED] e também conversava com ele diariamente sobre seus investimentos e resultados obtidos. Além disso, os Investidores eram cientificados das operações executadas a partir do recebimento de notas de corretagem, extrato de custódia, avisos de negociação de ativos, extratos de conta-corrente, etc. (fl. 223);

(f) sua atuação como agente autônomo de investimento foi exercida de acordo com os termos previstos na ficha cadastral e no termo de adesão ao contrato de intermediação assinado pelos Investidores (fl. 224);

(g) a formação profissional e o perfil agressivo de [REDACTED] são suficientes para afastar a alegação de desconhecimento dos riscos do mercado e das cláusulas contratuais contidas nos instrumentos contratuais celebrados entre as partes (fl. 225);

(h) os Investidores tinham ciência de que sua senha de acesso ao sistema *Home Broker* não poderia ser compartilhada com terceiros e, caso o fizesse, a responsabilidade seria do próprio cliente da Corretora, conforme previsão das cláusulas 15.2, 15.4 e 15.5 do Contrato de Intermediação³ (fl. 225);

(i) na ficha cadastral, os Investidores informaram que não autorizavam a transmissão de ordens por meio de procurador ou

³ "15.2 O CLIENTE declara-se ciente de que a senha de utilização dos sistemas eletrônicos é de uso exclusivo, pessoal e intransferível.

15.4 O CLIENTE deverá manter em absoluto sigilo a senha e assinatura eletrônica, responsabilizando-se pela sua cessão a terceiros.

15.5 A utilização da senha de acesso e da assinatura eletrônica, bem como as operações que o CLIENTE realizar por meio dos sistemas eletrônicos, serão consideradas, para todos os fins e efeitos, como manifestação expressa de vontade do CLIENTE sendo reputadas, portanto, como sua assinatura de próprio punho."

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 5 de 29

representante (fl. 226);

(j) de acordo com a resposta da Corretora, quando questionada pelo Ombudsman da então BM&FBOVESPA, *“a própria cliente confessou que compartilhou esses dados [senha e assinatura eletrônica] com terceiros, o que nos faz concluir, de antemão, que este fato nos tira qualquer responsabilidade [da Corretora] sobre as operações realizadas via HB. Ao bem da verdade, aos nossos olhos, essas operações foram transmitidas pelo próprio cliente.”* (fl. 227);

(k) em seu depoimento⁴ em juízo, [REDACTED] teria declarado que *“Eu acompanhava, eu não sou trouxa. Depois do que ele tinha feito [operações malsucedidas em 2015], eu falei. Tanto que eu pedi pra ele montar pra mim uma planilha aqui, pra eu ficar em cima.”* (fl. 229);

(l) as declarações feitas no Termo de Declarações do I.P. nº 459/2016 deveriam ser cotejadas e consideradas em seu contexto completo, tão somente na esfera penal, sob devido processo legal, com amplo exercício do contraditório e do direito de defesa. (fl. 231);

(m) a decisão proferida no âmbito do processo judicial nº [REDACTED], em andamento na [REDACTED] Vara Criminal Federal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem ou Ocultação de Bens, Direito e Valores, destacou que as operações realizadas por Francisco não incorreram em ofensa ao sistema financeiro nacional, visto que tal infração exige finalidade específica de alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado financeiro. (fls. 231/232);

(n) da análise das conversas mantidas com [REDACTED] por meio

⁴ Francisco não menciona em que ocasião Marcelo teria feito referida declaração.

1.4. Termo de Compromisso

10. Até a presente data, o Defendente não manifestou interesse em celebrar Termo de Compromisso com a BSM.

2. PARECER

11. O escopo do presente Processo Administrativo é apurar a responsabilidade de Francisco, na qualidade de agente autônomo de investimento, por ter utilizado senha e assinatura eletrônica de uso exclusivo dos Investidores para transmissão de ordens por meio de plataforma de negociação de uso do cliente final no período de 31.7.2015 a 16.3.2016, conduta vedada pelo artigo 13, inciso VII da ICVM nº 497/2011.

II – Condenar os réus, solidariamente, a título de dano moral, ao pagamento da quantia de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais). Quantia essa devidamente atualizada pela correção monetária, nos termos da tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, a partir deste arbitramento;

III – Condenar ainda os réus, por serem litigantes de má-fé, solidariamente, ao pagamento de multa no valor de 3% do valor corrigido da causa, considerando a gravidade dos fatos e o flagrante abuso do direito de defesa que, acabou por ofender os princípios da boa-fé processual e da cooperação;

IV – Condenar os réus, solidariamente, a indenizar os autores no percentual de 2% do valor dado à causa, deixando-se de condená-los em honorários de advocatícios, já que os autores atuaram em causa própria e são beneficiários da gratuidade processual;

V – Condenar os réus, solidariamente, ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários de advogado, fixados em 10% do valor da condenação; e

VI – Por fim, conceder tutela de evidência para o fim de determinar, inicialmente, diante do caráter protelatório das defesas apresentadas, o bloqueio monetário da quantia suficiente e aproximado à satisfação da condenação material aqui imposta no montante de R\$ 2.420.472,43 (dois milhões, quatrocentos e vinte mil, quatrocentos e setenta e dois reais e quarenta e três centavos), porque incontroversa, deduzindo-se, desse valor os que já foram bloqueados e se encontram depositados judicialmente, tanto em nome do Réu Francisco, no montante atual de R\$ 434.688,39, quanto em nome da [REDACTED] valor esse não levantado pela própria ré [REDACTED] Corretora, no montante atual de R\$ 384.586,13, o que resulta no valor de R\$ 1.601.197,91 (um milhão, seiscentos e um mil, cento e noventa e sete reais e noventa e um centavos) (R\$ 2.420.472,43 – R\$ 434.688,39 – R\$ 384.586,13 = R\$ 1.601.197,91).

