

ILMO. SR. PRESIDENTE DO PLENO DO CONSELHO DE SUPERVISÃO DA
BSM - SUPERVISÃO DE MERCADOS

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 24/2017

FRANCISCO FRAUENDORF, já qualificado no processo em tela, inconformado com a R. Decisão da Turma do Conselho de Supervisão da BSM vem, respeitosamente, no prazo legal e com fundamento no disposto no artigo 5º - incisos II, XXXV, XXXIX, LIV, LV e LVII da Constituição Federal e nos artigos 412 e 413, do Código Civil, apresentar este

R E C U R S O

com pedido de **efeito suspensivo** da R. decisão recorrida, fazendo-o pelos motivos e razões, de fato e de direito, que adiante expõe e comprova:

I - DOS FATOS

1.0 Recorrente foi injustamente penalizado pela R. Decisão do Conselho de Supervisão da BSM em exorbitante multa pecuniária no valor de R\$ [REDACTED] a serem revertidos em favor da Investidora [REDACTED] caso a mesma não tenha sido ressarcida do prejuízo por outros meios.

2. A pena imposta ao Recorrente decorre de sua atuação, então como Agente Autônomo de investimentos, em plataforma da [REDACTED] através da qual realizava operações / aplicações financeiras por meio do sistema *Home Broker*, mediante utilização da senha eletrônica livremente fornecida a ele Recorrente por aquela investidor e seu marido, também investidor, [REDACTED]

3. Sabido e comprovado à sociedade, que os investidores [REDACTED] e sua mulher [REDACTED] liberaram suas senhas eletrônicas ao Recorrente livre e espontaneamente, no regular exercício de sua discricionariedade, como investidores de perfil agressivo, orientando e autorizando, diariamente, as operações / aplicações realizadas, apesar de assumidos prejuízos pretéritos.

4. Eis, adiante transcrita, a prova robusta e incontestável da conduta dos investidores, confessada em trecho do depoimento, de viva voz, de [REDACTED], no Processo nº [REDACTED] ao Juízo de Direito da [REDACTED] Vara Cível de São José dos Campos - SP e em mensagens do mesmo trocadas com o Recorrente:

"EU ACOMPANHAVA, EU NÃO SOU TROUXA. DEPOIS DO QUE ELE TINHA FEITO [OPERAÇÕES MAL-SUCEDIDAS EM 2015], EU FALEI. TANTO QUE EU PEDI PRA ELE MONTAR MIM UMA PLANILHA AQUI, PRA EU FICAR EM CIMA." (40' DO DEPOIMENTO DE [REDACTED] - grifou-se)

- Lucro líquido da semana: 07 a 11/03:

R\$ [REDACTED] "Bom dia [REDACTED] Segue resultado da semana"

"Bom dia Kiko

Isso aí vamos buscar !"

- Lucro líquido da semana 14 a 18/03:

R\$ [REDACTED]

"Perfeito!!!!!!!!!!!!!!

100%

"É surreal!!!!!!!!!!!!!!

- excêrtos do e-mail que [REDACTED] e [REDACTED], escreveram à [REDACTED] CORRETORA: "ELE (inserimos: FRANCISCO FRAUENDORF) ME MONTOU UMA PLANILHA INFORMANDO OS GANHOS DIÁRIOS";

"ENTRAVA (inserimos: eu [REDACTED]) NO CONTA FINAL DOS DIAS - POSIÇÃO CONSOLIDADA E MINHA RENDA FIXA ESTAVA LÁ, COM SUA RENTABILIDADE DIÁRIA, PARA MIM ESTAVA TUDO CERTO !"

5. Constata-se, à toda evidência, pelas conversas e instruções dos Investidores ao Recorrente, que o mesmo não geria carteira alguma e, que, eles Investidores é que me orientavam e instruíam, e que eles Investidores poderiam, a qualquer tempo, abortar, interromper e até mesmo desautorizar qualquer operação expressamente autorizada, anteriormente, por eles mesmos.

6. Lamentavelmente, a conduta dos investidores [REDACTED] e [REDACTED] denota nocivo ânimo de enriquecimento ilícito, porque, a um só tempo e simultaneamente, intentaram e brandiram pedido de reparação de prejuízos de R\$ [REDACTED] ao MECANISMO DE REPARAÇÃO DE PREJUÍZOS - MRP e de indenização de R\$ [REDACTED] ao Juízo de Direito da [REDACTED] Vara Cível de São José dos Campos - SP, revelando, mais uma vez, seu agressivo perfil de investidores, apostadores, jogadores, agora através de processos administrativo e judicial.

7. Sem falar na comprovada devolução / ressarcimento parcial que a própria [REDACTED] lhes fez, em 02/05/2016, da importância de R\$ [REDACTED] constante do extrato da Conta Depósito nº [REDACTED], dos mesmos, encartado nos autos.

