



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

Numeração Única: 0019638-73.1999.4.01.3400
APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.34.00.019665-0/DF

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO (Relator):

Cuida-se de apelações interpostas:

1) **Nos autos da apelação cível nº. 0019638-73.1999.4.01.3400 (ação civil pública por ato de improbidade administrativa nº. 1999.34.00.019665-0/DF)**, por Salvatore Alberto Cacciola e Marka S/A Empreendimentos e Participações (fls. 4.987/5.008); pela Associação BM&F (atual denominação da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F) e BM&FBovespa S/A – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (fls. 4.218/4.285); e pelo Banco Central do Brasil – BACEN, Alexandre Pundek Rocha, Cláudio Ness Mauch, Demóstenes Madureira de Pinho Neto, Francisco Lafaiete de Pádua Lopes, Maria do Socorro Costa de Carvalho e Tereza Cristina Grossi Togni (fls. 5.232/5.288), contra a sentença prolatada, às fls. 4.860/4.953, pelo Juízo da 22ª. Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em sede de ação de improbidade administrativa ajuizada pelo MPF, que objetivava a declaração de nulidade da operação de ajuda feita pelo BACEN ao Banco Marka S/A, bem como a condenação dos requeridos, ora apelantes, nas sanções do art. 12, II e III, da Lei 8.429/92, pela infringência do disposto nos artigos 10, VI, IX e XII; e 11, I, todos do mesmo diploma legal.

As condutas adjetivadas de ímprobas descritas pela parte autora, em relação aos requeridos, foram as seguintes:

1) Francisco Lopes, diretor de política monetária e presidente, indicado, do Banco Central: autorizou a operação de auxílio ao Banco Fontecindam S/A, participando da aprovação do voto BCB n. 006/99, decisão

tomada sem lastrear-se em parecer jurídico do setor competente, demonstrando extrema negligência;

2) Claudio Mauch, diretor de fiscalização do BACEN, atuou diretamente com os representantes da instituição bancária beneficiada, cancelando a realização da operação de auxílio. Foi o responsável pela verificação prévia da situação do Fontecindam e deveria ter constatado que esse banco não era titular de nenhum contrato futuro de moeda estrangeira na BM&F, inexistindo qualquer risco para a instituição financeira referida naquele mercado. Também não consultou o setor jurídico do BACEN;

3) Demóstenes Madureira, diretor de assuntos internacionais do BACEN, à época dos fatos, tendo sido signatário e autor do Voto BCB 006/99, de 14/01/99, juntamente com o réu Claudio Mauch, justificando a intervenção do Banco Central no mercado futuro da BM&F em auxílio ao Fontecindam. Foi quem concretamente determinou a realização da operação de socorro;

4) Alexandre Pundek, consultor da diretoria de política monetária do BACEN, foi encarregado pelo réu Francisco Lopes para negociar e realizar tratativas diretamente com o réu Salvatore Cacciola, inclusive encaminhando-lhe ao departamento de fiscalização do Banco Central;

5) Maria do Socorro Costa de Carvalho, chefe do departamento de operações internacionais, manteve todos os contatos necessários junto à BM&F para a realização da operação e aprovando-a após realizada. Participou ativamente da dinâmica dos fatos, sabendo dos riscos que a operação gerava à autarquia, disso não fazendo alerta, nem ressalva aos diretores a que incumbia assessorar, omitindo-se no cumprimento de seu dever funcional;

6) Tereza Cristina Grossi Togni, chefe interina do departamento de fiscalização da autarquia. Foi ela quem pediu à BM&F a carta com a suposta alegação de risco sistêmico, para, desta forma, justificar, posteriormente, a anterior e ilícita operação do BACEN, em auxílio do patrimônio privado. A sua anuência à realização da operação colaborou decisivamente para a ajuda ilícita ao

5407
S

Fontecindam, em flagrante omissão no exercício de suas funções públicas, notadamente por se tratar de operação com vultosos recursos públicos, dado que não praticou devidamente ato de ofício que lhe competia;

7) Salvatore Alberto Cacciola e Banco Marka S/A, diretor presidente da instituição bancária, o réu dirigiu-se diretamente ao BACEN, onde travou entendimentos com os diretores de política monetária e de fiscalização propondo a intervenção da autarquia em face de supostas posições vendidas no mercado futuro de moeda estrangeira assumidas pelo Banco Marka, instituição que firmou 2.300 contratos em posição vendida com o Fundo Stock Máxima, quando já se sabia da situação de insolvência do Banco Marka. Portanto, além de beneficiário direto dos atos de improbidade, havendo auferido vultosa ajuda financeira do erário, o réu atuou diretamente na propositura e elaboração da atuação ímproba da autoridade monetária, havendo também se beneficiado fraudulentamente da intervenção pública na BM&F.

8) Bolsa de Mercadorias e Futuros, BM&F, sociedade civil com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, beneficiada com a intervenção da autoridade monetária no mercado futuro de moeda estrangeira, pois não precisou recorrer aos mecanismos internos de liquidação de operações, tendo participado na arquitetura e na execução da operação ímproba de auxílio ao Banco Marka S/A, pois comunicou a necessidade da pronta intervenção do BACEN em face de posições em aberto de instituições financeiras na bolsa de mercadorias e futuros, sob o argumento de possível "risco sistêmico", caso ocorresse o inadimplemento dos comitentes.

A parte dispositiva da sentença vergastada restou assim redigida, *in verbis*:

*"Ante o exposto, **rejeito** as preliminares e **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na inicial, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, para **declarar a nulidade** da operação de socorro feita pelo Banco Central do Brasil ao Banco Marka S/A e, em consequência, **condenar** os requeridos Francisco Lafaiete de Pádua Lopes, Cláudio Ness Mauch, Demóstenes Madureira de Pinho Neto, Alexandre Pundek Rocha, Maria do Socorro Costa de Carvalho, Tereza Cristina Grossi Togni, Banco Marka S/A, Salvatore Alberto Cacciola*

e Bolsa de Mercadorias & Futuros, pela prática de atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e pela prática de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, nas seguintes sanções:

Condeno o requerido Francisco Lafaiete de Pádua Lopes ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a oitenta vezes o valor da remuneração bruta percebida na data dos fatos; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Condeno o requerido Cláudio Ness Mauch ao ressarcimento integral do dano causado; à perda do cargo público (função pública); ao pagamento de multa civil no montante equivalente a setenta vezes o valor da remuneração bruta percebida na data dos fatos; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Condeno o requerido Demóstenes Madureira de Pinho Neto ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a setenta vezes o valor da remuneração bruta percebida na data dos fatos; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Condeno o requerido Alexandre Pundek Rocha ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a trinta vezes o valor da remuneração bruta percebida na data dos fatos; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de seis anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos;

Condeno a requerida Maria do Socorro Costa de Carvalho ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a trinta vezes o valor da remuneração bruta percebida na data dos fatos; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de seis anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos;

Condeno a requerida Tereza Cristina Grossi Togni ao ressarcimento integral do dano causado; à perda do cargo público (função pública); ao pagamento de multa civil no montante equivalente a setenta vezes o valor da remuneração bruta percebida na data dos fatos; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos

5499
S

fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Condene o requerido Banco Marka S/A ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a duas vezes o valor integral do dano e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Condene o requerido Salvatore Alberto Cacciola ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a duas vezes o valor integral do dano; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Condene a requerida Bolsa de Mercadorias & Futuros ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a uma vez o valor integral do dano e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

O valor a ser ressarcido aos cofres da União (Tesouro Nacional) é de R\$ 895.800,000,00 (oitocentos e noventa e cinco milhões e oitocentos mil reais), valor referente a fevereiro de 1999, data da liquidação dos contratos relativos à operação realizada em 14 de janeiro de 1999.

Os valores relativos ao ressarcimento do dano e às multas aplicadas deverão ser calculados e atualizados por ocasião do cumprimento da sentença e corrigidos desde a data dos fatos (fevereiro/1999), nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, com incidência de juros de 0,5% ao mês, a partir da citação.

Em relação ao ressarcimento do dano deverão ser observadas as regras de solidariedade e de subsidiariedade entre os réus estabelecidas na fundamentação, no tópico relativo às sanções aplicáveis, quando se tratou desta modalidade de sanção. As penas de multa são individuais para cada um dos réus.

Condene os requeridos no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) do valor total da condenação, devidamente corrigidos. O cálculo deverá ser feito separadamente em relação ao ressarcimento do dano e em relação às multas. Aplica-se em relação ao valor calculado sobre o ressarcimento do dano as mesmas regras acima quanto à solidariedade e à subsidiariedade. Quanto ao valor calculado sobre as multas cada réu responde na proporção da sua condenação.

Como estabelecido acima, as sanções aplicadas ao Banco Marka S/A, todas elas, são estendidas a qualquer pessoa ou entidade que o tenha sucedido o venha a sucedê-lo até o cumprimento integral da condenação, incluída a instituição Marka S/A Empreendimentos e Participações.

Em relação aos requeridos Cláudio Ness Mauch e Tereza Cristina Grossi Togni, tendo em vista que já se encontram transferidos para a inatividade, a sanção de perda do cargo público (função pública) fica estendida às suas aposentadorias.

O valor referente ao ressarcimento do dano deverá ser recolhido ao Tesouro Nacional e os valores relativos às multas e às verbas sucumbenciais deverão ser recolhidos ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85" (fls. 4.949/4.953).

Irresignados, Salvatore Alberto Cacciola e Marka S/A Empreendimentos e Participações opuseram embargos declaratórios às fls. 4.956/4.960, os quais foram rejeitados às fls. 4.977/4.980.

Em suas razões de apelação, Salvatore Alberto Cacciola e Marka S/A Empreendimentos e Participações alegam, em síntese, (1) legalidade da operação realizada pelo BACEN, com amparo no art. 11, III, da Lei 4.595/64; (2) respaldo jurídico da operação no parecer DEJUR-160/97; (3) ausência de prejuízo ao erário, com fundamento na perícia contábil realizada durante o processo; (4) falta de provas quanto à relação de intimidade entre os réus Salvatore Alberto Cacciola e Francisco Lafaiete de Pádua Lopes; (5) inexistência de dolo ou culpa; e (6) desproporcionalidade da condenação, tendo em vista as somas que sentença obrigou os réus a ressarcir.

A Associação BM&F, reiterando os termos do agravo retido interposto contra o indeferimento das preliminares suscitadas na contestação, sustenta que:

(1) não pode ser responsabilizada por decisão emanada pelo BACEN, tendo em vista que sua atribuição é apenas de registro, compensação e liquidação das operações executadas em seus pregões, não lhe cabendo exercer juízo sobre a legalidade das decisões daquela autoridade monetária;

(2) a decisão do Banco Central seria tomada com ou sem a carta que enviou, pois essa correspondência não foi enviada com o deliberado propósito de induzir o BACEN a atuar em socorro do Banco Marka;

(3) não poderia acionar mecanismos de garantia, porque não havia inadimplência e que agiu no estrito cumprimento de seu dever legal;

5901
S

(4) a atuação do BACEN no mercado futuro de venda de dólar é legal, estando em conformidade com o item 3 do Comunicado 6.590/99/BACEN e o art. 2º da Resolução do BACEN 2.234, de 30/01/96, ambos com amparo na Lei 4.594/64, sendo a qual o Banco Central deve atuar regulando o mercado cambial, de modo a estabilizar as taxas de câmbio e equilibrar a balança de pagamentos (art. 10, III), bem como zelar pelas reservas internacionais (art. 10, VIII);

(5) o BACEN atuou para evitar uma crise sistêmica e não para socorrer esta ou aquela instituição;

(6) não houve prejuízo ao Banco Central, e não há sequer nexo de causalidade entre o suposto prejuízo e a operação em debate;

(7) não restou caracterizado o ato ímprobo, pois não houve ofensa aos princípios da legalidade e da moralidade, nem desvio de finalidade;

(8) as sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade;

(9) nada justifica que a ora apelante figure como principal responsável pelo ressarcimento dos danos, até por que não foi a sua principal causadora;

(10) não cabe condenação em honorários advocatícios nas ações civis públicas, bem estes foram fixados segundo o princípio da proporcionalidade.

Por seu turno, o Banco Central do Brasil – BACEN, em favor dos requeridos Alexandre Pundek Rocha, Cláudio Ness Mauch, Demóstenes Madureira de Pinho Neto, Francisco Lafaiete de Pádua Lopes, Maria do Socorro Costa de Carvalho e Tereza Cristina Grossi Togni, assevera, em síntese, que 1) a perícia demonstrou a existência de risco sistêmico, hábil a justificar a intervenção da autoridade monetária no mercado futuro de câmbio; 2) inexistência de dano ao erário; 3) inexistência de prova do dolo; 4) a sentença não individualizou as condutas de seus agentes; e 5) desproporcionalidade das sanções aplicadas.

Apresentadas as contrarrazões pelo MPF às fls. 5.293/5.367.

550
7

Parecer da Procuradoria Regional da República da 1ª. Região, às fls. 5.386/5.409, pelo desprovisionamento das apelações de Salvatore Alberto Cacciola e do Banco Marka S/A; e pelo parcial provimento dos recursos da BM&F e do BACEN, para retirar da condenação a sanção de cassação de aposentadoria imposta aos réus Cláudio Ness Mauch e Tereza Cristina Grossi Togni; retirar a condenação da sanção de contratar com o poder público imposta à BM&F; reformar a sentença para fixar a responsabilidade solidária entre os condenados pelo ressarcimento do dano; e retirar da sentença a condenação em honorários em favor do Ministério Público Federal.

2) Nos autos da apelação cível nº. 0034955-72.2003.4.01.3400 (ação cautelar inominada nº. 2003.34.00.034990-0/DF), por Banco Marka S/A, e suas sucessoras: Marka Empreendimentos e Participações Ltda. e Marka S/A Empreendimentos e Participações (fls. 423/432), contra sentença (fls. 382/390) prolatada em ação cautelar inominada, ajuizada em sede de ação de improbidade administrativa, que objetivava a decretação de indisponibilidade dos valores depositados à disposição do juízo, bem como dos direitos em relação aos quais as sucessoras do Banco Marka S/A, Marka Empreendimentos e Participações Ltda. e Marka S/A Empreendimentos e Participações, fossem credoras em qualquer forma que se apresentem esses créditos.

A sentença do Juízo Federal da 22ª. Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal restou assim consignada, *in verbis*:

*"Ante o exposto, confirmando a liminar, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na inicial, pelo que decreto a indisponibilidade dos valores depositados à disposição deste juízo, mantido em depósito na CEF, agência 1039, conta n. 04.00.005973-5, sob o código 1039, até decisão final na ação principal (1999.019665-0).*

Tendo em vista a extensão do objeto da presente ação e considerando sua relação com a ação 2005.031071-7, procedo, de ofício, à fixação do valor da causa em R\$ 11.730.627,36 (onze milhões, setecentos e trinta mil, seiscentos e vinte e sete reais e trinta e seis centavos).

Condeno os requeridos, solidariamente, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa" (fl. 389).

A parte apelante, em síntese, alega, preliminarmente, que: (1) a sentença é nula, porquanto a inicial da ação principal não continha um de seus requisitos indispensáveis, qual seja o valor da causa; (2) a citação por edital das requeridas, ora apelantes, foi inválida, pois processada em desacordo com o procedimento previsto na lei processual, como a citação por carta e por hora certa.

No mérito, sustenta que o negócio jurídico, consubstanciado em cessão onerosa de direitos sobre títulos da dívida agrária, entabulado entre as partes Banco Marka S/A, Marka Empreendimentos e Participações Ltda. e Agropecuária Duda Ltda. foi válido e merece ser prestigiado, pois se aperfeiçoou no domínio privado e estaria imune à ação do estado.

Contrarrazões apresentadas às fls. 468/474.

Parecer da Procuradoria Regional da República da 1ª. Região, às fls. 480/488, pelo desprovimento do apelo.