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 8 de 29

2.1. Preliminar

12. Em sua defesa, Francisco alegou que “os excertos de Declarações feitas no I.P. 459/2016, tem que ser cotejados e considerados em seu contexto completo, tão somente na esfera penal, sob devido processo legal, com amplo exercício do contraditório e do direito de defesa (...)” (fl. 231).

13. O Defendente contesta, portanto, a apreciação do Termo de Declarações I.P. nº 459/2016 no contexto deste processo administrativo, com fundamento no conceito utilizado no Direito Processual Penal de prova emprestada.

14. Prova emprestada é aquela tomada de um processo, em que foi originalmente produzida, para também gerar efeitos em outro processo, em atenção ao direito à prova das partes ou em razão de economia processual⁶.

15. Com base no conceito de prova emprestada, para que o Termo de Declarações I.P. nº 459/2016 possa ser utilizado no presente processo administrativo, os seguintes requisitos devem ser preenchidos: (a) os fatos e as partes do inquérito policial e neste processo devem ser os mesmos, sobretudo a parte contra quem se pretenda fazer valer a prova⁷ e (b) o direito ao contraditório

⁶ ALENCAR, Claudio Demczuk. “O uso da prova emprestada no processo penal” **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jan/mar, 2012. p.289.

⁷ “É necessário que exista uma afinidade entre o objeto dos dois processos, de modo a não acarretar prejuízo para a defesa da parte contra quem se pretende usar o empréstimo. (...)”

O requisito de ter sido a prova emprestada originalmente produzida em processo em que tenha configurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova constitui simplificação para efeitos didáticos da própria observância do princípio constitucional do contraditório, em muito facilitada pelo fato de que no processo penal um dos polos da ação é quase sempre ocupado pelo Ministério Público. Desse modo, é importante que o operador do direito não perca de vista as demais implicações da observância do contraditório para a disciplina da prova emprestada (...)” ALENCAR, Claudio Demczuk. “O uso da prova emprestada no processo penal” **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jan/mar, 2012. p.289.

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 9 de 29

e a ampla defesa devem ser observados⁸.

16. Ainda sobre a sujeição da prova emprestada ao contraditório em benefício do acusado – no caso, o Defendente – transcrevemos o seguinte trecho da obra de José Frederico Marques:

“A translação de provas de um processo para outro (a chamada prova emprestada) é outra questão ligada ao contraditório. Para Couture, a ‘prova emprestada’, antes que assunto sobre forma processual da prova, constitui um problema de garantias del contradictorio; por isso, ensina o que segue: ‘Quando tenha sido possível o contraditório, a prova deve reputar-se válida’, carecendo, porém, ‘de valor de convicção’ em caso contrário.” (MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Volume II. 3ª atualização. Editora Millennium, 2009, p.305).

17. Na Reclamação apresentada, os Investidores declararam que protocolaram notícia crime perante a Delegacia da Polícia Federal de São José dos Campos a respeito da atuação de Francisco e dos prejuízos que lhes foram causados exatamente pela conduta do Defendente (fl. 19 do CD de fl. 25).

18. Conforme consta às fls. 160/162, o Termo de Declarações I.P. nº 459/2016 refere-se a depoimento feito pelo Defendente na presença de seu advogado, ao respectivo delegado de polícia, na cidade de São José dos Campos – São Paulo, na Sede do Primeiro Distrito Policial de São José dos Campos.

19. No referido depoimento (fls. 160/162), o Defendente declarou, em síntese, que: (a) exercia a função de agente autônomo de investimentos na Corretora, (b) realizava operações em nome dos Investidores desde agosto de 2015, com autorização desses, (c) realizava essas operações por meio do Home

⁸ “Súmula 591 – É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa” (Súmula 591, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017).

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 10 de 29

Broker da Corretora, utilizando as senhas dos Investidores para acesso a esse sistema, conforme fornecidas pelos Investidores, (d) decidia o que comprar, sempre com o acompanhamento de [REDACTED] (e) os Investidores tinham livre acesso à conta e verificavam constantemente as operações que eram realizadas, (f) se comunicava com [REDACTED] pessoalmente ou por telefone, (g) não causou prejuízo algum, a [REDACTED] e [REDACTED] pois o risco é próprio das operações que foram feitas com pleno conhecimento dos Investidores e (h) [REDACTED] e [REDACTED] poderiam a qualquer momento modificar suas senhas.

20. Portanto, os fatos objeto do presente processo assemelham-se aos fatos objeto do depoimento que deu origem ao I.P. nº 459/2016, sendo que o declarante do Termo de Declarações nº 459/2016 de fls. 160/162 dos autos é o próprio Defendente do presente processo administrativo.

21. Verifica-se também que, por meio dos Ofícios de Investigação, a BSM solicitou ao Defendente manifestação específica sobre o Termo de Declaração I.P. nº 459/2016, no contexto da ICVM nº 497/2011, a qual prevê a vedação a utilização de senha de uso exclusivo de cliente para transmissão de ordens por meio de sistema eletrônico.

22. Francisco manifestou-se expressamente a respeito dos Ofícios de Investigação em 2.10.2017 e 14.12.2017 (fls. 173/179 e 187/195), exercendo o seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Naquelas oportunidades, Francisco alegou que: (a) os Investidores possuem perfil agressivo e tinham conhecimento do mercado financeiro; (b) os Investidores mantinham estreita relação de confiança com Francisco, autorizando-o, livre e espontaneamente no exercício de sua própria discricionariedade, a realizar todas as operações por meio do sistema *Home Broker*; (c) os Investidores consultavam e checavam diariamente todas as operações que autorizavam Francisco a realizar via sistema *Home Broker*. Essas manifestações comprovam o atendimento do segundo requisito.

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 11 de 29

23. Dessa forma, o Defendente teve oportunidade de se manifestar sobre a referida prova utilizada pela Acusação e de contrariá-la antes mesmo da instauração do presente Processo Administrativo.