8. A [REDACTED] na época, permitia a alavancagem, de até 10 (dez) vezes os valores dos recursos dos investidores, fato também do pleno conhecimento dos

investidores, que assumiram, livre e espontaneamente, os riscos inerentes.

Não houve a prática de *churning*. O Recorrente não recebeu valor algum de comissão pelas aplicações realizadas no período de março a abril / 2016.

Inclusive, as suas aplicações pessoais, tanto quanto as dos investidores, resultaram em prejuízos !

Basta que se solicite à [REDACTED] a discriminação e comprovantes de todos os valores de comissões / corretagens gerados de agosto / 2015 a fevereiro / 2016.

II - DO DIREITO

9. A R. Decisão do Conselho de Supervisão da BSM, ora guerreada, afronta preceitos constitucionais pétreos contidos em incisos do artigo 5º, da Carta Magna, que asseguram direitos inafastáveis do Recorrente; são eles:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude lei;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

10. Todos esses atos e fatos jurídicos, extremamente relevantes, excludentes de qualquer responsabilidade civil ou penal do Recorrente, devem e têm que ser sopesados e considerados inclusive por este colegiado Pleno da BSM, jungidos e conectados, de forma indissociável, aos feitos todos, judiciais e administrativos, pertinentes ao caso.

11. Diante disso, o Recorrente invoca e requer se dignem V. Sas. de aplicar, aqui, as Decisões já exaradas e consistentes em coisa julgada administrativa, nos Processos Administrativos RECLAMAÇÃO 304813, MRP 499/2016, no Processo Criminal [REDACTED], da [REDACTED] VARA CRIMINAL FEDERAL ESPECIALIZADA EM CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES, como coisa julgada material e formal, mais, indubitavelmente, forçosamente, a jurisprudência de nossos Tribunais, sobre o mesmo tema, todas, adiante transcritas, o quê, desde já, pede e requer:

"Prezado [REDACTED]

Agradecemos seu contato. Mediante sua reclamação de **protocolo** [REDACTED] informamos o abaixo disposto:

...Em atenção a sua reclamação **solicitamos que a [REDACTED] prestasse esclarecimentos**. Segue abaixo, entre parênteses a resposta da corretora:

(Conforme parecer anteriormente dado (ouvidoria [REDACTED], esta Corretora verificou **que as operações supostamente não autorizadas foram executadas pela própria cliente**, através do sistema remoto de roteamento de ordens, denominado Home Broker (HB).

Como cediço, para o acesso e a execução de ordens via referido sistema, é obrigatório que o usuário insira um login / senha (pessoais e intransferíveis). **A própria cliente confessou que compartilhou esses dados com terceiros, o que nos faz concluir, de antemão, que este fato nos tira qualquer responsabilidade sobre as operações realizadas via HB. Ao bem da verdade, aos nossos olhos, essas operações foram transmitidas pelo próprio cliente.**

Sobre o tema, imperioso destacar que o contrato celebrado entre as partes (cláusula 14.2.3.) deixa claro que **a responsabilidade pelas operações realizadas via Home Broker é exclusivamente do cliente**, na medida em que este "deverá manter em absoluto sigilo a senha e assinatura eletrônica, **responsabilizando-se pela sua cessão a terceiros.**"

Corroborando esse entendimento, a própria BM&FBovespa e a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, quando do julgamento de processos administrativos que trataram especificamente sobre esse caso e tema, entenderam que:

(...) Adicionalmente, evidencia a capacidade BSM em apurar questões emanadas de dúvidas quanto à emissão de ordens via home broker. A BSM não apenas consegue obter logs de acesso, como verificar as características dos acessos efetuados e recuperar registros de ocorrência de falha ou instabilidade no sistema da corretora e da própria Bolsa. Em não se apurando atipicidades, **já está consagrado pela própria CVM o entendimento de que ordens emanadas do home broker, com uso da senha exclusiva do investidor, são ordens efetivamente por ele emitidas, decorrendo correspondentes prejuízos de seu próprio erro ou decisão de investimento** (g.n. - Processo MRP nº 10/2012 - Voto Relatora Maria Cecília Rossi, julgamento 26/07/2012)

Portanto, não reconhecemos qualquer irregularidade nas operações realizadas.)

Esperamos que os esclarecimentos prestados sejam suficientes e que o assunto tenha sido resolvido de forma satisfatória.

Atenciosamente,

Izalco Sardernberg

Obudsman

www.bmfbovespa.com.br

0800-7700149"

Processo MRP nº 499/2016, cujo exposto teor se transcreve adiante:

"11. Pelo acima exposto, julgo improcedente o pedido de ressarcimento dos prejuízos decorrentes das operações

realizadas pelo agente autônomo Francisco supostamente sem autorização dos Reclamantes."