3. Nos autos da apelação cível nº. 0020262-25.1999.4.01.3400 (ação civil pública por ato de improbidade administrativa nº. 1999.34.00.020289-0/DF), por Fernando César Oliveira de Carvalho, Banco Fontecindam S/A, Luiz Antônio Andrade Gonçalves e o Espólio de Roberto José Steinfeld (fls. 4.038/4.119); Associação BM&F (atual denominação da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F) e BM&F Bovespa S/A – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (fls. 4.218/4.285); e o Banco Central do Brasil – BACEN (fls. 4.417/4.473) apelam da sentença que, em sede ação civil pública por ato de improbidade administrativa, às fls. 3.912/4.002, prolatada pelo Juízo da 22ª. Vara Federal/DF, declarou a nulidade da operação de venda de 7.900 contratos de dólar futuro ao Banco Fontecindam S/A, realizada em 1999, entre o BACEN e o Fontecindam, com a intermediação do BB – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A, e julgou procedente o pedido do Ministério Público Federal, condenando-os pela prática de atos de improbidade administrativa (artigos 10, VI, IX e XII, e 11, I e II da Lei 8.429/92) que causaram prejuízo ao erário e violaram princípios da Administração Pública.

As condutas ímprobas descritas pelo MPF, em relação aos requeridos, foram as seguintes:

1) Francisco Lopes, diretor de política monetária e presidente, indicado, do Banco Central: autorizou a operação de auxílio ao Banco Fontecindam S/A, participando da aprovação do voto BCB n. 006/99, decisão tomada sem lastrear-se em parecer jurídico do setor competente, demonstrando extrema negligência;

2) Claudio Mauch, diretor de fiscalização do BACEN, atuou diretamente com os representantes da instituição bancária beneficiada, cancelando a realização da operação de auxílio. Foi o responsável pela verificação prévia da situação do Fontecindam e deveria ter constatado que esse banco não era titular de nenhum contrato futuro de moeda estrangeira na BM&F, inexistindo qualquer risco para a instituição financeira referida naquele mercado. Também não consultou o setor jurídico do BACEN;

3) Demóstenes Madureira, diretor de assuntos internacionais do BACEN, à época dos fatos, tendo sido signatário e autor do Voto BCB 006/99, de 14/01/99, juntamente com o réu Claudio Mauch, justificando a intervenção do Banco Central no mercado futuro da BM&F em auxílio ao Fontecindam. Foi quem concretamente determinou a realização da operação de socorro;

4) Maria do Socorro Costa de Carvalho, chefe do departamento de operações internacionais, manteve todos os contatos necessários junto à BM&F para a realização da operação e aprovando-a após realizada. Participou ativamente da dinâmica dos fatos, sabendo dos riscos que a operação gerava à autarquia, disso não fazendo alerta, nem ressalva aos diretores a que incumbia assessorar, omitindo-se no cumprimento de seu dever funcional;

5) Tereza Cristina Grossi Togni, chefe interina do departamento de fiscalização da autarquia. Foi ela quem pediu à BM&F a carta com a suposta alegação de risco sistêmico, para, desta forma, justificar, posteriormente, a anterior e ilícita operação do BACEN, em auxílio do patrimônio privado. A sua anuência à

realização da operação colaborou decisivamente para a ajuda ilícita ao Fontecindam, em flagrante omissão no exercício de suas funções públicas, notadamente por se tratar de operação com vultosos recursos públicos, dado que não praticou devidamente ato de ofício que lhe competia;

6) Luiz Antônio Gonçalves e Banco Fontecindam S/A, diretor presidente dessa instituição bancária, o réu dirigiu-se por telefone ao presidente indicado do BACEN e aos diretores de política monetária e de fiscalização propondo a intervenção da autarquia em face de supostas posições vendidas no mercado futuro de moeda estrangeira assumidas pelo Fontecindam, banco que não possuía nenhuma posição no mercado futuro de dólar em nome próprio, o que teria justificado a intervenção da autoridade monetária, segundo a argumentação falaciosa do risco sistêmico.

Além disso, esses réus remeteram, através de contas CC-5, a quantia de R\$ 261.433.414.11, no período de 1992 a 1998, o que demonstra a capacidade que eles possuem de efetuar remessas imediatas de recursos próprios para o exterior, subtraindo-se aos efeitos da ação cautelar;

7) Fernando César Oliveira Carvalho e Roberto José Steinfeld, acionistas controladores do Fontecindam, responsáveis pela nomeação de Luiz Antônio Gonçalves para diretor presidente do banco, o que possibilitou-lhe o acesso ao BACEN. Colocaram na posição de direção do Fontecindam pessoa com intenso e íntimo contato com o poder econômico governamental, mantendo os seus nomes protegidos de qualquer repercussão dos fatos graves impingidos ao Fontecindam. Ademais, foram direta e indiretamente beneficiados pela operação de socorro, auferindo vantagem econômica ilícita;

8) Bolsa de Mercadorias e Futuros, BM&F, sociedade civil com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, beneficiada com a intervenção da autoridade monetária no mercado futuro de moeda estrangeira, pois não precisou recorrer aos mecanismos internos de liquidação de operações, tendo participado na arquitetura e na execução da operação ímproba de auxílio ao

5906
}

Fontecindam, pois sabia que este não era titular de nenhum contrato futuro, o que torna mais grave sua participação junto ao BACEN.

A sentença considerou que a “*operação de socorro*” feita pelo BACEN ao Banco Fontecindam S/A e aos seus fundos de investimento na BM&F, com a venda de dólares norte-americanos abaixo do valor de mercado para a referida instituição, com a suposta finalidade evitar grave ameaça à política cambial e crise sistêmica no mercado financeiro nacional, além de fraudulenta, causou vultoso prejuízo ao erário quando outros mecanismos poderiam ter sido usados.

A parte dispositiva restou assim redigida, *in verbis*:

“*Ante o exposto, **rejeito** as preliminares e **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na inicial, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, para **declarar a nulidade** da operação de socorro feita pelo Banco Central do Brasil ao Banco Fontecindam S/A e, em consequência, **condenar** os requeridos Francisco Lafaiete de Pádua Lopes, Cláudio Ness Mauch, Demóstenes Madureira de Pinho Neto, Maria do Socorro Costa de Carvalho, Tereza Cristina Grossi Togni, Banco Fontecindam S/A, Luiz Antônio Andrade Gonçalves, Fernando César Oliveira de Carvalho, Roberto José Steinfeld e Bolsa de Mercadorias & Futuros, pela prática de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (aqui exceto o réu Roberto José Steinfeld), nas seguintes sanções:*

Condeno o requerido Francisco Lafaiete de Pádua Lopes ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a oitenta vezes o valor da remuneração bruta percebida na data dos fatos; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Condeno o requerido Cláudio Ness Mauch ao ressarcimento integral do dano causado; à perda do cargo público (função pública); ao pagamento de multa civil no montante equivalente a setenta vezes o valor da remuneração bruta percebida na data dos fatos; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Condeno o requerido Demóstenes Madureira de Pinho Neto ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a setenta vezes o valor da remuneração bruta percebida na data dos fatos; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios,

direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Condeno a requerida Maria do Socorro Costa de Carvalho ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a trinta vezes o valor da remuneração bruta percebida na data dos fatos; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de seis anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos;

Condeno a requerida Tereza Cristina Grossi Togni ao ressarcimento integral do dano causado; à perda do cargo público (função pública); ao pagamento de multa civil no montante equivalente a setenta vezes o valor da remuneração bruta percebida na data dos fatos; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Condeno o requerido Banco Fontecindam S/A ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a duas vezes o valor integral do dano e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Condeno o requerido Luiz Antônio Andrade Gonçalves ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a duas vezes o valor integral do dano; à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Condeno o requerido Roberto José Steinfeld ao ressarcimento integral do dano causado;

Condeno a requerida Bolsa de Mercadorias & Futuros ao ressarcimento integral do dano causado; ao pagamento de multa civil no montante equivalente a uma vez o valor integral do dano e; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

O valor a ser ressarcido aos cofres da União (Tesouro Nacional) é de R\$ 522.300,000,00 (quinhentos e vinte e dois milhões e trezentos mil reais), valor referente a fevereiro de 1999, data da liquidação dos contratos relativos à operação realizada em 14 de janeiro de 1999.

Os valores relativos ao ressarcimento do dano e às multas aplicadas deverão ser calculados e atualizados por ocasião do cumprimento da sentença e corrigidos desde a data dos fatos (fevereiro/1999), nos termos

5508
}

do Manual de Cálculos da Justiça Federal, com incidência de juros de 0,5% ao mês, a partir da citação.

Em relação ao ressarcimento do dano deverão ser observadas as regras de solidariedade e de subsidiariedade entre os réus estabelecidas na fundamentação, no tópico relativo às sanções aplicáveis, quando se tratou desta modalidade de sanção. As penas de multa são individuais para cada um dos réus.

Condeno os requeridos no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) do valor total da condenação, devidamente corrigidos. O cálculo deverá ser feito separadamente em relação ao ressarcimento do dano e em relação às multas. Aplica-se em relação ao valor calculado sobre o ressarcimento do dano as mesmas regras acima quanto à solidariedade e à subsidiariedade. Quanto ao valor calculado sobre as multas cada réu responde na proporção da sua condenação.

Em relação aos requeridos Cláudio Ness Mauch e Tereza Cristina Grossi Togni, tendo em vista que já se encontram transferidos para a inatividade, a sanção de perda do cargo público (função pública) fica estendida às suas aposentadorias.

Quanto ao requerido Roberto José Steinfeld, em razão do seu falecimento, respondem os seus sucessores pela obrigação de ressarcimento do dano, bem como pelas verbas sucumbenciais, até o limite do valor do patrimônio transferido.

O valor referente ao ressarcimento do dano deverá ser recolhido ao Tesouro Nacional e os valores relativos às multas e às verbas sucumbenciais deverão ser recolhidos ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85" (fls. 3.998/4.002).

Em suas razões de apelação, Fernando César Oliveira de Carvalho, Banco Fontecindam S/A, Luiz Antônio Andrade Gonçalves e o Espólio de Roberto José Steinfeld arguem, preliminarmente, a nulidade da sentença em virtude da inclusão do BACEN no polo passivo da demanda, como litisconsorte passivo necessário por ato de ofício pelo juízo ao sentenciar, pois, do contrário, não poderia, por impedimento lógico-jurídico, ter anulado a operação em que o Banco Central, na condição de vendedor, efetivou a venda de contratos de dólar futuro para o Banco Fontecindam S/A – comprador –, nem lhe impor o pagamento das verbas de sucumbência, razão pela qual pugnam pela extinção do processo, sem a resolução de mérito, com base nos artigos 267, VI e 47, ambos do CPC/1973.

No mérito, sustentam a legalidade da operação e dos respectivos atos administrativos realizados para tal mister, alegando, em resumo, que:

5409
C
/

1) a atuação do BACEN no mercado futuro de venda de dólar é legal, estando em conformidade com o item 3 do Comunicado 6.590/99/BACEN e o art. 2º da Resolução do BACEN 2.234, de 30/01/96, ambos com amparo na Lei 4.594/64, sendo a qual o Banco Central deve atuar regulando o mercado cambial, de modo a estabilizar as taxas de câmbio e equilibrar a balança de pagamentos (art. 10, III), bem como zelar pelas reservas internacionais (art. 10, VIII);

2) a BM&F também entendeu pela necessidade do BACEN intervir na política cambial por meio da operação de venda de moeda estrangeira no mercado futuro como instrumento de intervenção de política cambial, para evitar prejuízo ao erário, na medida em que mantidas as reservas cambiais, o que não ocorreria se houvesse a compra e venda no mercado à vista, até porque eventuais perdas seriam compensadas na mesma proporção dos ganhos obtidos, afinal, o BACEN acabou poupando dólares das reservas cambiais no mesmo montante dos contratos que celebrou;

3) a situação do Banco Fontecindam S/A é diferente do Banco Marka S/A, que comprou dólar, em 14/01/99 a R\$ 1,275, valor abaixo do teto da banda cambial e do limite máximo do valor estipulado pelo BACEN para o dia 1º/02/99, e que, se ouve ajuda financeira fundado no risco sistêmico, decorreu do benefício dado ao Banco Marka S/A que, no mesmo dia, adquiriu dólares por valor abaixo do teto da banda cambial e da cotação máxima para aquela moeda no dia (R\$ 1,275), o que criou, nos meios de comunicação, a suspeita de que teria havido favorecimento ilegal em benefício das duas instituições, o que não procede em relação à apelante, que não guarda relação com o Banco Marka S/A;

4) a operação de venda de contratos de dólar futuro ao Banco Fontecindam S/A foi necessária e regular para dar liquidez ao

mercado, cabendo ressaltar que o banco e os fundos de investimento por ele administrados detinham, em 14/01/99, 7.900 (sete mil e novecentos) contratos de *"opção de venda de dólar futuro"*, conforme consta do documento de fls. 1.988/2.003, fornecido pela BM&F, ao preço de R\$ 1,322 por dólar, valor esse superior ao teto da banda cambial em vigor naquela data (R\$ 1,32) e superior ao valor máximo que o dólar poderia atingir, de acordo com o Comunicado/BACEN 6.590/99, já citado, no dia 1º/02/99, data do vencimento dos contratos, mantido o regime de banda;

5) diante do retroexplicitado, é evidente que a sentença se baseou em premissa contrária à prova dos autos, ao declarar que o Banco Fontecindam S/A, no dia 13/01/99, "não era titular de nenhuma posição em aberto no mercado futuro de dólar junto à BM&F, para vencimento em fevereiro/99, estando zeradas as suas posições (fls. 3.954) [...]". *"No entanto, [...], detinham, sim, posições em contratos lastreados em dólar futuro."* (fl. 4.058).

6) por consequência, ao considerar que o Banco Fontecindam S/A tinha posição em aberto no mercado, a sentença errou ao imputar a Luiz Antônio Gonçalves má-fé *"ao fornecer ao BACEN informações falsas pelas quais atribuía ao Banco Fontecindam a titularidade de posições no mercado futuro de dólar que não existiam, induzindo a autoridade monetária a prestar-lhe socorro financeiro indevido (cf. fl. 3.963). (...) o Banco Fontecindam S/A era credenciado junto ao Banco Central para atuar nos mercados de câmbio e títulos públicos, e, pois, autorizado a promover operações de compra e venda de dólar, nos termos da Circular n. 2.495/94 (fls. 2.011/2.012)."* (fl. 4.060).

7) a sentença tratou o fato de Luiz Antônio Gonçalves contatar por telefone o Presidente do BACEN, em nome da instituição que representava, como hábil a impingir ilegalidade na operação realizada, o que deve ser revisto, pois a realização da venda de moeda

estrangeira pode ser feita por leilões telefônicos, a teor do que dispõe o art. 1º, II, da Circular n. 2.495/94, do BACEN;

8) há equívoco também em considerar que o Banco Central não pode atuar em mercado de câmbio futuro, uma vez que a Lei 4.595/64 não distingue, no seu art. 11, III, “mercado à vista” de “mercado futuro”, da mesma forma que o art. 2º, § 2º, da Resolução 2.087/94 do Conselho Monetário Nacional autoriza o BACEN a atuar em “operações de câmbio no mercado interbancário”;

9) não compete ao Poder Judiciário decidir sobre a conveniência e a oportunidade da operação de política econômica aqui impugnada, manifestando que seria possível ao BACEN fazer uso de outros meios para proteger o mercado “tais como intervenção e liquidação extrajudicial, além do Regime de Administração Especial Temporária – RAET” (cf. fl. 3.957), análise que cabia ao Banco Central, à época;

10) a intervenção do BACEN no mercado futuro de dólar é praticada desde a edição da Resolução nº 2.234/96, que a tornou obrigatória quando verificadas as condições nela previstas, como quando sucederam as crises da Ásia e da Rússia, e tem por finalidade o controle das expectativas do mercado financeiro sobre a estabilidade da moeda brasileira;

11) constitui “Fato do Príncipe” o ato do governo que alterou a cotação do dólar em 01/02/99, em que alcançou R\$ 1,98, registrando ser da responsabilidade do governo a mudança na política cambial ocorrida em 18/01/99, quando extinguiu o regime de banda cambial com o fim de liberá-la, não sendo imputável aos apelantes o eventual fracasso na política cambial, havendo-se que ressaltar que os apelantes, compradores de contratos de dólar, pagaram preço acima do mercado, além do que havia sido estipulado como teto da banda cambial;

552
S

12) o BACEN, às fls. 1.200 – 1222, destacou que os termos que marcaram as operações envolvendo o Banco Fonte Cindam S.A. e o Banco Marka S. A. são distintos porque distintas as situações dos dois bancos, dando pela regularidade da operação de venda de contratos de dólar futuro ao Fonte Cindam S.A., que não se apropriou de nenhum bem ou valor público;

13) o juízo não considerou aspectos de fato e de direito relacionados na perícia, isto é, ignorou a conclusão do laudo pericial feito pelo próprio perito do juízo (“chancela técnica”) pela inexistência de prejuízo ao patrimônio público, exarando sentença desprovida de fundamento técnico, que não mencionou fatos ou condutas que indicassem a intenção dos apelantes de obterem benefícios ou de causarem prejuízo ao erário, o que afronta o disposto nos artigos 93, IX, da CF, e 131 do CPC, o que configura causa de nulidade da sentença;

14) não houve apropriação de valor pertencente ao erário, isto é, não houve lesividade ao erário público, sendo incabível a condenação ao ressarcimento de R\$ 522.3000.000,00 (sem atualização) aos cofres públicos, e despropositado o pagamento da multa civil por cada réu de acordo com sua proporção, sendo o valor da multa correspondente a duas vezes o valor do ressarcimento, segundo seus cálculos, na casa de R\$ 3.133.800.000,00;

15) a condenação ao pagamento de honorários advocatícios ao Fundo Especial previsto no art. 13 da Lei 7.347/85, à base de 15% (quinze por cento) sobre o valor total da condenação, até porque a condenação dos réus em ação de improbidade administrativa é ilegal, aplicando-se, ao caso, por analogia, o disposto no art. 18 da Lei 7.347/85, que regulamenta a Ação Civil Pública;

16) de tudo, conclui-se que, em sendo mantida a sentença, haverá o enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, devendo,

5513
S

portanto, ser declarada a nulidade da sentença ou, no mínimo, reformada, para julgar improcedente o pedido.