24. Entendemos, portanto, que a Acusação respeitou os requisitos para utilização do Termo de Declarações I.P. nº 459/2016 como prova emprestada no presente processo administrativo, restando afastado qualquer desrespeito ao direito de defesa e do contraditório de Francisco.

2.2. Mérito

2.2.1. Previsão na ICVM nº 497/2011 do uso de senha ou assinatura eletrônica de uso exclusivo do cliente para transmissão de ordens por meio de sistema eletrônico

25. O uso de senhas ou assinaturas eletrônicas de uso exclusivo de cliente para transmissão de ordens por meio de sistema eletrônico é prática expressamente vedada aos agentes autônomos de investimento pelo artigo 13, inciso VII da ICVM nº 497/2011⁹.

26. Referida vedação já constava na antiga ICVM nº 434/2006¹⁰ que regulamentava a atividade de agente autônomo de investimento (essa prática já era considerada irregular pela vedação de representação de clientes por agentes autônomos “para quaisquer fins”, prevista no artigo 16, inciso II daquela Instrução) e foi inserida expressamente na ICVM nº 497/2011, justamente porque os reguladores identificaram tal prática por parte de alguns agentes

⁹ “Art. 13. É vedado ao agente autônomo de investimento ou à pessoa jurídica constituída na forma do art. 2º: VII - usar senhas ou assinaturas eletrônicas de uso exclusivo do cliente para transmissão de ordens por meio de sistema eletrônico;”

¹⁰ “Art. 16. É vedado ao agente autônomo de investimento: (...) II – ser procurador de investidores para quaisquer fins; (...)”.

autônomos de investimento, muitas vezes com anuência dos clientes.

27. Referida justificativa consta nos documentos relativos ao Edital de Audiência Pública nº 03/10 publicado pela CVM, que colocou em audiência pública a minuta que deu origem à ICVM nº 497/2011. Abaixo, destacamos trechos extraídos do referido Edital de Audiência Pública sobre essa vedação, bem como do respectivo Relatório de Análise elaborado após recebidas as contribuições do mercado:

Edital de Audiência Pública Nº 03/10:

“(...) Vale notar que hoje já é vedada a representação de clientes pelos agentes autônomos, para quaisquer fins (art. 16, II, da Instrução CVM nº 434, de 2006), bem como a administração de carteira dos clientes (art. 16, IV, “b”, da Instrução CVM nº 434, de 2006). Essas disposições já demonstram a irregularidade de algumas práticas disseminadas no mercado. Dentre tais práticas, encontram-se (i) tanto a gestão propriamente dita (por meio da emissão de ordens pelos agentes autônomos de investimento ou do uso por eles, das senhas de home broker/WtR dos próprios clientes), como (ii) a colocação dos agentes autônomos, nas fichas cadastrais dos clientes por ele apresentados, como representantes destes para uma série de fins. De qualquer maneira, a própria dinâmica do mercado fez com que muitos dos dispositivos da regra atual sejam interpretados de maneira nem sempre coerentes com as intenções da regulamentação (...)”.

Relatório de Análise da Audiência Pública SDM nº 03/2010:

“O uso de senhas eletrônicas já é, com efeito, vedado. Pela adoção de tal prática por alguns agentes autônomos, porém, a CVM optou por manter vedação expressa também na presente Instrução, nos termos em que proposto na Minuta. É bem verdade que, muitas vezes, tal prática é adotada com a anuência de clientes. Não pareceu adequado, porém, criar responsabilidade direta para os clientes aqui. A norma se destina a restringir práticas irregulares por agentes de mercado (...)”.

28. A anuência do cliente quanto à utilização de sua senha de acesso à plataforma de *Home Broker* por agentes autônomos de investimento não exclui

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 13 de 29

a ilicitude da conduta do agente autônomo de investimento, como se vê dos trechos acima transcritos.

2.2.2. Do reconhecimento do Defendente

29. Verifica-se nos autos que Francisco reconheceu, em três oportunidades, que utilizou as senhas e assinaturas eletrônicas dos Investidores para realizar operações em seus nomes no sistema de *Home Broker* da Corretora, bem como que tinha discricionariedade para decidir as operações que executava em nome desses clientes.

30. Conforme o Termo de Declarações I.P nº 459/2016 apresentado pela Acusação (fls. 160/162 dos autos), Francisco reconheceu que utilizava as senhas e assinaturas eletrônicas dos Investidores para acesso ao sistema *Home Broker* da Corretora para executar operações em seus nomes:

“(…) Como já explicou exerce suas funções como agente junto à [REDACTED] realizando operações de investimentos na forma da legislação e regulamentação em vigor, expressamente autorizada por eles, inclusive, com liberação de senha, no âmbito de sua discricionariedade, com plena assunção, por eles, dos riscos, especialmente os de suportar perda financeira em decorrência de liquidação das operações em face da imprevisibilidade e volatilidade, próprias do conjunto das operações, a partir de contas mantidas por eles junto à [REDACTED] (…)

Que operava as senhas de [REDACTED] e [REDACTED] livre e espontaneamente fornecidas por eles e o [REDACTED] acompanhava, diariamente, mediante log in todas as operações (…)

Que desde agosto de 2015 fazia as operações para [REDACTED] e [REDACTED] sempre autorizado por eles que checavam, diariamente, as operações e [REDACTED] recebia todas as Notas de Corretagem e acessava as contas frequentemente. (…) (original sem grifos)”.


Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 14 de 29

31. No mesmo sentido, Francisco reconheceu nas manifestações aos Ofícios de Investigação apresentados pela Acusação às fls. 172/183 que executava operações em nome dos Investidores por meio de senha de acesso ao *Home Broker* fornecida por eles:

“Os Recorrentes mantinham estreita, permanente e iterativa relação de confiança com seu Agente Autônomo, autorizando-o, livre e espontaneamente, expressamente, no exercício de sua própria discricionariedade, a realizar todas as operações, através do home broker”. 179 e 194) (original sem grifos).