Processo Administrativo, do MECANISMO DE RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS N° 499/2016, o DIRETOR DE AUTORREGULAÇÃO, BM&FBOVESPA SUPERVISÃO DE MERCADOS - BSM, também signatário do OF/BSM/DAR-2398/2017, assim decidiu:

"15. Diante do exposto, julgo improcedente a Reclamação, por não configurar hipótese de ressarcimento pelo MRP, nos termos do artigo 77, da Instrução CVM n° 46/2007.

São Paulo, 10 de abril de 2017

Luiz Felipe Amaral Calabro

Diretor de Autorregulação em exercício"

VOTO proferido pelo Conselheiro Relator João Carlos Magalhães Lanza, em 27/06/2012, no MRP n° 12/2011, CONSELHO DE SUPERVISÃO DA BSM:

"13. A RECLAMAÇÃO NÃO DEVE PROSPERAR. VEJAMOS OS MOTIVOS:

...

14. APESAR DESTAS DECLARAÇÕES OS RECLAMANTES CEDERAM ESPONTANEAMENTE SUAS SENHAS PESSOAIS E INTRANSFERÍVEIS AO AGENTE AUTÔNOMO, SR. [REDACTED] E SEUS SÓCIOS, ALÉM DE TEREM FIRMADO COM ELES O COMPROMISSO DE PAGAMENTO MENSAL DE R\$ 500,00 SE SEUS LUCROS ULTRAPASSASSEM R\$ 1.000,00."

JUÍZO DA [REDACTED] VARA CRIMINAL FEDERAL ESPECIALIZADA EM CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES, nos Autos Judiciais n° [REDACTED] [REDACTED], nos quais, após regular manifestação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, foi proferida R. Sentença, irrecorrida, com o tópico final que segue transcrito:

"Com efeito, não se verifica a ocorrência de ofensa ao sistema financeiro nacional, tendo em vista que FRANCISCO

FRAUENDORF não figura em nenhuma das posições elencadas no art. 25 da Lei nº 7.492/86, o qual, por sua vez, traz o rol de agentes capazes de praticar os crimes elencados por essa Lei.

...

No tocante ao delito tipificado no art. 27-C da Lei nº 6.385/76, não há sua ocorrência no caso em tela. Tal infração penal exige a finalidade específica de alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado financeiro, fato não observado, a princípio, na presente investigação, seja pelo tamanho dos valores transacionados não serem volumosos o suficiente para causar alterações significativas no mercado, seja pelo fato de não ter sido verificada eventual vantagem auferida por FRANCISCO em possível alteração do funcionamento do mercado."

"DE ACORDO COM O DEMONSTRADO NOS AUTOS NÃO É POSSÍVEL COMPROVAR SE AS ORDENS PARA AS OPERAÇÕES ERAM DADAS OU NÃO PELO RECLAMANTE. ENTRETANTO, É INCONTROVERSO QUE ELE TINHA CIÊNCIA DAS OPERAÇÕES, JÁ QUE RECEBIA, MENSALMENTE, EXTRATOS ELABORADOS PELO AAI, ALÉM DE NOTAS DE CORRETAGEM E AVISOS DE LAÇAMENTOS EM CONTA CORRENTE, ENVIADOS PELA CORRETORA. O RECLAMANTE TAMBÉM AFIRMA QUE RECEBIA DO AAI, EXPLICAÇÕES SOBRE OS RESULTADOS DAS OPERAÇÕES, ASSIM, ENTENDO QUE, NO MÍNIMO CONCORDAVA COM AS OPERAÇÕES REALIZADAS EM SEU NOME." (Processo Administrativo nº Rj 2010-0051, Dir. Rel. Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes, j. 28.08.12.)

APELAÇÃO. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÃO NOS MERCADOS ADMINISTRADOS POR BOLSA DE VALORES E/OU ENTIDADE DO MERCADO DE Balcão ORGANIZADO. Réu que nega as operações realizadas em seu nome e que deram origem ao crédito da autora. Ônus de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito competia ao réu (CPC, art. 333, II). Ausência de provas de inadimplemento contratual da autora. **Acervo probatório que demonstra que o próprio réu ordenava a seu agente autônomo as operações ou mesmo as praticava pelo aceso remoto (sistema home broker). Boa fé objetiva. Negação das operações de risco efetuadas configura venire contra factum proprium. Dívida comprovada. Sentença mantida. Recurso improvido.** (Apelação nº 0108787-08.2009.8.26.0100, Rel. Des. Hamid Bdine, 29ª Câmara de Direito Privado, julgado em 14/09/2014)