A BM&F e a BM&FBovespa S.A. também apelam sustentando, em síntese que:

- 1) a BM&F apenas cumpriu a determinação do BACEN de efetuar o registro, a compensação e a liquidação executados pelo Banco do Brasil S.A., sendo da diretoria colegiada do BACEN a responsabilidade pela venda de dólar futuro conforme previu o voto BCB 006/99;
- 2) foi o BACEN que determinou ao Banco do Brasil a realização da operação impugnada; que não houve violação às Resoluções CMN 1.690/90 e 2.087/94, nem à Circular BACEN 2.495/94, que dizem respeito às operações de compra e venda de moeda estrangeira no mercado interbancário, em que há entrega física da moeda transacionada e do qual participam exclusivamente instituições financeiras, nada tendo a ver com a operação realizada;
- 3) a correspondência 004/99 – SG encaminhada pela BM&F ao BACEN “**quando já havia sido decidida a operação**” (cf. fl. 4.233) retratou apenas a sua preocupação com a falta de liquidez do mercado em razão da mudança da política cambial com o fim de impedir uma crise sistêmica (perda do controle do sistema cambial), não para socorrer qualquer instituição financeira, não tendo se beneficiado nem direta nem indiretamente com a operação nem agido de modo fraudulento para induzir o BACEN a prestar ao Banco Fonte Cindam uma operação de socorro que não encontrava amparo na lei;
- 4) a perícia judicial comprova o que foi dito acima;
- 5) não houve ofensa aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa nem desvio de finalidade, não se configurando a prática de nenhum ato de improbidade a ser imputado aos apelantes;

5514

6) diante dos fatos deve haver a modificação da sentença, com a improcedência do pedido e a consequente exclusão da condenação ao pagamento de honorários advocatícios (aproximadamente R\$ 325 milhões);

7) e, por último, que no caso de ser mantida a procedência da ação em relação à Bolsa, haja exclusão da condenação de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios; seja apurado qual o efetivo proveito patrimonial ela teria obtido com a operação em tela, levando-se em conta o que teria acontecido se o BACEN não tivesse realizado a operação, consideradas as garantias existentes; haja a redução da multa civil, compatível com a gravidade de sua conduta e o proveito econômico por ela auferido; estabeleça-se a responsabilidade da BM&F pelo pagamento da indenização subsidiária; e sejam reduzidos os honorários advocatícios a valores razoáveis conforme o art. 20, §§ 3º e 4º do CPC.

Por seu turno, em seu apelo, o Banco Central do Brasil – BACEN assevera que:

- 1) o MPF não provou as acusações dirigidas ao banco e aos seus servidores;
- 2) o risco sistêmico que ameaçava a economia em 1999 era notório, dispensando de comprovação de sua parte da necessidade de se preservar o volume de reservas internacionais, por se tratar de motivação expressa de ato da Administração Pública, o que impõe a aplicação dos artigos 334, IV, do CPC/1973 e 19, II, da Constituição da República;
- 3) o laudo pericial do juízo é hábil para demonstrar que tal operação não causou prejuízo ao erário e, no entanto, a sentença, por desconsiderar a prova pericial de ordem técnica, sem lançar mão de

5519
S

motivação da mesma natureza, confunde ilicitude (conclusão jurídica) com prejuízo (premissa fática de natureza contábil) e subverte o silogismo decisório ao declarar que o ato (operação) teria causado prejuízo por ser ilícito e não que o ato teria sido ilícito por causar prejuízo ao erário, o que afronta a Lei 8.429/92 (art. 10), que exige a conjugação de dois elementos inerentes ao tipo de ato previsto no dispositivo, o prejuízo e a ilicitude;

4) é seu dever, nos termos da Lei 4.595/64, atuar regulando o mercado cambial, de modo a estabilizar as taxas de câmbio e equilibrar a balança de pagamentos (art. 11, III), bem como zelar pelas reservas internacionais (art. 10, VIII), o que ocorreu, ressaltando que eventual resultado negativo na operação realizada no mercado futuro de câmbio foi compensado com o ganho decorrente da valorização dos dólares contidos nas reservas internacionais;

5) a sentença foi genérica, na medida em que narrou a operação de forma global, sem a devida individualização das condutas imputadas aos réus, bem como sem explicitar a ocorrência de culpa grave ou dolo nos seus atos;

6) é necessário que o julgamento se manifeste sobre os artigos 5º, XLVI, LIV e LV; 19, II; 93, IX e 192 da CF; 25 do ADCT; 131, 333, 334, 335 e 436 do CPC; 11, III, 12 e 13 da Lei 4.595/64; 10, 11 e 12 da Lei 8.429/92, sob pena de contrariar os artigos 131 e 458, II, do CPC/1973 e/ou artigos 5º, XXXV e LIV, e 93, IX, da CF/88;

7) e, por fim, pede seja julgado improcedente o pedido e, caso mantida a condenação relativamente a algum dos seus agentes, sejam revistas as penas para se adequarem a patamares proporcionais e compatíveis com a excepcionalidade das circunstâncias críticas em meio das quais se viram obrigados a operar no epicentro da notória Crise Cambial de 1999.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 4.478/4.538), ascenderam os autos a este Tribunal, tendo o órgão do Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pela Procuradoria Regional da República da 1ª. Região, opinado pelo desprovimento das apelações. (fls. 4.561/4.597).

4) Nos autos da apelação cível nº. 0020263-10.1999.4.01.3400 (ação cautelar inominada nº. 1999.34.00.020290-7/DF), por Luiz Antônio Andrade Gonçalves, Roberto José Steinfeld e Fernando César Oliveira de Carvalho (fls. 3.318/3.349); e por Cláudio Ness Mauch, Demóstenes Madureira de Pinho Neto, Maria do Socorro Costa de Carvalho, Tereza Cristina Grossi Togni e Francisco Lafaiete de Pádua Lopes (fls. 3.380/3.386), contra sentença (fls. 3.272/3.294) prolatada em sede de ação cautelar proposta pelo MPF em face dos requeridos, ora apelantes, que objetivava a decretação de indisponibilidade de bens, o afastamento das funções públicas e a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico dos réus.

A sentença do Juízo Federal da 22ª. Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal restou assim consignada, *in verbis*:

"A) Extingo o processo, sem julgamento de mérito, em relação à BM&F, com fundamento no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

B) Em relação ao pedido de afastamento de MARIA DO SOCORRO COSTA DE CARVALHO e de TEREZA CRISTINA GROSSI TOGNI julgo extinto o processo sem julgamento de mérito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

C) PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos para decretar a indisponibilidade dos bens dos oito primeiro réus, na forma do art. 16, §§ 2º e 2º da Lei n. 8.429/92, até o suficiente para garantir eventual indenização do prejuízo do erário no valor apontado na inicial (R\$ 519.820.000,00) devidamente corrigido, comunicando a decisão ao Banco Central do Brasil, ao DETRAN, às Corregedorias de Justiça do Distrito Federal, de São Paulo, Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, às Capitânicas de Portos; BM&F, BOVESPA e BOLSA DE VALORES DO RIO DE JANEIRO.

Em face da sucumbência recíproca, os réus arcarão com 50% das custas, se houver, e com os honorários advocatícios de seus patronos" (fls. 3.293/3.294).

Os apelantes Luiz Antônio Andrade Gonçalves, Roberto José Steinfeld e Fernando César Oliveira de Carvalho, preliminarmente, alegam que é requisito para a decretação de indisponibilidade de bens a existência de prévio processo

administrativo, no qual se tenha constatado indícios de responsabilidade pelos atos ímprobos, pelo que aduzem ter havido cerceamento de defesa.

Sustentam, ainda, a inexistência de *fumus boni iuris*, tendo em vista a legalidade da operação financeira realizada entre o Banco Fontecindam S/A e o BACEN, e do *periculum in mora*, sob o argumento de que não praticaram atos tendentes a dissipação do patrimônio e que adquiriram bens antes da prática do ato impugnado na ação de improbidade administrativa.

Por seu turno, os recorrentes Cláudio Ness Mauch, Demóstenes Madureira de Pinho Neto, Maria do Socorro Costa de Carvalho, Tereza Cristina Grossi Togni e Francisco Lafaiete de Pádua Lopes, também, sustentam que não houve demonstração de que tinham a intenção de dilapidar seus patrimônios e que seus bens não foram adquiridos com recursos advindos da alegada prática de ato ímprobo. Por fim, asseveram que a improbidade administrativa não foi provada.

Contrarrazões apresentadas às fls. 3.393/3.411.

Parecer da Procuradoria Regional da República da 1ª. Região, às fls. 3.451/3.454, preliminarmente, pelo não conhecimento das apelações interpostas por Cláudio Ness Mauch, Demóstenes Madureira de Pinho Neto, Maria do Socorro Costa de Carvalho, Tereza Cristina Grossi Togni e Francisco Lafaiete de Pádua Lopes, em face de suas intempestividades; e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO (RELATOR):

Nos casos presentes o ato apontado como ilícito consiste, em síntese, na realização de operação de venda ao Banco Marka S/A., pelo Banco Central, através do BB Banco de Investimento S/A, de 27.910 (vinte e sete mil e novecentos e dez) contratos da espécie, no dia 11 de janeiro de 1999, com vencimento em março/1999, cada um no valor de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos), em sua grande maioria ao preço unitário de R\$ 1,23 (um real e vinte e três centavos) por dólar, com vencimento em março de 1999, auferindo o BACEN, em consequência, receita de aproximadamente R\$ 3.455.000.000,00 (três bilhões e quatrocentos e cinquenta e cinco milhões de reais).

Noutro feito, a prática ímproba inquinada aos requeridos diz respeito a alegada nulidade da operação de venda de 7.900 contratos de dólar futuro ao Banco Fontecindam S/A, realizada em 1999, entre o BACEN e o Fontecindam, com a intermediação do BB – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A

Segundo as partes autoras das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa e das medidas cautelares inominadas, tendo em vista que na data da liquidação a taxa de câmbio estava em R\$ 2,06/US\$ – razão pela qual a autarquia monetária despendeu da quantia de R\$ 5.749.000.000,00 (cinco bilhões e setecentos e quarenta e nove milhões de reais) –, essa operação causou prejuízos aos cofres públicos no montante de R\$ 2.294.000.000,00 (dois bilhões e duzentos e noventa e quatro milhões de reais).

Já no dia 12/01/1999, o Banco Central é acusado de, com a mesma intermediação – BB Banco de Investimento S/A –, ter realizado, perante a BM&F, operação de venda de 39.500 (trinta e nove e quinhentos) contratos de dólar futuro, com vencimento em fevereiro/1999, ao preço de R\$ 1,223/US\$ a R\$ 1,243/US\$, e que, na data de liquidação, a taxa de câmbio atingiu R\$ 1,98/US\$, tendo o BACEN arrecadado R\$ 4.684.000.000,00 (quatro bilhões e seiscentos e

551
§

oitenta e quatro milhões de reais) no momento da contratação e, na data da liquidação, pagou a quantia de R\$ 7.821.000.000,00 (sete bilhões e oitocentos e vinte e um milhões de reais), ocasionando uma lesão ao erário na ordem de R\$ 3.137.000.000,00 (três bilhões e cento e trinta e sete milhões de reais).

No plano do discurso jurídico, as 4 (quatro) iniciais alegam que as indigitadas operações ocorreram sem a observância do princípio da legalidade, pois o BACEN não estava autorizado a atuar no mercado de câmbio futuro, tendo em vista que esse tipo de operação não envolve troca de moeda estrangeira, razão pela qual não ostenta a natureza de operação cambial.

Como segundo argumento, sustentam que a Administração Pública deve atuar com base na legalidade estrita, pois as normas que regem a atuação do Banco Central no mercado financeiro estão revestidas de caráter vinculante. As suas conclusões neste ponto são que a autarquia não tinha competência legal para realizar as negociações impugnadas, pois haveria vedação legal para tanto.

É possível resumir, então, que acreditam ter havido desvio de finalidade, haja vista a utilização pelo BACEN de sua competência de intervenção para regular o funcionamento do mercado de câmbio, tendo se desviado para atuar nessas operações de forma ilegal. Outra afirmação a apoiar o raciocínio dos autores é que, na realidade, o que se verifica é que não houve uma compra e venda de moeda estrangeira, mas sim uma negociação realizada em reais, restando evidente que não se tratou de uma autêntica operação cambial.

Nesse diapasão, concluindo, dizem que as operações de venda de moeda estrangeira são nulas.

Em apertada síntese, são estes os fundamentos fáticos e arrimos jurídicos.

Ab initio, cumpre informar que da leitura da petição inicial das 2 (duas) ações civis públicas por ato de improbidade administrativa – 0019638-73.1999.4.01.3400 (1999.34.00.019665-0)/DF e 0020262-25.1999.4.01.3400 (1999.34.00.020289-0)/DF – verifico que o objeto comum a elas se traduz no pedido de

declaração de nulidade das operações de venda de moeda estrangeira – dólares – no mercado futuro, ocorridas nos dias 11 e 12 de janeiro de 1999, bem como a condenação dos requeridos no ressarcimento aos cofres públicos do suposto prejuízo causado em decorrência das mencionadas operações.

Cumpre explicitar que o objetivo acima descrito está expressamente consignado nos autos da ACP nº. 0019638-73.1999.4.01.3400 (1999.34.00.019665-0)/DF, além da *"declaração de nulidade das operações de ajuda feitas pelo Banco Central ao Banco Marka S/A"*; sendo que a outra ACP nº. 0020262-25.1999.4.01.3400 (1999.34.00.020289-0)/DF foi ajuizada, além daquele pano de fundo, de forma individualizada, requereu-se a *"declaração de nulidade das operações de ajuda feitas pelo Banco Central ao Banco Fontecindam S/A"*.

Nesse diapasão, nos termos do art. 103 do CPC/1973 – *"Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir"* –, constatada a identidade de causas de pedir entre as indigitadas ações, justifica-se não só a declaração de **conexão**, como também **reunião** de todas as ações reputadas conexas, para um só julgamento.

Com efeito, o que caracteriza a conexão é a comunhão do objeto mediato do pedido, no caso *sub examine*, o pedido de declaração de nulidade das operações de venda de dólares no mercado futuro, praticadas pelo BACEN em janeiro de 1999 joga a função argumentativa de fio condutor da reunião de processos por conexão em cumprimento ao disposto no art. 103 do CPC então vigente.

