

BSM SUPERVISÃO DE MERCADOS

CONSELHO DE SUPERVISÃO

TURMA

CONSELHEIRO-RELATOR: JOSÉ FLÁVIO FERREIRA RAMOS

MEMBROS: RODRIGO DE ALMEIDA VEIGA, MURILO ROBOTTON FILHO

PROCESSO ADMINISTRATIVO ORDINÁRIO Nº 24/2017

DEFENDENTE: FRANCISCO FRAUENDORF

RELATÓRIO

1. Introdução

1. Trata-se do Processo Administrativo nº 24/2017 (“PAD 24/2017”) instaurado pelo Diretor de Autorregulação da BSM em face do agente autônomo de investimentos Francisco Frauendorf (“Francisco” ou “Defendente”), vinculado à época dos fatos à Corretora [REDACTED] (“Corretora”), em razão dos fatos e elementos de autoria e materialidade identificados no âmbito do processo de MRP nº 499/2016 (“Processo de MRP”), oriundo de Reclamação apresentada pelos investidores [REDACTED] (“[REDACTED]”) e [REDACTED] (“[REDACTED]” em conjunto com [REDACTED], “Investidores”) em face da Corretora.

2. O PAD 24/2017, distribuído para julgamento sob a minha relatoria, tem por objeto apurar a conduta do Defendente descrita no Termo de Acusação, consistente na utilização de senha e assinatura eletrônica dos Investidores no período de 31.7.2015 a 16.3.2016 (“Período da Acusação”), em infração ao artigo

13, inciso VII da Instrução CVM nº 497/2011¹ (“ICVM nº 497”).

2. Termo de Acusação

3. De acordo com o Termo de Acusação, na Reclamação apresentada ao MRP, os Investidores alegam que Francisco apresentou plano de investimentos no mercado de capitais que traria rendimentos maiores frente aos produtos financeiros disponíveis em bancos de varejo. Para a realização dos referidos investimentos, Francisco teria lhes orientado a abrir conta junto à Corretora e a compartilhar com ele suas senhas de acesso ao *Home Broker*.

4. Segundo os Investidores, foram disponibilizadas a Francisco referidas senhas de acesso ao *Home Broker* da Corretora. Os Investidores também relatam que Francisco se utilizava da ferramenta *WhatsApp* para se comunicar com eles e informá-los sobre os resultados das operações realizadas, por meio de mensagens de áudio, mensagens de texto e envio de planilhas. Referidas mensagens enviadas via *WhatsApp*, no período de 27.5.2015 a 17.3.2016, foram apresentadas pelos Investidores e anexadas ao Termo de Acusação como Doc. 5.

5. Os Investidores também mencionam que Francisco reconheceu a utilização de senha de acesso ao sistema *Home Broker* dos Investidores, conforme Termo de Declaração em Inquérito Policial apresentado no MRP, anexado ao Termo de Acusação como Doc. 8.

6. O Termo de Acusação aponta que Francisco, responsável pelo atendimento dos Investidores perante a Corretora no Período da Acusação, utilizou senha e assinatura eletrônica dos Investidores para acessar o sistema *Home*

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.”

Broker da Corretora, decidir e executar operações em seus respectivos nomes, que resultaram em prejuízo no valor de R\$ [REDACTED] ([REDACTED] [REDACTED]) a [REDACTED] (fl. 1).

7. 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 de fl. 146).

8. A Acusação anexou Termo de Declaração, produzido no âmbito do Inquérito Policial nº 459/2016 (“Termo de Declaração”, fls. 160/162) apresentado pelos Investidores, no qual Francisco declarou, dentre outras coisas, que utilizava as senhas dos Investidores, por eles livre e espontaneamente fornecidas, para realizar operações em seus nomes. Previamente à instauração do PAD 24/2017, o Diretor de Autorregulação franqueou ao Defendente a oportunidade de se manifestar sobre referido documento, o que o fez.

9. A Acusação buscou comprovar a conduta irregular do Defendente a partir das mensagens escritas e de áudio trocadas entre [REDACTED] e o Defendente, da declaração do Defendente no Inquérito Policial nº [REDACTED], 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 (“Relatório de Auditoria nº 9/2018”) (fls. 198/217).