32. Na Defesa apresentada às fls. 222/236 dos autos, Francisco reconhece, conforme trechos destacados abaixo, que tinha poder decisório sobre as operações que realizava em nome dos Investidores e, por meio da senha e assinatura eletrônica fornecida pelos próprios Investidores, inseria todas as ordens no sistema *Home Broker* da Corretora:

██████████ e ██████████ sob orientação do cônjuge varão ██████████, advogado, me autorizaram, direta e pessoalmente, a aplicar seus recursos, para que fossem investidor em busca de rentabilidade superior à que auferiram na aplicação em fundos de renda fixa, que o casal mantinha até então; (...)” (fl. 223) (original sem grifos).

“**As operações, somente agora impugnadas pelos investidores foram, então, realizadas por meio de sua senha de acesso ao sistema home broker, por eles e por mim, simultaneamente,** em livre e regular exercício da discricionariedade e liberalidade deles investidores, nos termos do disposto no artigo 5º - inciso II da Constituição Federal (...)” (fl. 223) (original sem grifos).

“Os investidores ██████████ e ██████████ tinham plena ciência que podiam, por sua própria conta e risco, discricionariedade e liberalidade deles, compartilhar com quem quisessem a sua senha de acesso ao home broker, pois isso constava expressamente das cláusulas 15.2, 15.4 e 15.5 do CONTRATO.” (fl. 225).(...

“Atuei como Agente cumprindo orientações dos Investidores ora Recorrentes ██████████ e ██████████ que, acompanharam, com ‘log in’ diário, todas as operações realizadas e me incentivaram

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 15 de 29

a prosseguir nas aplicações quando elas lhe propiciavam lucros e até mesmo quando lhes acarretavam prejuízos. (...)” (fl. 228) (original sem grifos).

“Os INVESTIDORES mantinham estreita, permanente e iterativa relação de confiança com seu Agente Autônomo, **autorizando, livre e espontaneamente, expressamente, no exercício de sua própria discricionariedade, a realizar todas as operações, através do home broker;** (...)

” (fl. 236) (original sem grifos).

33. Os trechos destacados da Defesa, das manifestações aos Ofícios de Investigação e do Termo de Declarações I.P. nº 459/2016, comprovam que Francisco utilizou as senhas e assinaturas eletrônicas fornecidas pelos Investidores para realizar operações em seus nomes por meio do sistema de *Home Broker* da Corretora, durante o período de relacionamento com os Investidores, em infração ao inciso VII do artigo 13 da ICVM nº 497/2011.

34. Conforme se verá na seção abaixo, a Acusação apresentou evidências do uso das senhas dos Investidores por Francisco para o envio de ordens por meio do sistema de *Home Broker* da Corretora.

2.2.3. Do uso de senha ou assinatura eletrônica de uso exclusivo de cliente para transmissão de ordens por meio de sistema eletrônico

35. A Acusação anexou as conversas entre [REDACTED] e Francisco por meio da ferramenta *Whatsapp* (fl. 146) e transcreveu trechos que comprovam que Francisco decidia e executava operações em nome dos Investidores e, posteriormente, reportava o resultado das operações realizadas naquele dia.

36. A Acusação relacionou essas conversas com as operações listadas no Relatório de Auditoria nº 9/2018 de fls. 198/217, todas registradas via DMA, a fim de demonstrar a efetiva utilização das senhas dos Investidores por Francisco na execução de operações em seus nomes por meio do sistema de

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 16 de 29

Home Broker da Corretora, conforme os exemplos abaixo.

37. No trecho abaixo, por exemplo, analisado na fl. 14 do Termo de Acusação e constante no CD de fl. 146, verifica-se que Francisco informa o resultado da operação por ele decidida e executada em nome dos Investidores:

Dia 14.12.2015:

Francisco: *Oi [REDACTED] ... Dia difícil e sem volume, mas deu para somar uns 80,00 humilde ... Quando operação andar a favor e não pegar stop de segurança consegue mais ... Mas vamos na humildade e tentando somar sempre. Ficou uma operação no Bradesco que usa somente 4500 de caixa. Como não pegou stop dá para carregar*

38. É possível verificarmos no Relatório de Auditoria nº 9/2018 apresentado pela Acusação (fl. 202) que, no dia 14.12.2015, foi executada uma operação de compra de 5.000 ações BBDCA21 no valor de [REDACTED] em nome de [REDACTED] o que converge com a seguinte afirmação de Francisco acima transcrita “*Ficou uma operação no Bradesco que usa somente [REDACTED] de caixa. Como não pegou stop dá para carregar*”.

39. Conforme referido relatório, essa posição de compra de 5.000 ações BBDCA21 foi desfeita no dia seguinte, em 15.12.2015, mediante a venda de 5.000 ações BBDCA21. Portanto, a posição de compra foi “carregada” de um dia para o outro, conforme informado por Francisco.

40. Os trechos abaixo transcritos pela Acusação, constantes no CD de fl. 146, também são evidências de que Francisco decidia e executava operações em nome dos Investidores à sua discricionariedade, conforme grifos abaixo:

Dia 22.12.2015:

Francisco: *Vou tentar algo no dólar ou índice agora à tarde*

Francisco: *Deu stop no dolar... 260*

Francisco: *Bancos agora não saem do lugar... Volume fraco demais*

Francisco: *Devido a tudo isso nem vou fazer mais nada hoje.*

Dia 6.1.2016:

██████████ *Bom dia. Vi que ontem você fez um cancelamento de venda das ações Bradesco. Ó que é que você fez? Era para comprar e deixar!*

Francisco: *Oi ██████████... Tive uma reunião longa de manhã que virou almoço em seguida ... Vou ligar o comp aqui e te ligo jaja.*

41. Conforme indicado pela Acusação na fl. 15 e verificado no Relatório de Auditoria nº 9/2018 (fl. 211), no dia 22.12.2015 foram executadas operações de compra e venda realizada com WDOF16 em nome de ██████████ De acordo com o referido relatório, o resultado dessa operação foi negativo em R\$ ██████████ em conformidade com a mensagem de Francisco (“*Deu stop no dolar... 260*”).