Corroborando o entendimento supra, o seguinte excerto de julgado do STJ: *"Caracteriza-se, na hipótese, o instituto da conexão, já que as ações têm a mesma finalidade, o que as tornam semelhantes e passíveis de decisões unificadas, devendo-se evitar julgamentos conflitantes sobre o mesmo tema, objeto das lides"* (STJ, REsp 208.680/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, julgado em 06/04/2004).

No mesmo sentido, "a conexão ou a continência, por decorrência da identidade da causa de pedir ou pedido, torna conveniente o julgamento conjunto, não só por medida de economia processual, mas também para evitar a possibilidade de prolação de decisões contraditórias, que trariam desprestígio à Justiça" (STJ. REsp 1001820/RJ, Quarta Turma, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, DJe 29/05/2012).

Confira-se, ainda:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA ESTADUAL E A JUSTIÇA FEDERAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. EXECUÇÃO DE HIPOTECA E AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. **CONEXÃO**. PRESENÇA DA CEF NA LIDE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A conexão afigura-se entre duas ou mais ações quando há entre elas identidade do objeto, ou da causa de pedir, impondo a reunião das ações para julgamento em unum et idem iudex, evitando, assim, a prolação de decisões inconciliáveis. Neste sentido, tivemos oportunidade de assentar, verbis: **...é possível que duas ações mantenham em comum numa ação exatamente a mesma causa petendi sustentando pedidos diversos.** Assim, v.g., quando Caio pede, em face de Tício, numa ação, a rescisão do contrato e noutra a imposição de perdas e danos por força da infração de uma das cláusulas do contrato lavrado entre ambos. **Esse vínculo entre as ações por força da identidade de um de seus elementos denomina-se, tecnicamente, de conexão** e, conforme o elemento de ligação, diz-se conexão subjetiva, conexão objetiva ou conexão causal. **A consequência jurídico-processual mais expressiva da conexão, malgrado não lhe seja a única, é a imposição de julgamento simultâneo das causas conexas no mesmo processo (simultaneus processus).** A razão desta regra deriva do fato de que o julgamento em separado das causas conexas gera o risco de decisões contraditórias, que acarretam grave desprestígio para o Poder Judiciário. Assim, v.g., seria incoerente, sob o prisma lógico, que um juiz acolhesse a infração contratual para efeito de impor perdas e danos e não a acolhesse para o fim de rescindir o contrato, ou ainda, que anulasse a assembléia na ação movida pelo acionista X e não fizesse o mesmo quanto ao acionista Y, sendo idêntica a causa de pedir. **O instituto da conexão tem, assim, como sua maior razão de ser, evitar o risco das decisões inconciliáveis. Por esse motivo, diz-se, também, que são conexas duas ou mais ações quando, em sendo julgadas separadamente, podem gerar decisões inconciliáveis sob o ângulo lógico e prático.** (FUX, Luiz, Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 3ª Ed., p. 188/189).

Omissis.

(STJ, CC 555.84, Primeira Seção, Rel. Ministro Luiz Fux, DJE de 05/10/2009 - destaques nossos).

Da jurisprudência deste TRF da 1ª. Região, colaciono os seguintes excertos, *verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. CONEXÃO. COMPETÊNCIA. PREVENÇÃO.

1. Nos termos do art. 103 do Código de Processo Civil, "Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir", bastando apenas que um dos pré-requisitos para atestar conexas as ações - similaridade entre objeto ou da causa de pedir -, esteja presente para justificar a reunião dos feitos. [Destaque nosso.]

Omissis.

(TRF1. Numeração Única: 0025521-69.2006.4.01.0000; CC 2006.01.00.024203-6/GO; Quarta Seção, Rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, DJU, II, de 19/10/2007, p. 05).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO EM QUE SE DECLINOU DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSO E JULGAMENTO DE AÇÃO POPULAR EM FAVOR DO JUÍZO A QUE DISTRIBUÍDA ANTERIOR AÇÃO CONEXA. ALEGAÇÃO DE DESNECESSIDADE DE REUNIÃO DOS PROCESSOS. SÚMULA 235 DO STJ. INTERPRETAÇÃO CONJUNTA COM A REGRA DO JUÍZO UNIVERSAL DA AÇÃO POPULAR. PREVENÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

Omissis.

3. A ação popular é meio processual de defesa de interesses difusos (anulação de atos por afronta aos princípios que regem a Administração Pública). Por isso, as decisões proferidas na ação popular causam sensível impacto nas relações jurídicas. Seus efeitos não se circunscrevem ao caso concreto. A profusão de "juízos" de ações populares que guardam alguma identidade não é salutar, haja vista a possibilidade de decisões contraditórias, com risco de descrédito para a jurisdição e de insegurança jurídica.

[Destaque nosso.]

Omissis.

(TRF1. Numeração Única: 0017095-24.2013.4.01.0000/DF; Quinta Turma, e-DJF1 de 24/09/2013, p. 309).

Sendo esse o quadro, a reunião dos processos para julgamento simultâneo, a fim de evitar decisões conflitantes e promover a celeridade do trâmite processual, é medida que se impõe.

As questões prejudiciais de mérito relatadas neste julgamento estão fortemente intrincadas com o mérito da questão posta à apreciação. Assim, é impossível julga-las divorciadamente e previamente ao mérito. A legalidade das atuações do BACEN ou a ausência de prejuízo ligam-se à legitimidade passiva, ao

interesse e a justa causa para a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o que exige julgamento global sem o destaque requerido nas apelações.

Desta feita, cuidando do mérito propriamente dito, inicialmente analiso a afirmação de que o BACEN não estava autorizado a atuar no mercado de câmbio.

Ao contrário dessa alegação, consoante o art. 11 da Lei 4.595/64 – comumente chamada de lei da reforma bancária –, com a redação determinada pelo Decreto-lei 581, de 14 de maio de 1969, vigente desde 28 de julho de 1969, o Banco Central do Brasil, à época, BCB, detinha competência específica para, *inter alios*, atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, podendo, para esse fim, também, comprar e vender ouro e moeda estrangeira, inclusive, no mercado de câmbio futuro¹.

No ponto, a Lei 4.595/64 textualmente consignou, *ipsis litteris*:

Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.

Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil;

Omissis;

III - Atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos, podendo para esse fim comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem como realizar operações de crédito no exterior, inclusive as referentes aos Direitos Especiais de Saque, e separar os mercados de câmbio financeiro e comercial; (Redação dada pelo Del nº 581, de 14/05/69). [Destques nossos.]

¹ **Mercado de Câmbio Futuro:** "Compreende as operações futuras de câmbio (forward Exchange). Essas operações vêm a ser a compra ou a venda de divisas estrangeiras – a uma taxa cambial determinada por ocasião da contratação – e que serão entregues em data futura. São realizadas por exportadores, importadores, investidores em moeda estrangeira etc., os quais procuram, assim evitar os riscos de flutuações cambiais" (RATTI, Bruno. *Comércio Internacional e Câmbio*. 10ª ed. SP: Ed. Aduaneiras, 2001. pp. 130/137).

O Banco Central do Brasil foi criado em 31 de dezembro de 1964, através da Lei no 4.595. Foi comandado, naquele ano, pelos dirigentes da extinta Sumoc – Superintendência da Moeda e do Crédito, após todas as históricas resistências, tornando-se apto a realizar projeto iniciado com a criação da Sumoc em 1945, criando finalmente um banco central.

Com a Reforma Monetária de 1964, que criou o BACEN, a estrutura das autoridades monetárias assumiu a seguinte configuração: o BACEN substituiu a Sumoc, com todas as suas atribuições, mas com importantes mudanças, quais sejam: (a) a emissão de moeda ficou sob sua inteira responsabilidade; (b) as operações de crédito ao Tesouro só poderiam ser feitas agora pelo BACEN, através da aquisição de títulos emitidos pelo Tesouro; **(c) operações de câmbio passaram do Banco do Brasil para o BACEN;** (d) criou-se o Conselho Monetário Nacional (CMN), para substituir o Conselho da Sumoc, agora com nove membros, dos quais apenas um pertencente ao Banco do Brasil; (e) o Banco do Brasil permaneceu como agente financeiro do Governo, mas sem o privilégio de fornecer crédito ao mesmo; (f) o BACEN ficou com a possibilidade de delegar ao Banco do Brasil a função de guardar as reservas voluntárias dos bancos e de efetuar a compensação de cheques; (g) a Caixa de Amortização do Tesouro foi abolida, e a função de emitir tornou-se privilégio do Banco Central.

A partir da introdução do Plano Real, em 1994, que o BACEN começa a gozar de uma forte independência, visto que a autarquia começa a ter a liberdade da escolha dos instrumentos de política monetária que julgue mais adequados para assegurar a estabilidade monetária. De fato, embora não formalizada institucionalmente, o Banco Central goza de uma espécie de autonomia tácita, configurando-se uma independência prática, mas não jurídica. Além disso, esta independência prática foi fortalecida, ainda mais, pelo Decreto 3.088, de 21 de junho de 1999, que introduziu o sistema de metas para a inflação na condução da política macroeconômica brasileira, pois é inerente a esse sistema de controle da inflação a independência de instrumentos. Na época dos fatos que

5525
}

aqui se discutem, esta relativa independência – cujo mérito era a escolha técnica de soluções para questões do seu espectro de atribuições – começa a se firmar.

Ao lado da independência de instrumentos, outros avanços institucionais foram promovidos, tais como o controle do financiamento do BACEN a entidades do setor público, bem como a proibição de destinarem-se recursos da remuneração da conta única do Tesouro Nacional para financiar gastos de custeio e investimento. Não pode deixar de ser mencionada, também, a elevação recente do cargo de presidente do Banco Central a status de ministro de Estado, conferindo-lhe, assim, um foro por prerrogativa de função no âmbito da Justiça.

É relevante perceber para o deslinde desta causa, que o BACEN tem como sua principal missão institucional a estabilidade do poder de compra da moeda e a manutenção da solidez do sistema financeiro. Diante disso, é possível dividir o papel estratégico do Banco Central como funções institucionais e dos impactos cruciais que seus instrumentos de política e de ação exercem sobre a trajetória de desenvolvimento da economia.

Ratificando a competência da autarquia para atuar no mercado cambial, transcrevo excerto da publicação "*Funções do Banco Central do Brasil*", retirado do sítio <http://www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/faq11-funcoesdobancocentral.pdf>, verbis:

"A competência do BCB para administrar as reservas cambiais tem base legal na Lei 4.595, artigos 10 e 11. Outro aspecto a ser considerado diz respeito ao nível mínimo que o BCB tem que garantir para as reservas internacionais do País. O Senado Federal, conforme foi estabelecido na Resolução 82, de 18/12/1990, fixou como nível mínimo aquele que assegure recursos suficientes para manter a média mensal das importações dos últimos 12 meses, durante período mínimo de quatro meses.

O BCB é responsável pelo funcionamento regular do mercado de câmbio, a estabilidade relativa das taxas de câmbio e o equilíbrio do balanço de pagamentos, podendo, para esse fim: comprar e vender ouro e moeda estrangeira e realizar operações de crédito no exterior; administrar as reservas cambiais do país; promover, como agente do governo federal, a contratação de empréstimos; acompanhar e controlar os movimentos de capitais, inclusive os que se referem a acordos com entidades internacionais e à recuperação de créditos governamentais brasileiros no exterior; e negociar, em nome do governo brasileiro, com as

instituições financeiras e com os organismos financeiros estrangeiros e internacionais" (fl. 25 - destaquei).

Corroborando o entendimento supra, colaciono a seguinte ementa de julgado do TRF da 2ª. Região:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – ATOS ADMINISTRATIVOS PRATICADOS PELO BACEN – DESCREDECIMENTO DE EMPRESA DE TURISMO PARA A PRÁTICA DE OPERAÇÕES DE CÂMBIO A TAXAS LIVREMENTE PACTUADAS – DISCRICIONARIEDADE – DECISÃO MANTIDA.

I – Agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu a tutela antecipada requerida nos autos da ação ordinária, que visava permitir a agravante seu retorno às atividades no mercado de câmbio de taxas flutuantes, bem como para que o BACEN se abstenha de praticar qualquer ato que redunde em constrição à atividade da empresa, até o julgamento do mérito da ação. II – A norma constitucional inserta no art. 22, inciso VII, da Constituição Federal, determinou ser privativa a competência da União para legislar sobre política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores. O inciso VIII, do artigo 21, por sua vez, lhe assegurou a competência para administrar as reservas cambiais do país e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, seguro e de previdência privada. III – Já a Lei n.º 4.595/64, que estruturou o Sistema Financeiro Nacional, atribuiu ao Conselho Monetário Nacional a competência para fixar as diretrizes da política cambial e, no artigo 11, ao Banco Central do Brasil a competência para zelar pelo regular funcionamento do mercado de câmbio, mediante a compra e venda de moeda estrangeira, realização de operações de crédito no exterior, cabendo-lhe, ainda, nos termos do art. 10, inciso X, alínea d, conceder autorizações para instituições financeiras Omissis.

(TRF2, AG 2003.02.01.007407-4, Quarta Turma, Rel. Des. Federal Benedito Gonçalves, DJU de 11/06/2004, p. 336 – destaques nossos).

Essa locução é necessária porque, ao meu sentir, a grande questão que perpassa todas as três ações populares *sub examine*, é o debate sobre qual seria, em 1999 e nos dias atuais, o papel do Banco Central do Brasil. Em outras palavras, o que esse ente autárquico poderia fazer na situação de fato ali existente, com o fito de se certificar se agiu aquém do que deveria, aquém do que poderia, segundo a sua determinação e disposição legal, ou se agiu além do permitido pelo ordenamento jurídico, com qualquer desvio de finalidade ou com qualquer protecionismo que, eventualmente, pudesse dar azo a uma ação de improbidade ou uma nulidade dos atos devidamente praticados.

Dito de outra maneira, a caracterização da atuação do BACEN em cotejo com o plano da legalidade, e sua legitimidade para atuar, estão no princípio da discussão posta.

Comprovada – desta forma – o pressuposto de legalidade e de funcionalidade da atuação do BACEN, é obrigatório na sequência do raciocínio entender se a prática de tais atos de intervenção era comum e necessária naquele período histórico ou, ao revés, personalista e casuísta. Não sem observar que um argumento se confunde com o outro.

Observo com base nos pareceres, relatórios, notícias e provas documentais que se encontram nos autos que no início de 1999, o Brasil acolheu o regime de metas para a inflação como uma das diretrizes de política monetária. A escolha deste modelo de administração, ou melhor dizendo, a opção pelo regime de metas demonstrou-se acertada tecnicamente, na medida em que a flexibilidade foi suficiente para permitir que o Brasil não só entrasse nas crises econômicas com sólidos fundamentos macroeconômicos, mas que também saísse das crises cíclicas bem mais fortalecido. Em parte, conforme consenso entre os economistas os louváveis resultados da economia brasileira nos últimos anos devem-se a um sistema alicerçado no regime de metas para a inflação, no câmbio flutuante e na acumulação de reservas.

É preciso observar que, neste contexto de administração da economia e de utilização dos instrumentos mencionados, o BACEN passou a intervir no mercado cambial. Não apenas instrumentos tradicionais de compra e venda de moeda estrangeira no mercado à vista e taxa de juros foram utilizados, mas também instrumentos não tradicionais, que são derivativos da taxa de câmbio nominal, como títulos públicos indexados ao dólar e *swaps* cambiais.

Isto merece nota exatamente para que seja compreendido como o BACEN atuava a partir da moderna compreensão acerca de qual o objetivo de um Banco Central.

5528
5

Os autos dão conta de pesquisas científicas que demonstram a atuação do BACEN no primeiro semestre de 1999 adicionando volatilidade à taxa de câmbio nominal através de suas intervenções. E não apenas isso: em períodos de normalidade as intervenções do Banco Central também podem ser observadas com o objetivo de desenvolver a economia ou evitar crises futuras.