10. Essa análise comprovaria que o Defendente teria utilizado o *login* e a senha eletrônica dos Investidores para acessar o sistema *Home Broker* da Corretora e executar operações em nome dos Investidores. Conduta que, ademais, teria sido admitida pelo próprio Defendente.

11. Diante disso, a Acusação concluiu que Francisco teria utilizado as senhas e assinaturas eletrônicas dos Investidores para acessar o sistema *Home Broker* da Corretora e executar operações em nome dos Investidores, em infração

ao artigo 13, inciso VII da ICVM nº 497.

3. Defesa de Francisco

12. Francisco foi intimado da instauração do PAD 24/2017 em 5.3.2019 e apresentou, tempestivamente, sua defesa em 4.4.2018², por meio da qual alegou que os Investidores o autorizaram, direta e pessoalmente, a aplicar seus recursos em busca de rentabilidade superior à que auferiam na aplicação em fundos de renda fixa (fl. 223), mesmo informados de que o *login* e senha para acesso ao sistema *Home Broker* não poderiam ser compartilhadas com terceiros (fl. 225).

13. Segundo Defendente, o investidor [REDACTED] acompanhava todas as operações executadas no Período da Acusação em seu nome e em nome de [REDACTED], operações essas que teriam sido realizadas por meio de senha de acesso dos Investidores ao sistema *Home Broker*. Além disso, [REDACTED] conversava diariamente com o Defendente sobre seus investimentos e resultados obtidos. De acordo com o Defendente, os Investidores também foram cientificados das operações executadas a partir do recebimento de notas de corretagem, extrato de custódia, avisos de negociação de ativos, extratos de conta corrente (fl. 223).

14. Após prejuízo de R\$ [REDACTED] ([REDACTED]), os Investidores ainda teriam orientado Francisco a manter o mesmo *modus operandi* e reforçado a confiança na continuidade das aplicações de seus ativos para investimento em renda variável (fl. 223).

15. Segundo o Defendente, as conversas mantidas com [REDACTED] por meio da ferramenta *Whatsapp*, “demonstram e compravam, a sociedade, o consentimento, a autorização e o incentivo deles Investidores ao então Agente

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.

Autônomo, para continuar com as aplicações de risco alavancadas.” (fl. 232);

16. O Defendente também informou que [REDACTED], em seu depoimento³ em juízo, teria declarado que acompanhava as operações realizadas por Francisco e, para tanto, teria solicitado o envio de planilha com as operações realizadas (fl. 229).

17. No que se refere ao Termo de Declarações do Inquérito Policial nº [REDACTED], o Defendente alegou que as declarações de [REDACTED] deveriam ser consideradas somente na esfera penal, sob devido processo legal, com amplo exercício do contraditório e do direito de defesa. (fl. 231).

18. Comunicou que 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).

19. Por fim, o Defendente afirma que os Investidores buscam enriquecimento ilícito, na medida em que teriam solicitado o ressarcimento do valor de R\$ [REDACTED] ([REDACTED] [REDACTED]) ao MRP e de R\$ [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]) em processo judicial em trâmite perante o juízo da [REDACTED] Vara Cível de São José dos Campos (fls. 233/234).

4. Despacho do Diretor de Autorregulação

20. Em 23.7.2018, o Diretor de Autorregulação da BSM determinou, por

³ Francisco não menciona em que ocasião [REDACTED] teria feito referida declaração.

meio de despacho, a juntada da sentença proferida pelo juízo da ■ Vara Cível da Comarca de São José dos Campos-SP, no Processo nº ■ – ação de conhecimento ajuizada pelos Investidores em face da Corretora e do Defendente, visando a indenização de danos materiais e morais (fls. 238/311)⁴ –, encaminhada à BSM por ■

⁴ Em 20.6.2018, ■ encaminhou à BSM, por e-mail, a sentença proferida em 18.6.2018 pelo Juiz de Direito Sr. Dr. Luis Maurício Sodré de Oliveira da 3ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos, do Foro de São José dos Campos do Estado de São Paulo, o qual julgou procedente o pedido formulado pelos Investidores, declarando a ilicitude das operações realizadas por Francisco para:

I – Condenar os réus [Francisco e Corretora], solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 2.420.472,43 (dois milhões, quatrocentos e vinte mil, quatrocentos e setenta e dois reais e quarenta e três centavos), a título de danos materiais. Quantia essa devidamente atualizada pela correção monetária, nos termos da tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acrescida de juros remuneratórios de 1% ao mês, tudo a partir da data das transferências bancárias para a ré ■, mais juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação do primeiro réu [Francisco] (CC, artigos 395 e 398);

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 advogados, 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 ■ Corretora, valor esse não levantado pela própria ré ■ 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).