"No investimento em fundos derivativos, principalmente os vinculados ao dólar-americano, é insito o alto grau de risco, tanto para grandes ganhos como para perdas consideráveis. Aqueles que se encorajam a investir em fundos arrojados estão cientes dos riscos do negócio." (STJ - 3ª T., REsp 1.003.893, Min. Massami Uyeda, j. 10/08/10, DJU 08/09/10)

"Em regra, descabe indenização por danos materiais ou morais a aplicador em fundos derivativos, pois o alto risco é condição inerente aos investimentos nessas aplicações. Tanto é assim que são classificados no mercado financeiro como voltados para investidores experientes, de perfil agressivo, podendo o consumidor ganhar ou perder, sem nenhuma garantia de retorno do capital. Como é da lógica do mercado financeiro, quanto maior a possibilidade de lucro e rentabilidade de produto oferecido, maiores também os riscos envolvidos no investimento. No caso em exame, o consumidor buscou aplicar recursos em fundo agressivo, objetivando ganhos muito maiores do que os de investimentos conservadores, sendo razoável entender-se que conhecia plenamente os altos riscos envolvidos em tais negócios especulativos, mormente quando se sabe que o perfil médio do consumidor brasileiro é o de aplicação em caderneta de poupança, de menor rentabilidade e maior segurança. Não fica caracterizado defeito na prestação do serviço por parte do gestor de negócios, o qual, não obstante remunerado pelo investidor para providenciar as aplicações mais rentáveis, não assumiu obrigações de resultado, vinculando-se a lucro certo, mas obrigação de meio, de bem gerir o investimento, visando à tentativa de máxima obtenção de lucro. Não pode ser considerado defeituoso serviço que não garante resultado (ganho) financeiro ao consumidor." (STJ - 4ª T., REsp 799.241, Min. Raul Araújo, j. 14/08/08/12, DJ 26/02/13)

12. Lamentavelmente, o Recorrente já foi injustamente e surpreendentemente condenado a reparar **danos materiais** de R\$ [REDACTED] e estratosféricos, exorbitantes, irreais, desproporcionais **danos morais** de R\$ [REDACTED] aos Investidores, por decisão já **transitada em julgado** no Processo nº [REDACTED] de modo que a manutenção da R. Decisão recorrida. configurará evidente e inadmissível violação ao princípio "**ne bis in idem**", que veda a dupla condenação de uma pessoa pela mesma conduta.

Se ambas as penas restarem admitidas, em conjunto, haverá ofensa ao princípio que veda (**ne**) a imposição de mais de uma

(bis) consequência jurídica com natureza idêntica pela ocorrência de determinado fato (*in idem*).

13. Requer, portanto, o Recorrente, por todo o exposto e provado, se digne V. Sa. de sopesar os fatos e as suas respectivas provas adiante resumidas para, ao final e ao cabo, **reformular** senão **anular** mesmo a R. Decisão da Turma do Conselho de Supervisão da BSM, em como o voto do Conselheiro Relator que nela resultou, cancelando a multa aplicada ao Recorrente.

(i) os INVESTIDORES tinham pleno 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 e de ações;

(ii) os INVESTIDORES mantinham estreita, permanente e iterativa relação de confiança com o Recorrente, autorizando-o, livre e espontaneamente, expressamente, no exercício de sua própria discricionariedade, a realizar todas as operações, através do "home broker";

(iv) os INVESTIDORES conversavam, diariamente, com o Recorrente, orientando-o sobre estratégias e sugestões de investimentos, operações realizadas e resultados obtidos;

(v) além das conversas diárias e constantes com o Recorrente, os INVESTIDORES recebiam Notas de Corretagem (diariamente), Extratos de Custódia da BM&FBOVESPA, Avisos de Negociações de Ativos (ANA'S), Extratos de Conta Corrente;

(vi) os INVESTIDORES consultavam e checavam, diariamente, via sistema *log in* e *home broker*, todas as operações que autorizavam o Agente Autônomo realizar.

(vii) patente e comprovada a culpa concorrente dos investidores senão exclusivamente deles mesmo, de modo a afastar qualquer responsabilidade pessoal do Recorrente;

(viii) evidente e inadmissível violação ao princípio **ne bis in idem**, que veda a dupla condenação de uma pessoa pela mesma conduta.

"[...] na apreciação da pena-base o julgador 'ad quem' não está vinculado ao 'nomem iuris' atribuído à circunstância judicial, bastando que ele não se afaste do contexto fático utilizado pelas instâncias ordinárias, sendo, pois, plenamente possível a valoração da circunstância, ainda que sob título diverso, devendo ser respeitada, porém, as regras do 'ne bis in idem' e 'ne reformatio in pejus'". (HC -609151/SP - STJ / T5 (5ª TURMA) - Ministro Relator: RIBEIRO DANTAS - j. 06/10/20)

Termos em que, pede e espera deferimento.

São Paulo - SP, 9 de abril de 2021


FRANCISCO FRAUENDORF