A argumentação vinculada na ciência econômica e faticamente demonstrada nos autos deixa claro – e com extrema racionalidade - que de janeiro de 1999 a junho de 1999 o Banco Central interveio no mercado de forma direta, com ganhos macroeconômicos. A análise da atuação da autarquia bancária, fartamente noticiada nos volumes dos autos dá a certeza de que o período mencionado é bastante pródigo em volatilidade cambial. Resta claro que houve intervenção em todos os dias que antecederam a data de 01/07/1999, períodos com crises cambiais.

A decisão de governo – tomada pelos controladores da política econômica, principalmente o BACEN – que fixou a livre flutuação da taxa de câmbio, ocorrida em janeiro e a unificação das posições de câmbio dos segmentos livre e flutuante bem demonstram o grau de intervencionismo no mercado por parte da autarquia. Naquele período econômico - primeiro trimestre de 1999 – houve grande volatilidade mundial, com a concretização da saída de capital estrangeiro do país. Este quadro ocorreu principalmente em janeiro daquele ano. Naquele período ocorreram quedas históricas do índice BOVESPA, queda de preço dos títulos soberanos do Brasil e redução drástica da credibilidade do país. Disto dão conta os documentos trazidos aos autos, os pareceres dos expertos e a literatura específica da ciência econômica.

Desta maneira, não somente parece clara a possibilidade do BACEN atuar intervindo no mercado, quanto parece clara a normalidade desse comportamento naquele ano de 1999.

Quanto a atuação/atribuição da diretoria colegiada do BACEN, do texto da lei da reforma bancária – Lei 4.595/64, extraio:

5529
S

Art. 15. O regimento interno do Banco Central da República do Brasil, a que se refere o inciso XXVII, do art. 4º, desta lei, prescreverá as atribuições do Presidente e dos Diretores e especificará os casos que dependerão de deliberação da Diretoria, a qual será tomada por maioria de votos, presentes no mínimo o Presidente ou seu substituto eventual e dois outros Diretores, cabendo ao Presidente também o voto de qualidade.

Por seu turno, o citado Regimento Interno da autarquia prevê:

Art. 5º A Diretoria Colegiada é composta por até nove membros, um dos quais o Presidente, todos nomeados pelo Presidente da República, entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, após aprovação pelo Senado Federal, sendo demissíveis 'ad nutum'.

.....
Art. 11. Compete à Diretoria Colegiada:

Omissis;

III - formular, acompanhar e controlar, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN):

a) as políticas monetária, cambial e de crédito;

.....
VI - decidir sobre:

Omissis;

I) medidas necessárias ao funcionamento regular do mercado de câmbio e ao equilíbrio do balanço de pagamentos, podendo para esse fim autorizar a compra e a venda de ouro e moeda estrangeira e a realização de operações de crédito no exterior, inclusive as referentes a direitos especiais de saque, segundo diretrizes estabelecidas pelo CMN;

.....
XII - estabelecer diretrizes e parâmetros ('benchmarks') para que a administração das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira e de direitos especiais de saque esteja de acordo com as políticas monetária e cambial do Governo;

.....
Art. 15. São atribuições do Diretor de Assuntos Internacionais e de Gestão de Riscos Corporativos:

Omissis;

VII - avaliar os riscos e o impacto no Balanço do Banco Central das operações de política cambial, de política monetária, de aplicação das reservas internacionais e demais operações da instituição;

.....
Art. 19. São atribuições do Diretor de Política Monetária:

Omissis;

VI - fixar critérios para compra e venda, pelo Banco Central, nos mercados doméstico e internacional, de ativos financeiros, de ouro e de moedas estrangeiras;

VII - autorizar a execução da política cambial formulada pela Diretoria Colegiada e definir os parâmetros de atuação;

Omissis;

IX - decidir sobre:

Omissis;

c) providências ou medidas que devam ser adotadas para assegurar o funcionamento regular dos mercados de títulos públicos federais e de câmbio;

Omissis;

f) realização, para fins das políticas monetária e cambial, de operações com derivativos no mercado interno, incluindo operações de 'swap' referenciadas em taxas de juros e variação cambial;

Sobre a atuação do Banco Central do Brasil, o laudo pericial, produzido e juntado nos autos da ação popular nº. 0012052-82.1999.4.01.3400 (1999.34.00.012074-3/DF), que tem por objetivo questionar a legalidade dos contratos aqui também examinados, fundamentadamente, consignou, *in verbis*:

IV. QUESITOS DA BM&F (fls. 1.507/1.510):

21) 'Quais eram os instrumentos utilizados pelo BANCO CENTRAL para oferecer proteção aos agentes econômicos contra uma eventual desvalorização da moeda frente ao dólar?'

Resposta:

A Autoridade Monetária dispunha dos seguintes instrumentos para oferecer proteção ('hedge') aos agentes econômicos contra uma eventual desvalorização da moeda nacional:

- venda de títulos públicos indexados ao dólar;
- venda de reservas no mercado à vista;
- atuação no mercado futuro de câmbio.

22) 'Como se dava a atuação do BANCO CENTRAL no mercado pronto (à vista) de dólar? E no mercado futuro? O que diferenciava essa atuação no mercado futuro daquela atuação no mercado pronto de dólar, principalmente do ponto de vista dos resultados financeiros e da situação das reservas cambiais do país?'

Resposta:

Se atuasse no mercado à vista, o Banco Central do Brasil compraria ou venderia dólares, com impacto direto (positivo ou negativo) no saldo das reservas internacionais do País.

Se atuasse no mercado futuro, compraria ou venderia contratos de câmbio com vencimento em alguma data futura, sem impacto sobre as reservas internacionais, pois as operações seriam e são liquidadas em reais.

No primeiro caso, há alteração no saldo das reservas internacionais, enquanto no segundo, o resultado em moeda nacional vai depender da diferença de preço entre a cotação do dia e o preço de aquisição ou venda" (fls. 1.893).

V. QUESITOS DO BANCO FONTE CINDAM S/A E OUTROS (fls. 1.511/1.514):

'Queira o i. perito informar se a luz do que dispõe o Comunicado n. 6560, de 13 de janeiro de 1999, do Banco Central do Brasil, esta instituição possuía a obrigação legal de intervir no mercado através da venda de dólares norte-americanos por cotação balizada pela banda cambial?

Resposta:

Sim.

O Banco Central do Brasil, no âmbito da execução da política cambial, tinha a obrigação de intervir no mercado, com base nos já mencionados normativos, tais como a Resolução n. 2.234/96 (fl. 53/54) e o Comunicado n. 6.560/99 (fl. 58)" (fl. 1.905).

VI. QUESITOS DO BANCO CENTRAL DO BRASIL (fls. 1.521):

1) 'Qual a fundamentação legal para a atuação do Banco Central do Brasil no mercado de dólar futuro na BM&F?'

Resposta:

A perícia constatou, sob o aspecto estritamente técnico, que a atuação do Banco Central do Brasil estava lastreada nos seguintes normativos:

- Lei n. 4.595, de 31/12/1964, Art. 11, inciso III;*
- Autorização do BACEN ao BB Investimento, fls. 29/31;*
- Voto BCB 015/99, fl. 35;*
- Resolução n. 2.234, de 30/01/1996, fls. 58/59;*
- Voto BCB 006/99, fl. 61;*
- Voto CMN n. 186/97, fl. 221;*
- Voto CMN n. 402/97-A, fls. 222/223;*
- Parecer DEJUR-160/97, de 09/09/1997, fls. 681/686.*

2) 'Quais os objetivos do Banco Central ao atuar no mercado futuro de dólar? Execução da política cambial ou resultado financeiro?'

Resposta:

Execução da política cambial, fornecendo ao mercado instrumentos de proteção quanto às futuras variações na taxa de câmbio ('hedge'), conforme definiam as Circulares e Comunicados emitidos pelo Banco Central do Brasil que se referiam sobre a Sistemática de operações de compra e venda de moeda estrangeira, pelo Bacen no mercado interbancário. (...)" (fls. 1.909/1.910).

VII. QUESITOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 1.565/1.566):

4) 'A operação de venda e contratos de futuro de dólar, com vencimento em fevereiro de 1999, realizados pelo Banco Central do Brasil ao Banco de Investimentos Fonte Cindam tem amparo nas normas vigentes à época?'

Reposta:

A perícia constatou, sob o aspecto técnico, que a operação de venda de contratos de futuro de dólar (7.900 contratos), com vencimento em

fev/1999, realizada pelo Banco Central do Brasil ao Banco Fonte Cindam S/A, seguiram os seguintes normativos: (...).

6) *'A lei ou as normas vigentes à época atribuíam ao Banco Central do Brasil a competência para atuar no Mercado de Moeda Estrangeira?*

Resposta:

Sim, conforme resposta ao quesito 4 desta série" (fls. 1.914/ 1.916).

Fundamental que se repise: *"se atuasse no mercado futuro, compraria ou venderia contratos de câmbio com vencimento em alguma data futura, sem impactos sobre as reservas internacionais, pois as operações seriam e foram liquidadas em reais"*. No primeiro caso, há alteração no saldo das reservas internacionais, enquanto no segundo, o resultado em moeda nacional vai depender da diferença de preço entre a cotação do dia e o preço da aquisição da venda.

Também importante frisar que a perícia constatou, sob o aspecto técnico, que a operação de venda de contratos de dólar futuro seguiram os procedimentos normativos, em observância às leis e normas vigentes à época, as quais atribuíam à autarquia a competência para atura no mercado de moeda estrangeira da forma como foi feito.

Em conclusão, não há efetivamente vício de legalidade na atuação do Banco Central por parte de seus agentes, nem do BACEN, enquanto instituição, e também daqueles que executaram suas determinações, seja o BB Banco de Investimentos, seja a Bolsa de Valores. Não há ilegalidade nos procedimentos.

A atuação do Bacen na forma como ocorrida encontra substrato legal de tal monta que garante a sua legitimidade formal e absoluta legalidade. Efetivamente, não houve nenhum *plus*, inexistiu atuação *contra legem*, à margem da lei na realização das atividades ou dos contratos no modo como foram firmados.

Da análise do rol de atribuições inerentes aos cargos de direção da autarquia, à luz dos princípios que norteiam a Pública Administração, tenho que os requeridos, ora apelantes, atuaram com base na legalidade estrita e vinculada, dentro da competência atribuída por lei para a prática do ato inquinado de ilícito,

sem incorrer em desvio de finalidade, pois agiram no mercado de câmbio, em conformidade com as normas retrotranscritas.

Afigura-se que as operações cambiais foram realizadas e autorizadas por quem detinha poder e conhecimento técnico para tanto, não configurando ato discricionário, mas, ao contrário, de conduta vinculada aos ditames da lei e dos princípios basilares da administração.

Numa análise da conjuntura econômica e política da época dos fatos, assim como ocorreu em outros momentos de “crise”, entendo que, sem emitir juízo de valor acerca da *práxis*, a atuação do Estado, no caso, da Autoridade Monetária, configura uma questão de opção política, de matiz ideológico, influência nas decisões de formulação da política econômica, privilegiando a manutenção das instituições financeiras saudáveis, tendo em vista que dentro do ‘sistema’ elas devem ser protegidas porque, aos olhos governamentais, são imprescindivelmente necessárias. Assim, a adoção de medidas que visam socorrer aquelas instituições, no entanto, tem a sua razão, tendo em vista que quando elas “*naufragam*” toda a economia segue o rumo.

Assim, tenho por consolidado o raciocínio de que havia fundamento legal para atuação do BACEN e, demais disso, é razoável entender pela normalidade daquela conduta no ano de 1999.

Resta discutir, demais disso, ultrapassadas as questões referentes à legalidade e normalidade do BACEN ao atuar daquela maneira, se é possível verificar a existência de razões de base que justificavam a atuação específica no caso em tela – risco sistêmico e opção administrativa escolhida.

Por princípio de análise, e por oportuno, transcrevo excerto do voto da Ministra Ana Arraes, do Tribunal de Contas da União, proferido na Tomada de Contas Especial - TC 033.263/2008-1, *in verbis*:

"Com relação à possibilidade de crise sistêmica em razão de eventual falência do Banco FonteCindam, não se questiona a necessidade de o Bacen praticar política cambial com o objetivo de regular o mercado e em defesa das reservas cambiais do país. Por isso mesmo, concordo com os pareceres das autoridades da área econômica apresentados pelos

responsáveis ao defenderem a atuação do Bacen no mercado, especialmente naquele momento em que as reservas do país caíam vertiginosamente.

(...).. Diante do cenário descrito nos autos, a atuação do Bacen foi importante para estancar uma possível crise sistêmica. Sem dúvida a autoridade monetária deve atuar de forma preventiva, e não esperar a crise ocorrer para adotar providências corretivas.

Ainda que possam ser feitas críticas por possíveis erros na dosagem aplicada, não vislumbro como poderia o TCU fazer questionamentos a respeito do tema".

Desta feita, é necessário saber se há justificativa de mérito para a atuação, e também perquirir os limites da sindicabilidade posterior da medida tomada pelo Banco Central naquela data, naquelas condições. Dito de outra forma, constatada a legalidade e a normalidade do ato, se há conveniência, oportunidade e finalidade pública nos atos administrativos. Também será necessário perquirir se os atos técnicos podem ser sindicados. É preciso verificar se é o caso de discricionariedade total, que não permite ao ato ser sindicado ou se trata de uma discricionariedade técnica com elementos que podem ser corrigidos pelo Judiciário.

Para elucidar isso, algumas questões precisam ser dirimidas: (1) as atuações do Bacen são discricionárias ou são vinculadas? (2) É possível à autarquia tomar medidas a partir de uma compreensão sua mesma acerca do melhor ato administrativo a ser praticado? (3) Há um certo e um errado na decisão de política econômica monetária ao ponto de ser possível descobrir a melhor resposta? (4) Qual é o limite dessa discricionariedade?

Há vasta bibliografia específica sobre o assunto. Em *Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica*, Flávio José Roman, lembra "que situações previstas e alguns conceitos indeterminados empregados na lei só poderiam ser afirmados depois de um complicado processo em cadeia chamado *discricionariedade técnica*".

Especificamente para o caso vertente, importa trabalhar o conceito de discricionariedade pura, aberta, na qual existe conveniência e oportunidade. Em alguns setores da administração pública, e o mercado de valores seria um deles,

essa discricionariedade nos permite dizer que o administrador pode decidir ou não de acordo com seu alvedrio. Já a discricionariedade técnica implica que a escolha deve se dar lastreada em critérios formais, materiais e estatísticos.

No conceito de "*accertamento tecnico*" - e para a doutrina italiana - se há um critério de certeza em determinadas ciências ou em determinada escolha, descabe falar em opções. Há uma vinculação a partir de um critério de certeza definido pela ciência, ou seja, existe um ponto específico e só se pode fazer isso porque o atual estado de evolução da ciência, no qual se discute um assunto, já entrou em coerência, ou em acerto, ou em acordo semântico e teórico de que essa é a medida correta.

Em conclusão, haveria 2 (duas) hipóteses, e ambas poderiam ser definidas da seguinte maneira: a depender do critério de certeza e veracidade fornecido pela ciência ou pelas tecnologias disponíveis num determinado momento histórico, estar-se-ia diante de uma discricionariedade técnica ou de um acerto.

Desse modo, existem critérios reconhecidos pela ciência para admitir a correção de um ato, e esse caso será de acerto técnico, e não de discricionariedade. O acerto técnico diz sobre a hipótese em que é tomada uma decisão praticamente vinculada, pois a ciência já indicou o momento e qual a resposta para aquele problema específico. Não há discricionariedade a ser reconhecida.

Quando for o caso de discricionariedade técnica, há evidente controle jurisdicional, haja vista a possibilidade de o Poder Judiciário sindicar o ato e seus elementos vinculados, permitindo a escolha de conveniência e oportunidade ao alvedrio do administrador, mas vinculadas às hipóteses que sejam de estrutura absolutamente técnicas.

Ainda fazendo uso da escola teórica italiana, Renato Alessi afirma que há uma correlação direta entre discricionariedade técnica e conceitos jurídicos indeterminados, que salvo melhor juízo, é o que acontece no caso presente, na medida em que esses conceitos jurídicos indeterminados me dizem, e isto vem da

lei, que o BACEN poderia agir como agiu, pois a autarquia tem por objetivo a proteção tanto das reservas internacionais quanto do equilíbrio do mercado. Também é seu objetivo proteger o sistema financeiro cambial com um todo. Isto, na verdade, são conceitos indeterminados.