5. Parecer Jurídico

5.1. Preliminar

21. A Superintendência Jurídica da BSM enfrentou a preliminar arguida pelo Defendente informando que o Termo de Acusação respeitou os requisitos da prova emprestada. De acordo com o Parecer Jurídico, os fatos e as partes no Inquérito Policial e no PAD 24/2017 são os mesmos e o direito ao contraditório e à ampla defesa foram respeitados (fls. 319/322).

5.2. Mérito

22. Para a Superintendência Jurídica, os trechos da Defesa apresentada por Francisco (fls. 222/236), suas manifestações aos órgãos da BSM (fls. 172/183) e o Termo de Declaração no Inquérito Policial (fls. 160/162) comprovariam que o Defendente utilizou as senhas e assinaturas eletrônicas fornecidas pelos Investidores para realizar operações em seus nomes por meio do *Home Broker* da Corretora (fls. 326).

23. O fato de os Investidores terem anuído quanto à utilização de *login* e senha para acesso ao sistema *Home Broker* da Corretora não excluiria a ilicitude da utilização de senha ou assinatura eletrônica de uso exclusivo dos Investidores para transmissão de ordens por meio de sistema eletrônico, vedação prevista no inciso VII do artigo 13 da ICVM nº 497.

24. O Parecer Jurídico consignou que a conduta dos Investidores de ceder senha de acesso ao sistema *Home Broker* da Corretora para o Defendente ensejou a decisão de improcedência da reclamação formulada pelos Investidores pelo Diretor de Autorregulação da BSM, visto que *“cabia aos Reclamantes [Investidores] administrar sua conta junto à Reclamada [Corretora] e seus recursos de forma*

diligente, observando, em relação ao Contrato de Intermediação, os princípios da boa-fé civil.” (fls. 103/104 do CD de fls. 25).

25. De acordo com o Parecer Jurídico, o fato de a reclamação ao MRP formulada pelos Investidores ter sido julgada improcedente pelo Diretor de Autorregulação da BSM, não impede que a conduta praticada pelo Defendente seja apurada em processo administrativo disciplinar.

26. Conclui o Parecer Jurídico que a conduta dos Investidores não afastaria a vedação imposta ao Defendente pela ICVM nº 497, 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.

27. De acordo com a Superintendência Jurídica da BSM, o Defendente, na posição de agente autônomo de investimentos, deveria ter orientado os Investidores sobre os limites de sua atividade e recusado os *logins* e senhas fornecidas pelos Investidores no início de seu relacionamento.

28. Para a dosimetria da pena a ser eventualmente aplicada ao Defendente pelo Conselho de Supervisão, a Superintendência Jurídica da BSM sugere que seja considerado, como circunstância atenuante, o fato de não existir, até o momento da elaboração do Parecer Jurídico, qualquer sanção administrativa em face do Defendente transitada em julgado nos âmbitos da BSM ou da CVM.

29. A Superintendência Jurídica da BSM considerou também, como circunstância agravante, o fato de o Defendente supostamente não compreender que a utilização de senha e assinatura eletrônica dos Investidores configura infração à ICVM nº 497/2011.

30. Por fim, a Superintendência Jurídica da BSM destacou que a utilização de senha ou assinatura eletrônica de uso exclusivo de cliente para transmissão de

ordens por meio de sistema eletrônico de negociação, prática vedada pelo 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 6.385/1976⁵, nos termos do artigo 23 da ICVM nº 497/2011⁶.

6. Termo de Compromisso

31. Em 3.9.2018, após o recebimento do Parecer Jurídico, o Defendente apresentou proposta para celebração de Termo de Compromisso com a BSM, por meio da qual se compromete a deixar de atuar como agente autônomo de investimentos (fls. 344).