42. Em relação ao dia 6.1.2016, verifica-se que Francisco não se reportou aos Investidores sobre as operações realizadas (██████████: *Bom dia. Vi que ontem você fez um cancelamento de venda das ações Bradesco. Ó que é que você fez? Era para comprar e deixar!*”). Conforme consta no Relatório de Auditoria nº 9/2018 (fl. 202) e na Acusação à fl. 15, nesse dia foi realizada uma venda em nome de ██████████ de 30.000 quantidades de BBDCA21 compradas no pregão de 21.12.2015, gerando um resultado negativo de R\$ 16.400,00, novamente em convergência com as mensagens trocadas entre ██████████ e Francisco.

43. Esses e os demais exemplos analisados no Termo de Acusação às fls. 14-18 dos autos são evidências de que Francisco efetivamente utilizou as senhas dos Investidores para decidir e executar as operações relacionadas no Relatório de Auditoria nº 9/2018 durante o Período da Acusação, período em que Francisco manteve relacionamento com os Investidores.

44. Conforme apresentado na Acusação, no período compreendido entre 7.3.2016 e 16.3.2016, Francisco adotou estratégia de investimentos que acarretou em perda do patrimônio dos Reclamantes, o que é comprovado pelas

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 18 de 29

mensagens de áudio trocadas entre Francisco e [REDACTED] nos dias 15.3.2016 e 16.3.2016 constantes no CD de fl. 146, transcritas no Termo de Acusação na fl. 18 dos autos:

Dia 15.3.2016 (áudio transcrito)

Francisco: *“Putz, nem me fale [REDACTED] tinha esquecido uma ordem aberta ali que era pra fazer uma pressão compradora pra subir que eu tava operando comprado. Eu tinha feito o trade lá e começou a desabar. Eu vou ter que fechar um prejuizozinho meio grande cara. Vamos fechar no leilão, eu esqueci que tá fechando as 5 agora. Começa after de novo mas vamos ver, nada absurdo que vai afetar o resultado global de 2 semanas. Vamos ver o que acontece aí.”*

Francisco: *“Esqueci que estava fechando às 5h agora, eu ia deixar até as 6h. Putz eu fiz uma cagada meio grande aí, deve ter dado talvez uns 70 de prejuízo, foi 22 o índice lá. Pelo menos nas duas semanas está positivo cara. Nossa, que bode que eu tô. Nossa, nem me fala, mas tudo bem, eu preferi fechar o trade, não vou carregar nada porque o mercado tá pesado, mas amanhã eu te pego os números de corretagem certinho e te mando e vamos fazendo aquela conta lá sem problema.”*

Dia 16.3.2016 (379) (áudio transcrito)

[REDACTED] *“Kiko me atende, pelo amor de Deus, Kiko, me atende, pelo amor de Deus”.*

[REDACTED] *“Kiko, pelo amor de Deus, a [REDACTED] acabou de receber um email sobre a liquidação da conta. O que é isso? Me retorna hoje assim que você olhar o celular.”*

Dia 17.3.2016 (385) (áudio transcrito)

[REDACTED] *“Meu Deus, você é um filho da **** e ainda some cara. Você acabou com a minha vida. Cadê você, filho da ****”*

45. De acordo com o Relatório de Auditoria nº 9/2018, as últimas operações realizadas em nome de [REDACTED] ocorreram em 16.3.2016, o que converge com o teor das conversas acima transcritas e a indignação de [REDACTED]

46. Portanto, da análise das mensagens trocadas entre Francisco e [REDACTED] (escritas e áudios) por meio da ferramenta *Whatsapp* constante no CD

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 19 de 29 de fls. 146, em conjunto com o Relatório de Auditoria nº 9/2018, além do reconhecimento do Defendente verificado nas manifestações de fls. 172/183 apresentadas em resposta aos Ofícios de Investigação, nas declarações fornecidas por Francisco em depoimento realizado na sede do Primeiro Distrito Policial de São José dos Campos, conforme formalizado no Termo de Declarações I.P. nº 459/2016 (fls. 160/162), e na Defesa apresentada às fls. 222/236, entendemos estar provado que Francisco utilizou as senhas dos Investidores para acesso ao *Home Broker* da Corretora para decidir e executar discricionariamente operações em nome dos Investidores, no período de 31.7.2015 a 16.3.2016 (Período da Acusação), via DMA.

47. Conforme a seguir exposto, as alegações apresentadas pelo Defendente em sua defesa de fls. 222/236, resumidas na seção 1.2 deste Parecer, não afastam as comprovações acima analisadas.

48. Francisco alega ter sido autorizado pelos Investidores a operar seus nomes e que os Investidores consentiram com as operações executadas.

49. O Defendente se utilizou das mensagens e áudios trocados entre Francisco e [REDACTED] por meio da ferramenta *Whatsapp* para pretender demonstrar “*evidente e expressa autorização [dos Investidores] e incentivo à minha [sua] atuação*” (fls. 230/231).

50. Francisco também ressaltou, em sua Defesa, alguns trechos das conversas de *Whatsapp* que, segundo ele, “*demonstram e comprovam, à sociedade, o consentimento, a autorização e o incentivo deles Investidores ao seu então Agente Autônomo, para continuar com as aplicações de risco alavancadas*” (fls. 232/233), como, por exemplo, o trecho abaixo:

“Dia 27/07/2015
11: 33 – [REDACTED] Kiko, tô pesquisando no site da [REDACTED] e
achei um fundo de investimento nome [REDACTED]”

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 20 de 29

██████████ deu 7,8 mês
11:33 – ██████████ O que você acha?
11:34 – Kiko: *Honestamente ainda não conheço esse fundo*
11:34 – Kiko: *Já vejo e te falo*
11:34 – ██████████ OK
11:35 – Kiko: *Mas é provável que seja atrelado ao mercado de ações u dólar pois uma rentabilidade dessas no mês é bem expressiva*
11:35 – ██████████ *no ano deu 31,56%*
11:36 – ██████████ *Fiquei tentado.”.*

“Dia 14/08/2015

15:37 – Kiko: *Vai alavancar legal... Tem uma parte lançada em opção para segunda, mas não será exercida...
Dá até pra deixar solta um tempo...*
15:39 – ██████████ *Legal*
Vamos acreditar que vai ser bom, obrigado.”.