Assim, outras questões emergem: (1) o que significa agir para proteger o sistema e o mercado? (2) Que tipos de critérios, objetivos ou subjetivos, existem para se entender haver uma situação de risco ou de perigo, ou, ao contrário, uma situação de tranquilidade que não autoriza a intervenção? (3) Quem decide, efetivamente, a opção correta e a melhor decisão técnica? (4) Qual o limite da discricionariedade? Pode o judiciário dizer 17 (dezessete) anos depois qual a melhor solução para a economia brasileira no ano de 1999?

Novamente utilizando a lição de Renato Alessi, vejo que os conceitos devem ser analisados como critérios técnicos, jamais pela experiência comum. *In casu*, o imaginário popular precisa ser filtrado para que se encontre a melhor decisão dogmática. A imagem que as pessoas obtiveram durante um dado momento da história recente do Brasil foi a de que um cidadão ítalo-brasileiro – Salvatore Alberto Cacciola – teve sua prisão decretada e posteriormente fugiu do país com o produto do "*suposto prejuízo causado pela atuação do BACEN*".

Todavia, a discussão que verdadeiramente importa é a específica acerca da sindicabilidade ou não da discricionariedade do BACEN no processo de venda de dólares nos contratos específicos firmados com os bancos Marka e FonteCindam –, além de outras instituições que também se socorreram, mas não são partes no presente feito –, quando o mercado cambial se estabelecia através ou a partir da banda diagonal endógena².

Segundo a doutrina, e vários são os exemplos, o que estabelece a diferença entre discricionariedade técnica e discricionariedade comum ou pura é o

² "Banda cambial é a denominação de um regime de câmbio que foi utilizado pelo Banco Central do Brasil (BC) em março de 1995 até 1998, no início da implementação do Plano Real. Nesse regime, o BC estabelecia uma faixa (ou banda) em que o câmbio poderia flutuar livremente".
"Banda Diagonal Endógena", assim denominada, pois o deslocamento da banda ocorria de forma "diagonal", e a fixação do valor da moeda se dava a cada dia de uma maneira "endógena", isto é, ligada ao fechamento do dia anterior.

fato de que, no uso dessa segunda – comum ou pura –, o que há são escolhas políticas ou morais para satisfação do interesse público, ao passo que na primeira – técnica – utilizam-se critérios técnicos para a apreciação de um fato determinado por um conceito jurídico indeterminado.

Com efeito, parece-me claro que se está diante de uma esfera de discricionariedade técnica, na medida em que não é possível se tratar de acerto técnico, porque não há certeza nem convicção da existência de correção no ato que é praticado, e não se trata de um ato que possa ser praticado e repetido à enésima potência, ou repetido no dia seguinte – no modelo de acerto e erro - para se compreender qual é o melhor dos atos.

Naquele momento histórico, uma decisão precisava ser tomada, e, assim foi feito, devendo ser analisada posteriormente, no caso, passados mais de 15 (quinze) anos, numa melhor tentativa de repetir as condições que existiam à época, numa tentativa de compreender se as escolhas feitas eram tecnicamente razoáveis.

Necessário se faz aquilatar, numa ação de nulidade daqueles atos, se as escolhas da administração pública, levadas a efeito na época, tinham uma dimensão de razoabilidade ou não, não sendo possível, tanto tempo depois, com o correr da História, tentar analisar qual seria, desprovida de qualquer relação de espaço e tempo, a medida certa, porque tal medida foi tomada, em um determinado momento, e as consequências do futuro.

Importante salientar que nos presentes feitos a causa de pedir não é informação privilegiada, muito a revés. Não se discute o fato de os partícipes da compra e venda de dólares terem informações prévias sobre o desfazimento da banda cambial endógena ou da alta da moeda americana. Também não se discute, em nenhum momento, que um negócio jurídico realizado no ponto "a" para obter um resultado no ponto "b" deu-se por invasão de sigilo. Não se discute se o negócio jurídico ocorreu porque quem vendeu e quem comprou sabia que o dólar saltaria de R\$ 1,32 para R\$ 1,99. Isso não é a *causa petendi* dessas ações.

5578
S

Aqui, nesse ponto, faço uma observação. Só faz sentido discutir a influência do risco sistêmico em um dos contratos, qual seja, o entabulado entre o BACEN e o Banco Marka.

A operação do Banco FonteCindam se deu dentro da banda diagonal endógena, ou seja, independentemente do que acontecesse, este contrato estava dentro – *ipsis litteris, ipsis verbis* – daquilo que o Banco Central se propôs a fazer, e, naturalmente, na sua própria gestão do sistema financeiro e monetário, faria diuturnamente. Nessa operação, não existiu uma venda de dólar *a latere* das normas. A operação estava rigorosamente dentro das regras.

A questão fulcral remonta à convicção de que a compra e venda ao Banco Marka num valor diferenciado efetivamente se vincula a uma motivação correta, de acordo com cláusula aberta retro mencionada. A correção ou o erro da decisão parece ser um conceito indeterminado que se justifica pela discricionariedade técnica, que é a venda desses mesmos valores de contratos futuros para o Banco Marka, que foi feita com o valor acima da banda diagonal exógena.

Para tanto, é preciso analisar o que foi a crise de 1999, a dimensão desta crise de que maneira isso pode ser classificado ou qualificado como risco sistêmico, ou, ainda, de que modo é possível explicar isso.

Os valores praticados pelo BACEN não foram aleatórios, conforme justifica a autarquia bancária. Eles eram necessários para que os “*contratos vendidos*” e eventuais prejuízos colhidos pelos correntistas dos bancos fossem “*zerados*”. Na verdade, os dois bancos – FonteCindam e Marka – igualaram aquilo que tinha a receber e aquilo que tinham a pagar. Foi uma operação de socorro sobretudo aos correntistas, e com o intuito de não permitir abalo no mercado.

A operação do BACEN com o Banco Marka se justifica em todos os pareceres e manifestações do Banco Central e de outros bancos, a partir de uma crise sistêmica e da necessidade de fazer o socorro para que o sistema como um todo não “*viesse a quebrar*”.

Quanto ao que se denomina de “risco sistêmico”, pertinente traçar algumas considerações acerca de sua definição. Para tanto, colaciono as seguintes definições extraídas das fontes que se seguem:

<http://www.bb.com.br/portalbb/page3,136,2545,0,0,1,8.bb>:

Risco Sistêmico – risco de perdas em virtude de dificuldades financeiras de uma ou mais instituições que provoquem danos substanciais a outras, ou ruptura na condução operacional de normalidade do Sistema Financeiro Nacional - SFN.

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Riscosistêmico>:

Em finanças, risco sistêmico refere-se ao risco de colapso de todo um sistema financeiro ou mercado, com forte impacto sobre as taxas de juros, câmbio e os preços dos ativos em geral, e afetando amplamente a economia - em contraste com o risco associado a uma entidade individual, um grupo ou componente de um sistema.

<https://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps169.pdf>:

O risco sistêmico é o grau de incerteza existente no sistema resultante de variações no nível de risco do crédito, da taxa de juros e do câmbio. A mensuração é feita pelo impacto da variação do risco sobre o patrimônio líquido do sistema. Quanto maior a perda não esperada potencial em relação ao patrimônio líquido, maior é o risco sistêmico. A crise é configurada no estresse do risco sistêmico, quando todos perdem a credibilidade na continuidade do sistema.

Na doutrina do professor Michel Aglietta, da *University of Paris X*:

“O risco sistêmico pode ser definido, em linhas gerais, como a ocorrência de equilíbrios subótimos³, i.e., socialmente ineficientes, que podem se transformar em armadilhas para os sistemas econômicos, porque não há um ajuste de mercado espontâneo, resultante do comportamento individual racional, que possa libertar o sistema da situação macroeconômica precária (Aglietta & Moutot, 1993). Exemplos de tais equilíbrios surgem nos mercados de depósitos bancários (Diamond & Dybvig, 1983), de crédito bancário (Mankiw, 1993), de ativos transacionáveis com expectativas heterogêneas (Genotte & Leland, 1990) ou com crenças extrínsecas (extraneous beliefs) (Guesnerie & Azariadis, 1982)”

(in: Lidando com o risco sistêmico, extraído do sítio: www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=479&tp=a).

Para Aglietta, o risco sistêmico consiste numa possibilidade latente – desconhecida pelos participantes do mercado, ou contra a qual estes não se

³ Subótimo: que se encontra abaixo de um nível ótimo ou que não apresenta a melhor qualidade possível. (in: Dicionário da Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico. Porto: Porto Editora, 2003-2015).

protegeram – de que um evento sistêmico possa ocorrer, isto é, que a economia possa mover-ser em direção a um equilíbrio considerado abaixo do nível tido como aceitável.

Conforme explana o citado catedrático, *"a dúvida a respeito da solvência pode facilmente permanecer circunscrita à instituição que a originou (a menos que esta instituição seja um banco); o mesmo não se aplica à dúvida a respeito da liquidez. Isto porque a liquidez não é uma característica exógena de um ativo; é uma relação estratégica entre os participantes do mercado. A liquidez é a relação que dá origem às falhas de coordenação na atividade financeira"* (op. cit. p. 4).

Complementando, acrescenta o professor que:

"Liquidez é um direito potencial a dinheiro no ato, é a possibilidade de se obter dinheiro a partir de um ativo, a qualquer momento e sem perdas, para saldar um compromisso. Como os ativos que geram valor estão necessariamente ligados à capacidade produtiva, não se pode falar em liquidez para o conjunto de uma economia. A liquidez de um mercado existirá enquanto seus participantes acreditarem que ela existe. Se a confiança se enfraquece, fazendo com que as pessoas anseiem por testá-la, a liquidez torna-se esquiva. Ocorre uma pressão de venda que pode se transformar em pânico, num fenômeno em cascata. Torna-se possível identificar com precisão a falha de coordenação. Os participantes do mercado apressam-se em liquidar seus ativos, pois não sabem qual será o piso inferior do preço. Não existirá esse piso enquanto houver novas rodadas de vendas líquidas. Compreende-se facilmente o efeito devastador da incerteza endógena" (op. cit. p. 4).

Outra conceituação de crise sistêmica utilizada pelo ex-ministro Mailson da Nóbrega os ativos dos bancos são geralmente menos líquidos que seus passivos e levam mais tempo para serem realizados. Depósitos podem ser retirados dos bancos em questão de horas, mas os ativos desses mesmos bancos, constituídos pelos empréstimos concedidos e pelas aplicações efetuadas demandam mais tempo para se tornarem líquidos, levam mais tempo para ficarem disponíveis quando necessários aos seus possuidores.

Isso faz com que os bancos se tornem vulneráveis a ondas de saques, pois, mesmo existindo haveres para sua cobertura, eles normalmente não podem ser transformados em disponibilidade no prazo hábil para atender à demanda.

Na lógica da economia, a liquidez sempre esteve no cerne do risco sistêmico em mercados financeiros, razão pela qual seus estudiosos afirmam que a falta de liquidez é muito mais gravosa para a integridade do sistema financeiro com um todo do que a insolvência de devedores isoladamente considerados.

Vale citar, também, o parecer encartado aos autos da lavra do também ex-ministro Luis Carlos Bresser Pereira que, tratando do assunto, diz que essas crises financeiras ou essas crises sistêmicas começam a aflorar exatamente quanto se tem a impossibilidade de cumprir as correlatas funções.

Para o professor da FGV e ex-ministro Luis Carlos Bresser Pereira:

"Ao contrário do que afirma a análise econômica convencional, a causa principal das crises financeiras dos países emergentes dos anos 1990 e início dos anos 2000 começando pela do México (1994) e terminando com a da Argentina (2001) não foi fiscal, mas a decisão dos governos de promover o crescimento com poupança externa, isto é, com déficits em conta corrente. Como a taxa de câmbio tem outros determinantes além da absorção interna, o pressuposto dos déficits gêmeos com frequência não é válido. Essas foram de balanço de pagamentos e se caracterizaram por elevados déficits em conta corrente e forte aumento da dívida externa e/ou por forte aumento do déficit em conta corrente, que levaram os credores a se persuadirem que o problema do país era ou de liquidez ou de solvência, ou ambos, e decidirem, subitamente, suspender a rolagem da dívida externa do país"

(in: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512008000300001).

Crises financeiras, conforme difundido nos cadernos de economia, normalmente são desencadeadas quando há, em determinada nação, um maior número de agentes pessimistas em relação aos otimistas e aos neutros. Suas principais consequências são a desvalorização de ativos financeiros e a iliquidez de diversas instituições, ou seja, a confirmação e o agravamento dos motivos que geraram o pessimismo inicial.

Os inúmeros textos econômicos de renomados estudiosos do assunto – Joseph Schumpeter, Hyman Minsky, Paul Krugman, Frederic Mishkin, dentre outros –, disponíveis na *internet* apontam para a existência de padrões visíveis nas crises econômicas que se sucedem, bem como os fatores principais que se encontram no seu cerne, destacando-se os mais citados: *litteris*:

- (1) sistemas financeiros e bancários fracos em economias emergentes, junto com uma liberalização financeira prematura e pobremente supervisionada;*
- (2) fraca gestão das dívidas públicas e privadas;*
- (3) regime de câmbio vulnerável em economias emergentes;*
- (4) deficiência em disciplina de mercado derivado de informações inadequadas e problemas de "risco moral";*
- (5) problemas institucionais com reestruturação de dívidas privadas;*
- (6) políticas macroeconômicas inadequadas em economias emergentes (pré ou pós-crise);*
- (7) alta volatilidade nos fluxos de capitais para economias em desenvolvimento e eventuais chances de surgirem efeitos de contaminação nas economias vizinhas; e*
- (8) ameaças a efetividade do apoio popular ao FMI e ao World Bank.*

No período compreendido entre os anos de 1990 a 2000, surgiram inúmeros distúrbios em vários mercados financeiros mundiais, com seguidos episódios, além de um crescimento elevado da volatilidade e de severos problemas de liquidez, dentre os quais se destacam:

1. Crise Financeira Mexicana (1994/1995): ataque especulativo e inadimplência do país;
2. Crise Financeira do Leste Asiático, principalmente: Coréia do Sul, Filipinas, Indonésia, Malásia, Tailândia e Cingapura (1997/1998): desvalorização e crise bancária;
3. Crise Financeira da Rússia (1998/1999): desvalorização do rublo e inadimplência do país.

Discorrendo sobre o tópico número 2, Michel Aglietta, consignou:

"A crise financeira asiática demonstra a fragilidade do sistema financeiro global. Falhas de coordenação nos mercados financeiros, equilíbrios múltiplos, ataques especulativos auto-realizáveis, 'defaults' bancários disseminados são sintomas de risco sistêmico.

O risco sistêmico torna necessária uma rede de proteção abrangente, capaz de conter os episódios de pânico e os 'spillovers' nos mercados financeiros globais. Esta regulação deve ser tanto sistêmica como prudencial" (op. cit. p. 32).

Esse o quadro, verifica-se a vulnerabilidade dos mercados à época, em face de um iminente risco sistêmico, além de restar destacado o papel

5543
5

preponderante das instituições bancárias como intermediários e sustentáculos do mercado financeiro.

Com efeito, os bancos, pela vulnerabilidade intrínseca aos riscos inerentes às suas atividades e pela especificidade de seu papel na economia, encontram-se no epicentro de toda e qualquer crise financeira, quer seja pela sua vocação de soberania monetária do Estado quer por desempenharem papel estratégico na economia, ou, em última instância, por serem os catalisadores da confiança depositada pelo conjunto da sociedade, em especial, seus credores e devedores, sendo que, indubitavelmente, uma crise em determinada instituição bancária pode fácil e rapidamente transformar-se em uma crise geral de todo o sistema, provocando, dentre outras mazelas, fuga de capital e agravamento dos problemas já existentes de balanço de pagamento.