32. O Conselho de Supervisão da BSM, em reunião realizada em 13.9.2018, condicionou a celebração de Termo de Compromisso com a BSM ao pagamento do valor de R\$ ██████████, considerando a maior gravidade dos fatos objeto do processo em relação aos precedentes da BSM envolvendo utilização de senha por agente autônomo de investimentos, o período total de atuação e o valor do prejuízo causado aos Investidores (fls. 362).

7. Solicitação de produção de provas

33. Em manifestação ao Parecer Jurídico, o Defendente solicitou que a Corretora fosse oficiada para que apresentasse documentos comprobatórios da comissão recebida por ela e pelo próprio Defendente, no que se refere às 476 (quatrocentos e setenta e seis) operações executadas pelos Investidores por meio

⁵ “§ 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.”

⁶ “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.”

do *Home Broker* da Corretora no Período da Acusação (fls. 350 e 359).

34. Após diversas manifestações (fls. 369/370, 372/373, 382, 384/385, 387/388), a Corretora informou que, do valor total de comissão atribuído ao Defendente, foram pagos R\$ [REDACTED] a Francisco e retidos R\$ [REDACTED] para o caso de ressarcimento em eventual condenação no processo judicial ajuizado pelos Investidores.

35. O Defendente, após receber as manifestações da Corretora, solicitou que o Conselho de Supervisão da BSM revise o valor do condicionamento deliberado para celebração de Termo de Compromisso, considerando o valor da comissão recebida.

36. O Defendente também solicitou que a Corretora fosse novamente oficiada para que:

- i. informasse se ressarciu os Investidores em decorrência das operações realizadas no Período da Acusação e, em caso positivo, confirmasse o valor do ressarcimento e a descrição dos valores ressarcidos relacionando-os às operações (fls. 394 e 405/406);
- ii. informasse as operações realizadas em nome do Defendente no Período da Acusação e o seu resultado bruto final, bem como identificasse as operações executadas simultaneamente em nome do Defendente e dos Investidores e o seu resultado bruto final (fls. 394 e 414).

37. A Corretora informou que não efetuou qualquer ressarcimento em favor dos Investidores, tendo em vista que este ressarcimento está sendo tratado por meio de ação judicial movida pelos Investidores em face da Corretora (fls. 412).

38. A Superintendência de Auditoria da BSM elencou as operações realizadas em nome do Defendente e apresentou o resultado bruto das operações

do Defendente e da investidora [REDACTED] visto que o investidor [REDACTED] não negociou nos mesmos pregões que o Defendente. A Superintendência de Auditoria da BSM concluiu que nos 16 (dezesesseis) pregões que o Defendente e [REDACTED] operaram com os mesmos ativos, o Defendente obteve prejuízo de R\$ 11.340,00, enquanto [REDACTED] obteve prejuízo de R\$ [REDACTED] (fls. 415/422).

39. O Conselho de Supervisão da BSM, ao analisar o pedido de reconsideração apresentado pelo Defendente, manteve o condicionamento deliberado anteriormente. Na deliberação, o Conselho de Supervisão ressaltou que a acusação se refere à utilização de senha para transmissão de ordens em nome dos Investidores e, por isso, o valor recebido a título de comissão em razão das operações realizadas em nome dos Investidores não deve influenciar o valor do condicionamento para celebração de Termo de Compromisso com a BSM (fls. 423/424).

40. Após o recebimento da decisão do Conselho de Supervisão da BSM, da manifestação da Corretora e do Relatório elaborado pela Auditoria da BSM, o Defendente solicitou que a Corretora fosse oficiada para que se manifestasse sobre extrato que indicaria depósito no valor de R\$ 243.200,00 pela Corretora na conta da investidora [REDACTED] em 2.5.2016 (fls. 432/450).

41. A Corretora esclareceu que o depósito do valor de R\$ [REDACTED] trata-se de estorno de taxa de corretagem realizada por liberalidade da Corretora, em virtude de reenquadramento realizado pelo departamento de risco de operações com vencimento no pregão do dia 14.4.2016.



42. Em resposta, o Defendente afirma que o estorno efetuado pela Corretora configuraria ressarcimento pelas operações realizadas no Período da Acusação.

É o relatório

São Paulo, 24 de agosto de 2020

José Flávio Ferreira Ramos
Conselheiro-Relator