“Dia 04/09/2015

10:18 – Kiko: *Patrimônio já superou 700 sem novo aporte*
10:18 – Kiko: *Vamos brigando dia a dia... hehehe*
10:30 – ██████████ *Legal. Parabéns. Guerra de trincheira, kkk.”.*

51. Francisco alega que os Investidores o orientavam e o instruíam, podendo, a qualquer tempo, interromper ou desautorizar quaisquer operações autorizadas anteriormente.

52. Conforme tratado nos itens 37/51 deste parecer, Francisco utilizou a senha e assinatura eletrônica dos Investidores para decidir e executar operações em seus nomes no Período da Acusação.

53. A Defesa centra-se no argumento de que os Investidores teriam fornecido espontaneamente ao Defendente suas senhas e assinaturas eletrônicas e de que teriam ciência e estariam anuentes com a execução de operações em seus respectivos nomes pelo Defendente.

54. No entanto, a Acusação refere-se à conduta do Defendente de infração ao inciso VII do artigo 13 da ICVM nº 497/2011, o qual veda aos agentes autônomos a utilização de senha ou assinatura eletrônica de uso exclusivo do

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 21 de 29

cliente para transmissão de ordens por meio de sistema eletrônico. Conforme tratado na seção 2.2.1 deste Parecer, independentemente da concordância dos Investidores, Francisco não poderia acessar a conta dos Investidores por meio do sistema *Home Broker* da Corretora, decidir e executar operações em seus nomes, sob pena de infração ao art. 13, VII, da ICVM 497/2011.

55. Francisco alega que os Investidores, livre e espontaneamente, forneceram suas senhas e assinaturas eletrônicas para que ele executasse operações em seus nomes por meio do sistema *Home Broker* da Corretora e, por isso, restaria *“nítido e evidente reconhecimento da culpa exclusiva dos investidores bem como da assunção pelos mesmos, dos riscos das operações/aplicações que assim realizávamos.”* (fl. 229).

56. A conduta dos Investidores de ceder senha de acesso ao sistema *Home Broker* da Corretora para o Defendente também foi identificada no âmbito do Processo de MRP, o que ensejou a decisão de improcedência da reclamação pelo Diretor de Autorregulação da BSM.

57. Nessa decisão, o Diretor de Autorregulação da BSM destacou que *“foi a conduta dos próprios investidores – cessão de login e senha de acesso ao Home Broker da Reclamada à Francisco - que deu origem às operações que geraram o prejuízo reclamado, o que não caracteriza hipótese de ressarcimento pelo MRP nos termos do artigo 77 da Instrução CVM nº 461/2007. Cabia aos Reclamantes administrar sua conta junto à Reclamada e seus recursos de forma diligente, observando, em relação ao Contrato de Intermediação, os princípios de boa-fé civil.”* (fls. 103/104 do CD de fl. 25).

58. A decisão de improcedência da reclamação dos Investidores no âmbito do Processo de MRP não impede a apuração da conduta irregular do Defendente no âmbito do presente processo administrativo.

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 22 de 29

59. Conforme esclarecido no Termo de Acusação, existem na BSM dois âmbitos processuais distintos: (1) um, o MRP, que consiste em um mecanismo de proteção e reparação ao investidor em casos de prejuízos específicos, causados por participantes do mercado, conforme estipula o artigo 77 da ICVM nº 461/2007 e (2) o outro, apura infrações cometidas por participantes do mercado às normas cujo cumprimento a BSM está incumbida de fiscalizar e aplicar as penalidades cabíveis.

60. Nesse sentido, no MRP a conduta do investidor-reclamante é valorada no contexto da relação comercial estabelecida com o intermediário-reclamado, para apuração da responsabilidade do prejuízo sofrido e do cabimento da sua reparação ao reclamante. Naquele âmbito, a conduta do investidor é analisada à luz do padrão de conduta esperado do homem médio, diligente e probo. A cessão voluntária à terceiro, pelo investidor, de sua senha e assinatura eletrônica de acesso ao sistema eletrônico de negociação do intermediário – informações pessoais e intransferíveis (conforme contratado naquela relação comercial com a Corretora) e que conferem poder de negociar valores mobiliários com os recursos financeiros do investidor –, como ocorreu no caso dos Reclamantes, não é compatível com o standard de diligência mínima que se espera do homem médio.

61. Nesse sentido, a decisão de improcedência do pedido formulado pelos Investidores visa evitar a adoção de medida extremamente protetora que pode gerar o risco moral (“*moral hazard*”) dos investidores de agir de forma negligente em razão da existência de mecanismo de ressarcimento de prejuízos.

62. Por outro lado, não se pode aceitar a conduta do Defendente que, de sua parte, não atendeu o padrão de conduta profissional que dele era esperado. Os agentes autônomos de investimentos devem cumprir com as regras a que estão sujeitos, exercendo suas atividades em conformidade com a ICVM nº

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 23 de 29
497/2011, segundo o qual o agente autônomo de investimento não pode utilizar senha pessoal de investidor.

63. Portanto, referida conduta dos Investidores não afasta a vedação que era imposta ao Defendente pela ICVM nº 497/2011, artigo 13, inciso VII, de utilizar senhas e assinaturas eletrônicas de uso exclusivo de cliente para transmissão de ordens por meio de sistema eletrônico do intermediário, como visto na sessão 2.2.1 deste Parecer.