Seguindo essa lógica, os bancos em epígrafe – Marka e FinteCindam – eram relativamente pequenos, além de outros que fizeram o mesmo processo de compra de dólares naquele mês – janeiro de 1999. Necessário citar que o PROER também foi uma ajuda muito similar a essa, e a História da América Latina é cheia de situações idênticas. A questão cinge-se em detectar qual a melhor medida à época: permitir que o banco vá à banca rota com risco de colapso do sistema, ou socorrer o banco para permitir o equilíbrio das fianças dos correntistas e credores. Identificar a potencial probabilidade do banco vir a ruim e causar colapso do sistema é uma decisão eminentemente discricionária e técnica.

No período multicitado houve falência de três grande bancos: Nacional, Econômico e Bamerindus. Esse momento específico, ao talante dos prefalados economistas e pela análise e relatórios que se encontra nos inúmeros volumes dos processos – ações populares e de improbidade – era um período extremamente delicado.

Não se deve perder de vista que o BACEN estava diante de um quadro de não permitir que os bancos Marka e o FonteCindam falissem. Decisões foram tomadas pelo setor técnico da autarquia, justificadas na real impossibilidade de segurança absoluta do sistema econômico e financeiro à época. Demais disso,

as decisões administrativas apoiaram-se no risco da sensibilidade do sistema à situações específicas - como a falência de dois bancos que não estivessem em capacidade de honrar seus compromissos futuros, de zerar suas posições - permitindo venda de moedas estrangeiras.

De tudo quanto já exposto e, sobretudo, pela pesquisa facilmente disponível, em razão da produção farta, resta cristalino que, no mínimo no mínimo, é razoável compreender que o País vivia uma época instável com possibilidade de crise sistêmica. Havia uma crise de confiança, e é absolutamente razoável o argumento do risco sistêmico para justificar a atuação do Estado na forma como se deu.

Para ilustrar e contextualizar o fenômeno do "Risco Sistêmico", utilizo, mais uma vez, as elucidações contidas no laudo pericial, no qual restou explicitado:

IV. QUESITOS DA BM&F (fls. 1.507/1.510):

"12) 'Pede-se que o Sr. Perito descreva a situação político-econômica do país em janeiro de 1999, destacando os eventos ocorridos no período, com especial destaque para a situação de mercado de câmbio'.

Resposta:

De acordo com ampla documentação já constante dos autos (reportagens de revistas/jornais e pareceres de economistas) e na forma das pesquisas adicionais realizadas por este perito, pode-se afirmar que a situação político-econômica do Brasil em janeiro de 1999 era bastante delicada, contendo todos os ingredientes para uma crise cambial, em função das seguintes razões:

- a) crises cambiais recentes mundo afora: México em 1984, Tigres Asiáticos (Tailândia, Indonésia, Malásia e Coreia do Sul) em 1997 e Rússia em 1998;*
- b) rebaixamento da nota de grandes bancos estrangeiros com empréstimos no Brasil;*
- c) moratória decretada pelo então Governador de Minas Gerais, Itamar Franco;*
- d) elevada fuga de dólares para o exterior;*
- e) operação emergencial acertada com o Fundo Monetário Internacional - FMI;*
- f) perda de reservas internacionais;*
- g) boatos de demissão do então Ministro da Fazenda, Pedro Malan e do então presidente do Banco Central do Brasil, Gustavo Franco.*
- h) renúncia do então Diretor de Fiscalização do Banco Central do Brasil, Sr. Claudio Mauch;*

5545
S

- i) troca do Presidente do Banco Central do Brasil;
- j) elevada demanda por dólares para proteção ('hedge')⁴ (fls. 1.883/1.884).

18) O que significa 'risco sistêmico' e 'crise sistêmica'? Em que situações pode-se cogitar da presença do 'risco sistêmico' ou da ocorrência de uma 'crise sistêmica'?

Resposta:

Risco sistêmico é o risco de que algum(ns) evento(s) de choque no mercado financeiro se propague, através de reações em cadeia, por todo o sistema, levando à falências e quebras, num efeito dominó, gerando a crise sistêmica.

Isto ocorre quanto, em decorrência da perda de credibilidade, desconfiança, tensão e nervosismo, agentes econômicos e a população em geral tomam decisões para proteger seus ativos, fazendo com que o sistema entre em colapso. Corrida aos bancos para sacar dinheiro e venda de ativos são bons exemplos destas decisões.

19) 'Considerando-se as condições do mercado de câmbio em janeiro de 1999, havia, na ocasião, a possibilidade de ocorrer uma crise sistêmica?'

Resposta:

Embora haja alguns posicionamentos técnicos contrários à tese de que havia à época risco de ocorrência de crise sistêmica, sob a alegação de serem as operações sob exame de responsabilidade de instituições de pequeno porte, esta perícia entende que havia sim esta possibilidade, dados todos os ingredientes mencionados na resposta ofertada ao quesito 12 desta série.

20) 'Considerando-se as condições do mercado futuro de dólar em janeiro de 1999, a eventual declaração de inadimplência do BANCO FONTE CINDAM S/A e dos Fundos de Investimento por ele administrados, e a provável liquidação extrajudicial daquela instituição financeira e da FONTE CINDAM S/A CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES, que intermediava e garantia, solidariamente, as posições daqueles Fundos de Investimento, aumentaria a possibilidade de uma crise sistêmica? Por que?'

Resposta:

Sim, pois aquelas decisões acirrariam ainda mais as expectativas e desconfiança num ambiente de credibilidade já bastante abalada, conforme resposta ao quesito 3 da série do Banco Central do Brasil." (fls. 1.888/1.889).

VI. QUESITOS DO BANCO CENTRAL DO BRASIL (fls. 1.521):

3) 'Ao se analisar o cenário econômico vigente à época existia o risco de uma crise sistêmica ou de credibilidade? Por que?'

Resposta:

⁴ Em finanças, chama-se cobertura ('hedge', em inglês) ao instrumento que visa a proteger operações financeiras contra o risco de grandes variações de preço de um determinado ativo. (...), uma estratégia de 'hedging' consiste em assumir uma posição comprada ou vendida (ativo/passivo), normalmente com a contratação de um derivativo financeiro ou um investimento, com o objetivo específico de reduzir ou eliminar o risco de outro investimento ou transação. (fonte: <https://pt.wikipedia.org>)

554
{

Ao longo deste *Lauda Pericial*, foi possível observar, notadamente através das respostas fornecidas aos quesitos ns. 12, 18, 19 e 20 formulados pela BM&F, que o País possuía, em janeiro de 1999, todos os ingredientes para uma crise cambial, não estando afastado, por conseguinte, o risco de uma crise sistêmica no mercado. Sem a operação do Banco Central do Brasil, acirrar-se-iam ainda mais as expectativas e desconfiças num ambiente de credibilidade já bastante abalada, aumentando, assim, a possibilidade de ocorrência de uma crise sistêmica.

De acordo com ampla documentação já constante dos autos (reportagens de revistas e jornais e pareceres de economistas) e na forma das pesquisas adicionais realizadas por este perito, pode-se afirmar que a situação político-econômica do Brasil em janeiro de 1999 era bastante delicada, em função das seguintes razões:

a) Crises cambiais mundo afora:

- México em 1994, relacionada ao crescente déficit no balanço comercial do nosso país, com isso em março de 1994 o governo instituiu o regime de bandas comerciais (Comunicado n. 4.479, 06/03/1995 – fl. 47);
- Argentina em 1996, Tigres Asiáticos (Tailândia, Indonésias, Malásia e Coréia do sul) em 1997, o país perdeu mais de US\$ 8 bilhões no mês;
- após a moratória na Rússia em setembro de 1998, saiu do país mais de US\$ 21 bilhões;
- rebaixamento da nota de grandes bancos estrangeiros com empréstimos no Brasil.

b) Moratória decretada pelo então Governador de Minas Gerais, Itamar Franco (janeiro/1999);

c) Operação emergencial acertada com o Fundo Monetário Internacional – FMI; Perda de reservas internacionais;

d) Entre os dias 4 e 12 de janeiro de 1999 a necessidade por reservas cambiais eram significativas cujas vendas de dólares nos mercados superaram as compras em US\$ 2,3 bilhões;

e) Boatos de demissão do então Ministro da Fazenda, Pedro Malan e do então presidente do Banco Central do Brasil, Gustavo Franco;

f) Renúncia do então Diretor de Fiscalização do Banco Central do Brasil, Sr. Claudio Mauch;

g) Substituição do Presidente do Banco Central do Brasil (13/01/1999);

h) Elevada demanda por dólares para proteção ('hedge'), pois em janeiro de 1999 saiu do país mais de US\$ 8 bilhões" (fls. 1.910/1.912).

VII. QUESITOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 1.565/1.566):

5) 'Existia risco de crise sistêmica no mercado, caso não fosse dada essa ajuda ao Banco de Investimento Fonte Cindam?'

Resposta:

Além do que já foi respondido ao longo deste *Lauda Pericial*, demonstrando que havia em janeiro de 1999 risco de crise sistêmica no mercado, vale a pena mencionar aqui, a título de complementação, que a crise financeira internacional de 2008, que abalou o mundo inteiro com a

quebra de diversas instituições e empresas e que demandou o aporte de trilhões de dólares de diversos governos, começou com a perda de credibilidade e desconfiança na qualidade de ativos imobiliários presentes na carteira de pequenas instituições financeiras.

Não é desarrazoado dizer que se naquela época, o Banco Central Americano tivesse agido com a mesma rapidez com que agiu o Banco Central do Brasil em 1999, é possível que a crise financeira internacional tivesse tido uma menor dimensão. [destaque nosso.]

A análise no presente momento possibilita afirmar que a crise sistêmica não existiu, porque os bancos não faliram. Entrementes, não se mostra razoável tentar compreender o que deveria ter acontecido se não ocorreu. As condições vigentes naquele momento específico do ato administrativo a ser praticado justificam a decisão tomada, pois o risco de crise sistêmica era tecnicamente uma realidade. Ela era iminente, o que justifica a razoabilidade eventual da medida na forma como foi tomada.

Isso se refere – importante frisar - exclusivamente ao Marka, pois em relação ao FonteCindam o que existe é um acerto técnico, porque, em relação ao negócio jurídico realizado, o que se vê é a possibilidade de compra e venda de acordo com a legislação, com a banda, com a permissão do dólar, em consonância com todos os elementos que foram demonstrados.

Nesse diapasão, em relação ao Banco Marka, a perícia produzida e colacionada no bojo da ação 0010168-18.1999.4.01.3400, às fls. 2257 e segs., assim consignou, *ipsis verbis*:

3. "Caso o Bacen não saísse em socorro do Banco Marka e seus Fundos de Investimento, qual teria sido o prejuízo final destes últimos na hipótese de levar a posição no mercado futuro do dólar até o vencimento dos contratos, ou seja, fevereiro/1999?"

Reposta:

Conforme será demonstrado no decorrer deste laudo pericial, o Banco Central do Brasil não saiu em socorro do Banco Marka e de seus Fundos de Investimento, como consta do comando do quesito.

Dada a falta de liquidez no mercado não era possível ao Banco Marka S/A e aos aludidos Fundos de Investimento encerrar suas posições através de operações no mercado.

Fora das operações de mercado, o encerramento das posições só seria possível através da atuação do Banco Central do Brasil, em conformidade com o que estabelece o Art. 2º da Resolução n. 2.234/96, e os itens I, II e III do Comunicado n. 6.590/99.

5546
}

3. Em que medida as operações questionadas beneficiaram o Banco Marka e seus Fundos de Investimento, inclusive quanto aos montantes de recursos relacionados às mesmas?

Resposta:

Ao longo desta perícia foi demonstrado que a atuação do Banco Central do Brasil nas operações sob exame não causaram prejuízos, pois o ganho da Autoridade Monetária em Reais (R\$) com a manutenção de reservas em moeda norte-americana compensou a perda, também em Reais, com a desvalorização da moeda até a data de vencimento da operação (...).

Em relação ao Banco FonteCindam, a perícia produzida e colacionada no bojo da ação 0009883-25.1999.4.01.3400, às fls. 2156 e segs., assim consignou, *ipsis verbis*:

"Queira o i. Perito informar se é correto afirmar que o preço do dólar norte-americano praticado pelo Banco Central do Brasil, em 14 de janeiro de 1999, quando da transferência ao Banco FonteCindam S/A dos contratos de que trata a presente ação foi de R\$ 1,322?

Resposta:

A cotação do dólar utilizada pelo Banco Central do Brasil, em 14/01/1999, para a venda dos contratos futuros foi de R\$ 1,322/S\$ 1,00, conforme estabelecido no Comunicado n. 6.560/99 (fl. 58), que alterou a faixa de flutuação conforme consta no item II, in verbis:

'II - a 'faixa de flutuação' terá, doravante, como limite inferior, R\$ 1,20 (um real e vinte centavos) por um dólar dos Estados Unidos e, como limite superior, R\$ 1,32 (um real e trinta e dois centavos) por um dólar dos Estados Unidos;' (gn).

Diante deste cenário, o Banco Central do Brasil vendeu em 14/01/1999 ao Banco FonteCindam S/A 7.900 (sete mil e novecentos) contratos de dólar futuro ao preço de R\$ 1,3220 por dólar. Sendo que este preço foi fechado acima do limite superior da banda e das cotações praticadas no mercado futuro (de R\$ 1,32 - Comunicado n. 6.560/99) em R\$ 0,0020.

Por fim, resta um último ponto. Essas ações empreendidas pelo BACEN estão, no imaginário popular, vinculadas à ideia de prejuízo. Em assim sendo, o ato deveria ser nulo, primeiro porque ilegal, e depois por ter causado prejuízo. Conforme raciocínio que vem de ser exposto, os atos foram legais, data vênua de entendimento em sentido contrário, está ausente qualquer ilegalidade.

Os atos estão inseridos dentro do espectro de discricionariedade técnica permitida, devidamente justificada, a partir de uma possibilidade de crise sistêmica.

5541
/

Tecidas essas considerações, compulsando detidamente a documentação adunada aos autos, notadamente o laudo pericial juntado às fls. 1.862/1.943, complementado pelos esclarecimentos prestados pelo perito às fls. 1.944/2.016, ambos da ação popular 1999.34.00.012074-3/DF, também constato a inexistência dos alegados prejuízos ao erário acarretados pelas operações cambiais taxadas de ilegais.

Por oportuno, reproduzo trechos da perícia que elucidam as questões levantadas pela parte autora e demonstram cabalmente a inocorrência de lesão ao patrimônio público, *in verbis*:

"III. QUESITOS DO BB INVESTIMENTO E CARLOS GILBERTO GONÇALVES CAETANO (fl. 1.497):

1) 'se a operação de venda de 7.900 contratos de dólar futuro para o Banco de Investimento Fontecindam S/A resultou em prejuízo efetivo para o Banco Central do Brasil?'

Resposta:

Inicialmente, é importante destacar que entre os dias 4 e 12 de janeiro de 1999 a necessidade por reservas cambiais eram significativas cujas vendas de dólares nos mercados superaram as compras em US\$ 2,3 bilhões.

O fato é que o mercado de câmbio pronto era afetado pelas variações inesperadas das expectativas econômicas, como as que foram constatadas pelo Bacen entre os dias 10 e 12 de janeiro de 1999. Sendo que o Bacen podia valer-se de 3 (três) ferramentas para agir caso a taxa superasse o teto da banda:

1º venda de reservas;

2º venda de títulos públicos indexados à variação da taxa de câmbio;

3º atuação nos mercados futuros de câmbio.

A perícia ao levantar e examinar a documentação dos autos certificou que caso o Banco Fonte Cindam montasse, à época, uma operação financeira para adquirir dólares no mercado à vista, equivalentes à exposição assumida nos mercados futuros, o Banco Central perderia reservas cambiais, ou seja, utilizaria reservas internacionais, o que traria prejuízo para o erário. Tal fato é corroborado em virtude do Bacen ter vendido em 12 de janeiro de 1999 o montante de US\$ 2.218,00 milhões, US\$ 1.975,00 milhões em 13 de janeiro de 1999 e US\$ 2.840,00 milhões no dia 14 de janeiro de 1999.