64. As alegações de Francisco apresentadas em sua Defesa no sentido de que *“os Investidores tinham e têm conhecimento do mercado financeiro e sempre ostentaram perfil agressivo, inclusive para o risco, consentindo, expressamente, a realização de operações não conservadoras, tais como ‘day trade’ e compra e venda de ações”* (fl. 235) e também de que os Investidores *“tinham a sua disposição, para fins de monitoramento de suas contas, Notas de Corretagem enviadas diariamente pela CORRETORA, Extratos de Custódia da BM&FBOVESPA, Avisos de Negociação de Ativos (ANA’s), Extratos de Conta Corrente, etc.”* (fl. 223) também não afastam referida vedação.

65. O Defendente não poderia, em nenhuma hipótese, utilizar senha de uso exclusivo dos Investidores para decidir e executar operações em nome dos Clientes por meio do sistema de *Home Broker* da Corretora, mesmo que por livre e espontânea vontade desses clientes, como tratado na sessão 2.2.1 deste Parecer.

66. A vedação da utilização de senha por agentes autônomos de investimento tem como objetivo a prevenção do conflito de interesses com os clientes da corretora, considerando que a remuneração do agente autônomo de investimento é, geralmente, atrelada aos negócios realizados pelos clientes por ele indicados.

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 24 de 29

2.2.4. Da responsabilidade de Francisco

67. A partir da análise das provas e alegações constantes no presente Processo Administrativo constante das seções 28 e 2.2.3 deste Parecer, entendemos estar comprovado que Francisco utilizou as senhas de uso exclusivo dos Investidores para acesso ao sistema de *Home Broker* da Corretora e decidiu e executou operações em nome dos referidos clientes, em infração ao inciso VII do artigo 13 da ICVM nº 497/2011, as quais causaram um prejuízo no valor de R\$ [REDACTED] ([REDACTED] [REDACTED] para [REDACTED] (fl. 217). Entendemos, portanto, que Francisco deve ser responsabilizado por infração ao inciso VII do artigo 13 da ICVM nº 497/2011.

68. É de responsabilidade dos agentes autônomos de investimento orientar os investidores sobre os limites de sua atividade e se restringir a atuar dentro de tais limites, mesmo quando lhe for solicitado extrapolar suas atividades regulamentares previstas na ICVM nº 497/2011.

69. Deste modo, ainda que os Investidores tivessem incentivado e concordado com a decisão e execução de operações por Francisco por meio do sistema *Home Broker*, o Defendente não poderia ter aceitado, em razão da vedação disposta no artigo 13, inciso VII da ICVM nº 497/2011.

2.2.5. Precedentes

70. Para fins de análise e comparação do presente caso com os precedentes da BSM, destacamos os principais elementos do presente processo:

- (a) Francisco, na qualidade de agente autônomo de investimento, utilizou senha e assinatura eletrônica de uso exclusivo

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 25 de 29

dos Investidores para decidir e executar operações em nome dos Investidores por meio do sistema de *Home Broker* da Corretora no Período da Acusação;

(b) Embora tenha reconhecido que utilizou senha e assinatura eletrônica de uso exclusivo dos Investidores para decidir e executar operações em nome dos clientes por meio do sistema de *Home Broker* da Corretora, Francisco não reconheceu a irregularidade da sua conduta.

71. Considerando esses elementos, os precedentes abaixo foram analisados de acordo com os pontos de semelhança e divergência comparados aos do presente processo e focados nas acusações relacionadas ao artigo 13, inciso VII da ICVM nº 497/2011:

- PAD nº 32/2015: Nesse caso, o agente autônomo de investimento foi acusado por ter executado operações com o ativo WDOV15 em nome do investidor, nos dias 14.9.2015 e 15.9.2015, por meio de plataforma de negociação da Corretora por meio de senha e assinatura eletrônica fornecida pelo próprio investidor. Assim como no presente processo administrativo, nesse precedente o agente autônomo de investimento reconheceu a utilização de senha do Investidor para execução de operações, mas não compreende essa atuação como prática irregular. O agente autônomo de investimento foi condenado ao pagamento de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por infração ao artigo 13, inciso VII da ICVM nº 497/2011.

De acordo com o relatório de auditoria elaborado no processo de MRP nº 205/2015 que deu origem ao referido PAD, anexo do Termo de Acusação, nos dias 14.9.2015 e 15.9.2015, o agente autônomo de investimento executou 6 (seis) operações que resultaram em um prejuízo no valor de

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 26 de 29

R\$ 41.206,42 (quarenta e um mil, duzentos e seis reais e quarenta e dois centavos).

- PAD nº 20/2015: Nesse caso, o acusado era empregado de uma empresa de agentes autônomos de investimento vinculada a Corretora, mas, diferente do presente processo, o acusado ainda não possuía credenciamento na CVM para atuar como agente autônomo de investimento à época dos fatos objeto da acusação. Em 1º.8.2012, o acusado, atuando como agente autônomo de fato, solicitou a cliente da Corretora senha e assinatura eletrônica para acesso ao sistema *Home Broker* e, poucas horas depois, executou 1 *day-trade* em nome do cliente com o ativo PDG por meio da referida plataforma de negociação. O acusado, agente autônomo de investimento, foi condenado ao pagamento de multa no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) por infração aos artigos 3º, caput e 13, inciso VII da ICVM nº 497/2011 e a empresa de agente autônomo de investimento à qual o acusado era vinculado foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por infração ao artigo 13, incisos VI e VII da ICVM nº 497/2011.

O Termo de Acusação centrou-se na efetiva utilização da senha pelo agente autônomo de investimentos horas após o recebimento da senha do investidor, conforme elementos disponíveis no processo de MRP que deu origem ao referido PAD. De acordo com a nota de corretagem do dia 1º.8.2012 que integra o processo, a operação de *day-trade* identificada gerou ao cliente um prejuízo de, aproximadamente, R\$ 100,00 (cem reais).

72. Verifica-se que a materialidade da infração do presente processo é bem superior à materialidade da infração dos precedentes analisados, uma vez que, no presente processo, foi comprovado que o Defendente utilizou as senhas

Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 27 de 29

e as assinaturas eletrônicas dos Investidores durante um período de 7 meses e meio (31.7.2015 a 16.3.2016), tendo executado 128 operações, as quais ocasionaram prejuízo no valor de R\$ 1.812.448,20 para os Investidores.

2.2.6. Dosimetria

73. Para a dosimetria da pena eventualmente aplicada ao Defendente, sugerimos que seja considerado, como circunstância atenuante, que até o presente momento, não há qualquer sanção administrativa em face do Defendente transitada em julgado na BSM ou na CVM.

74. Ressaltamos que o reconhecimento de Francisco tratado na seção 2.2.2 deste Parecer, sobre a conduta objeto do Termo de Acusação, não se enquadra na previsão do artigo 39 do Regulamento Processual da BSM¹¹, uma vez que Francisco não compreende que a utilização das senhas e assinaturas eletrônicas dos Investidores configura infração à ICVM nº 497/2011.

75. Como circunstância agravante, a utilização de senha e assinatura eletrônica de uso exclusivo dos Investidores para transmissão de ordens por meio do sistema eletrônico de negociação, infração ao artigo 13, inciso VII da ICVM nº 497/2011, constitui infração de natureza grave, para efeito do disposto no § 3º, do artigo 11 da Lei nº 6.385/1976¹², nos termos do artigo 23 da ICVM nº 497/2011¹³.

¹¹ “Artigo 39 – Na aplicação das penalidades, serão devidamente considerados pelo Diretor de Autorregulação, pela Turma e pelo Pleno o arrependimento eficaz, o reconhecimento posterior do erro ou a circunstância de qualquer acusado que, espontaneamente, confessar a prática das irregularidades ou prestar informações adicionadas sobre os atos e fatos já apurados.”

¹² “§ 3º As penalidades previstas nos incisos IV, V, VI, VII e VIII do caput deste artigo somente serão aplicadas nos casos de infração grave, assim definidas em normas da Comissão de Valores Mobiliários, ou nos casos de reincidência.”

¹³ “Art. 23 Constitui infração grave, para efeito do disposto no § 3º do art. 11 da Lei nº 6.385, de 1976: (...) III – a inobservância das vedações estabelecidas no art. 13 desta Instrução.”

3. CONCLUSÃO

76. Considerando as razões apresentadas acima, os precedentes analisados e, levando em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes identificadas, sugerimos ao Conselho de Supervisão a aplicação de penalidade ao Defendente, conforme disposto no artigo 36 da ICVM nº 461/2007¹⁴, no artigo 62 do Regulamento Processual da BSM¹⁵ e no artigo 30 do Estatuto Social da BSM¹⁶, tendo em vista a existência de descumprimento, pelo Defendente, do artigo 13, inciso VII da ICVM nº 497/2011.

¹⁴ “Art. 36. O Departamento de Auto-Regulação, o Diretor do Departamento de Auto-Regulação e o Conselho de Auto-Regulação são os órgãos da entidade administradora encarregados da fiscalização e supervisão das operações cursadas nos mercados organizados de valores mobiliários que estejam sob sua responsabilidade, das pessoas autorizadas a neles operar, bem como das atividades de organização e acompanhamento de mercado desenvolvidas pela própria entidade administradora.”

¹⁵ “Artigo 62 – As penalidades que podem ser aplicadas pela BSM são:

I – advertência;

II – multa;

III – suspensão, observado o prazo máximo de 90 dias;

IV – inabilitação temporária, pelo prazo máximo de 10 anos, para o exercício de cargos de administradores, empregados, operadores, prepostos e representantes dos Participantes e de administradores, empregados, prepostos e representantes da BSM e/ou da B3;

V – suspensão temporária de um ou mais direitos de acesso do Participantes em relação ao segmento Cetip UTVM da B3 ou aos sistemas administrados pela B3 no segmento Cetip UTVM;

VI – descredenciamento do Participante em relação a um ou mais direitos de acesso do segmento Cetip UTVM da B3; e

VII – outras penalidades previstas nas normas regulamentares e operacionais da própria B3.”

¹⁶ “Art. 30 – As penalidades que podem ser aplicadas pela BSM são:

I – advertência;

II – multa;

III – suspensão, observado o prazo máximo de noventa dias;

IV – suspensão temporária por prazo determinado, podendo ser prorrogável por igual período, de um ou mais direitos de acesso o Participante em relação ao segmento CETIP UTVM da B3 ou aos sistemas administrados pela B3 no segmento CETIP UTVM da B3;

V – descredenciamento do Participante em relação a um ou mais direitos de acesso do segmento CETIP UTVM da B3;

VI – inabilitação temporária, pelo prazo máximo de dez anos, para o exercício de cargos de administradores, empregados, operadores, prepostos e representantes da própria BSM, do Associado Mantenedor ou dos Participantes; e

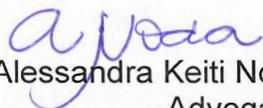
VII – outras penalidades previstas nas normas regulamentares e operacionais da B3.”

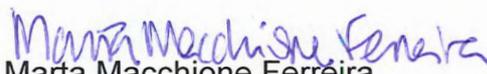
Parecer Jurídico - Processo Administrativo Ordinário nº 24/2017 – Francisco Frauendorf – Fls. 29 de 29

77. Submetemos nosso parecer à consideração superior.

São Paulo, 3 de agosto de 2018.


Luiz Felipe Amaral Calabró
Superintendente Jurídico


Alessandra Keiti Noda
Advogada


Marta Macchione Ferreira
Gerente Jurídica

Ao Defendente para manifestação
e, posteriormente, ao Conselho de Supervisão.


Marcos José Rodrigues Torres
Diretor de Autorregulação em exercício