Importante ressaltar que o Comunicado n. 6.560 que 'Dispõe sobre a sistemática de intervenção do Banco Central do Brasil no mercado interbancário de câmbio', de 13 de janeiro de 1999 (fl. 58), alterou a faixa de flutuação conforme consta no item II, 'in verbis':

'II – a faixa de flutuação terá, doravante, como limite inferior, R\$ 1,20 (um real e vinte centavos) por um dólar dos Estados Unidos e, como limite superior, R\$ 1,32 (um real e trinta e dois centavos) por um dólar dos Estados Unidos' (gn)

Diante deste cenário, o Bacen vendeu em 14 de janeiro de 1999 ao Banco Fonte Cindam S/A 7.900 (sete mil e novecentos) contratos de dólar futuro ao preço de R\$ 1, 3220 por dólar. Sendo que este preço foi fechado acima do lime superior da banda e das cotações praticadas no mercado futuro (de R\$ 1,32 – Comunicado n. 6.560) em R\$ 0,0020.

Longo, do ponto de vista da autoridade monetária, as perdas no mercado futuro corresponderam aos ganhos, também em reais, proporcionados pela manutenção das reservas em dólar não vendidas no mercado à vista, não acarretando em prejuízo ao Banco Central do Brasil. [Destaque nosso.]

(...).

3) 'se negativa a resposta, quais os motivos pelos quais não houve o prejuízo alegado pelo autor da ação popular?'

Resposta:

No dia 14 de janeiro de 1999, o Banco Central do Brasil, com base no que estabelecem a Resolução n. 2.234, de 30 de janeiro de 1996 (fl. 53/54) e o Comunicado n. 6.560, de 13 de janeiro de 1999 juntado à fl. 58 dos autos, dada a falta de liquidez do mercado, vendeu ao Banco Fonte Cindam S/A e aos Fundos de Investimentos por ele administrados, 7.900 (sete mil e novecentos) contratos de dólar futuro com vencimento no dia 1º de fevereiro de 1999, à cotação de 1,322 por dólar.

Cada contrato valia R\$ 100.000 (cem mil dólares), sendo que o total de dólares envolvidos foi de US\$ 790.000.000,00 (setecentos e noventa milhões de dólares), equivalentes a R\$ 1.044.380.000,00 (um bilhão, quarenta e quatro milhões e trezentos e oitenta mil reais). Ao vender estes contratos de dólar futuro, o Banco Central do Brasil deixou de vender a mesma quantidade de dólares no mercado à vista, preservando, suas reservas internacionais.

Quando da data do vencimento dos contratos, em 1º de fevereiro de 1999, o Banco Central do Brasil, devia, em reais a cotação do dia, a mesma quantidade de reais equivalente aos mesmos US\$ 790.000.000,00 (setecentos e noventa milhões de dólares) que manteve em caixa, não havendo, portanto, o prejuízo alegado pelo autor. [Destaque nosso.]

.....
11) 'O BANCO CENTRAL, em algum momento, utilizou o mercado de derivativos como instrumento de política cambial? Em caso afirmativo, como? Nessas atuações, o objetivo do BANCO CENTRAL era de lucro?'

Resposta:

Em relação à primeira parte da indagação, a resposta é positiva, pois conforme demonstrado no Ofício DEJUR – 210/99, de 29 de março de 1999 (Doc. 03), encaminhado pelo Banco Central do Brasil ao Ministério Público Federal, a Autoridade Monetária operou no mercado futuro de dólares da BM&F, de 13 de novembro de 1996 a 26 de fevereiro de 1999, comprando ou vendendo contratos através do Banco do Brasil S/A, este na qualidade de 'dealer'⁵.

⁵ Em finanças, 'dealer' é um intermediário financeiro que faz a gestão de títulos ou moedas por iniciativa própria, auferindo uma comissão sobre o montante da transação. (fonte: <https://pt.wikipedia.org>)

551
§

Sua atuação objetivava regular o mercado cambial, na forma da Lei n. 4.595/64 e não objetivava lucro. [Destaque nosso.] (fls. 1.866/1.867 e 1.882).

26) ***'Ao realizar as operações com o BANCO FONTE CINDAM S/A e com os mencionados Fundos de Investimento no mercado futuro, poupando dólares no mercado pronto, o BANCO CENTRAL, considerando-se a desvalorização do real em face do dólar, causou dano ao patrimônio público? Ao agir da referida forma, o BANCO CENTRAL concretizou a política econômica do Governo?***

Resposta:

Ao longo desta perícia foi demonstrado que a atuação do Banco Central do Brasil na operação sob exame (7.900 contratos de dólar futuro ao Banco Fonte Cindam S/A ao preço de R\$ 1,3220) não causou prejuízo, pois o ganho da Autoridade Monetária em Reais (R\$) com a manutenção de reservas em moeda norte-americana compensou a perda, também em Reais, com a desvalorização da moeda até a data de vencimento da operação conforme destacado na resposta ao quesito 1 da série do 'BB Investimentos e Carlos Gonçalves Caetano (fl. 1.497)' (fls. 1.893).

V. QUESITOS DO BANCO FONTE CINDAM S/A E OUTROS (fls. 1.511/1.514):

"Queira o i. perito informar se é correto afirmar que o Banco Central do Brasil ao optar vender contratos de opção de compra de dólar futuro para o Banco Fonte Cindam S/A ao invés de moeda estrangeira (dólar norte-americano) em espécie, manteve em seus cofres dólares que se valorizaram na mesma proporção que valorizaram os contratos de opção de dólar futuro vendidos ao Banco Fonte Cindam S/A?"

Resposta:

Sim. As reservas cambiais em moeda norte-americana mantidas junto ao Banco Central do Brasil apresentou, em Reais, a mesma valorização dos contratos de câmbio, pois o Banco Central do Brasil vendeu em 14/01/1999 ao Banco Fonte Cindam S/A 7.900 (sete mil e novecentos) contratos de dólar futuro ao preço de R\$ 1,3220 por dólar. Sendo que este preço foi fechado acima do limite superior da banda e das cotações praticadas no mercado futuro (de R\$ 1,32 – Comunicado n. 6.560) em R\$ 0,0020.

Logo, do ponto de vista da autoridade monetária, as perdas no mercado futuro corresponderam aos ganhos, também em reais, proporcionados pela manutenção das reservas em dólar não vendidas no mercado à vista, não acarretando em prejuízo ao Banco Central do Brasil" (fl. 1.905).

VII. QUESITOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 1.565/1.566):

1) *'Qual o montante de recursos públicos envolvidos na operação e quais os eventuais prejuízos configurados?'*

Resposta:

Ao longo desta perícia foi demonstrado que a atuação do Banco Central do Brasil na operação sob exame (7.900 contratos de dólar futuro ao Banco Fonte Cindam S/A ao preço de R\$ 1,3220) não causou prejuízo, pois o ganho da Autoridade Monetária em Reais (R\$) com a manutenção de

reservas em moeda norte-americana compensou a perda, também em Reais, com a desvalorização da moeda até a data de vencimento da operação conforme destacado na resposta ao quesito 1 da série do 'BB Investimentos e Carlos Gonçalves Caetano (fl. 1.497)' .

2) 'Quem são os beneficiários finais desses recursos caracterizados como prejuízos?'

Resposta:

Prejudicada, conforme resposta ao quesito anterior desta série.

2) 'Quais os critérios e parâmetros para calcular esses prejuízos?'

Resposta:

Prejudicada. (fls. 1.913/1.914).

Repise-se, na hipótese, não se verifica a ocorrência de prejuízo ao erário, mas, conforme asseverado no laudo pericial, *"as perdas no mercado futuro corresponderam aos ganhos, também em reais, proporcionados pela manutenção das reservas em dólar não vendidas no mercado à vista, não acarretando em prejuízo ao Banco Central do Brasil"* (fl. 1.867 da citada ação popular).

Não existe o aventado prejuízo porque a conta que se faz no sistema bancário não é a mera subtração de valores – comprado por R\$ 1,32 e vendido por R\$ 1,99. A conta é outra. A autarquia teria que despende de suas reservas para resolver um problema de crise sistêmica. Preferível manter as reservas e vender um contrato futuro, pois o valor que teria a receber poderia ser alterado, assim como seria modificado o mesmo valor das reservas não utilizadas.

Além do laudo pericial produzido e juntado aos autos, todos os pareceres de renomados economistas do País dizem exatamente a mesma coisa: ***não houve prejuízo!*** Importante consignar a correção do laudo pericial.

Desta forma, o ato era legal, já que o BACEN possuía autonomia para praticar os contratos administrativos da forma como o fez. O ato foi praticado nos limites da discricionariedade técnica, porque a opção de permitir a venda de contratos de dólar futuro, estava dentro da razoabilidade de uma decisão técnica bem firmada, e, principalmente, porque não gerou dano ao erário.

O ato atacado geraria prejuízo caso se tratasse de empresa que trabalhasse na lógica do ganhar ou perder, ou se o BACEN não tivesse a

553
}

obrigação de socorrer o mercado. Se houvesse crise decorrente da quebra de confiabilidade, a autarquia teria que agir por determinação legal.

Por fim, impende salientar que as ações que ora se julga tem um elemento que precisa ser observado. Como elas pugnam pela nulidade dos atos, pode ser vista equivocadamente como uma forma de buscar reparação pela via da multa. Multa esta que chega a bilhões de reais aplicadas a servidores. Observo que em nenhum momento foi alegado culpa ou dolo pela conduta dos servidores dos bancos citados nesses feitos e nas ações populares em conexão.

Em nenhum momento, foi alegado qualquer concerto ou acerto entre as partes compradora e devedora. Em nenhum momento foi alegado erro técnico na elaboração dos contratos realizados a partir da decisão – por ato administrativo – de permitir a realização dos contratos.

Não há responsabilidade pecuniária individual sem culpa. Demais disso, se não se aponta imprudência, imperícia, negligência ou dolo, não há conduta a ser sancionada por meio de multa ao agente público que exerceu sua função técnica.

Desta forma, fundado na constatação de que os atos administrativos guerreados nestas ações foram praticados em respeito à legalidade, nos limites da discricionariedade, e com atenção à competência, motivo, finalidade e forma, não há como deixar de reconhecer sua validade no mundo jurídico.

Demais disso e para concluir, algo precisa ser dito, quem seria o beneficiário dessa venda de dólares? Isso está nos processos em 3 (três) momentos e o mais importante deles é o que está no relatório da perícia. A pergunta é feita e a perícia diz: *"bom, o banco não foi, porque o banco zerou as suas posições. O Banco Central não foi. As pessoas físicas dos agentes públicos muito menos. Na verdade, aqueles que tinham posições na bolsa e aqueles que tinham alguns papéis vinculados ao banco, ou seja, os credores é que, em cadeia, perderiam completamente os seus valores e, com o socorro do Banco Central, tudo terminou resolvido, porque as obrigações foram cumpridas a tempo e a modo."*

Então, não se trata, como o imaginário popular construiu, de uma doação de valores públicos para alguém efetivamente em benefício privado. Trata-se de um ato administrativo, que ao meu talante, *data maxima venia*, está plenamente justificado, tanto pela discricionariedade técnica como dentro da quadratura do que era possível fazer naquele momento.

Finalizando, vinco ser entendimento corrente que o fim buscado pela Lei de Improbidade Administrativa é a punição dos atos de corrupção e desonestidade, incompatíveis com a moralidade administrativa.

A configuração do ato de improbidade não pode acontecer com a presença simples de uma das hipóteses elencadas nos artigos 9º, 10 e 11, da LIA. É imprescindível a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa grave, nas hipóteses do artigo 10. Vale dizer: a improbidade administrativa não se caracteriza por meio de responsabilização objetiva dos agentes públicos (MS 16385/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe de 13/06/2012).

A mera ilegalidade do ato ou inabilidade do agente público que o pratica nem sempre pode ser enquadrada como improbidade administrativa. O ato ímprobo, além de ilegal, é pautado pela desonestidade, deslealdade funcional e má-fé.

A doutrina mais qualificada estabelece como requisitos para caracterização do ato de improbidade tipificado na Lei 8.429/92, a existência de dolo ou culpa e a necessidade da ocorrência de lesão ao patrimônio público.

"Não raras vezes, a atividade estatal é envolta em uma atmosfera de extremo risco, o que torna comum o insucesso de iniciativas potencialmente úteis ao interesse público, sendo exemplo marcante os sucessivos planos econômicos que foram editados no Brasil, em sua grande maioria fracassados.

Em razão disso, o dano ou prejuízo ao erário não pode ser erigido à categoria de elemento único de consubstanciação da improbidade disciplinada pela Lei 8.429/1992, sendo imprescindível que a conduta que os causou tenha sido fruto de inobservância dos princípios que informam os atos dos agentes públicos.

A distinção assume grande relevância no que concerne aos atos dos agentes políticos, especialmente em relação àqueles que resultam do

555'
S

exercício do poder discricionário, pois, não raras vezes, a implementação de políticas públicas, por maior que seja o zelo e a dedicação do agente, não permite a formulação de um juízo de certeza quanto aos resultados pretendidos. Em casos tais, não haverá que se falar em improbidade se fatores externos concorreram para a causação de dano ao erário, ou mesmo se a ocorrência deste transcendeu a esfera de previsibilidade do agente, o qual, apesar de ter valorado adequadamente todas as circunstâncias presentes por ocasião da prática do ato, não pode evitar o resultado danoso. Inexistindo dolo ou culpa, não haverá que se falar na incidência do art. 10 da Lei de Improbidade.

(...)

*De qualquer modo, sempre será necessária a ocorrência de lesão ao patrimônio público para incidência do art. 10 da Lei 8.429/1992, o que é constatado pelo teor do caput deste preceito e pelo disposto no art. 12, II, o que fala em "ressarcimento integral do dano" na hipótese do art. 10, enquanto que nos demais casos de improbidade tem-se o dever de "ressarcimento integral do dano, **quando houver**".⁶*

Penso ser esta a interpretação mais consentânea com a estrutura de tipos e sanções estabelecida pela Lei 8.429/92. A exegese deve ser sistemática, de modo que a subsunção das condutas seja adequada aos dispositivos e as sanções aplicadas sejam as mais justas a cada ato de improbidade praticado. Entender de modo contrário – que o dano se caracteriza *in re ipsa* –, dificulta o correto enquadramento dos atos de improbidade e gera insegurança ao direito à ampla defesa; despreza as expressões utilizadas pela norma – por exemplo, "danos ao patrimônio" –; ignora que a norma criou tipologia situada em três dispositivos diversos – se não houvesse distinção haveria apenas um artigo –; e torna subjetiva – arbitrária – a atuação do julgador.

Importante registrar que o elemento subjetivo deve estar sempre presente para a configuração da conduta ímproba, admitindo-se a modalidade culposa somente nas hipóteses de atos que acarretem lesão ao erário, por expressa disposição legal.

Compulsando os autos, constato que não houve a devida comprovação da prática ímproba descrita na inicial, bem como da indubitável lesão ao patrimônio público, pelo que merecem ser reformadas as sentenças de primeiro grau.

⁶ ALVES, Rogério Pacheco, GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 377-382.

5556
}

Anoto, ainda, que na hipótese de ocorrer sucumbência, os institutos da ação popular e da ação civil pública estão isentos do pagamento de tal verba, razão pela qual não há justificativa para o arbitramento de honorários advocatícios em desfavor do MPF.

Com efeito, tanto a jurisprudência desta Corte quanto a do Superior Tribunal de Justiça trafegam no sentido de que o Ministério Público, em ações dessa natureza, não deve pagar honorários de advogado, a menos que seja condenado por litigância de má-fé, hipótese que não se verifica na espécie.

Ante o exposto, **reconhecendo** a inexistência de ato ilícito, **dou provimento** às apelações interpostas nos 4 (quatro) feitos para, reformando as sentenças *a qua*, julgar improcedentes os pedidos da parte autora formulado nas 2 (duas) ações civis públicas por ato de improbidade administrativa e nas 2 (duas) medidas cautelares inominadas.

É o voto.



Documento contendo 62 páginas assinado digitalmente pelo(a) DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, conforme MP nº 2.200-2, de 24/08/2001, que instituiu a infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileiras - ICP-Brasil e Res. nº 397, de 18/10/2004, do Conselho da Justiça Federal. A autenticidade do documento pode ser verificada no site www.trf1.jus.br/autenticidade, informando o código verificador 18.599.152.0100.2-45.