

Recurso 9651

Processo BCB 0001028355

RECURSO VOLUNTÁRIO

RECORRENTE: JORGE PAULO LEMANN

RECORRIDO: BANCO CENTRAL DO BRASIL

EMENTA: RECURSO VOLUNTÁRIO - Câmbio – Incorreta classificação de operações – Falta de observância a obrigações de natureza prudencial – Inocorrência de desvio de finalidade – Irregularidade não caracterizada – Apelo a que se dá provimento.

ACÓRDÃO/CRSFN 9130/09:

R E L A T Ó R I O

I – DOS FATOS

Em 30.06.2000 (fls. 376), o Banco Central do Brasil publicou **edital de intimação dirigido ao SR. JORGE PAULO LEMANN**, membro integrante da Diretoria do Banco de Investimentos Garantia S.A., à época dos fatos, a fim de apresentar suas razões de defesa, por não terem sido cumpridos os procedimentos de natureza prudencial prescritos na Resolução nº 1.620/89 por ocasião da condução das operações relacionadas e cuja inobservância normativa possibilitou conduta antijurídica tipificada na Lei nº 4.182/20 como o “jogo sobre o câmbio”, que teve a participação ativa da empresa IBIÚNA COMERCIAL EXPORTADORA S.A., onde o mesmo também constava do quadro de diretores. A conduta acima está sujeita às penalidades previstas **(i)** no artigo 44 da Lei nº 4.595/64 e **(ii)** na alínea “b”, §1º, do artigo 5º da Lei nº 4.182/20.

II – DA DEFESA

2. Em 25.08.2000, o Sr. Jorge Paulo Lemann **encaminhou defesa ao BACEN** (fls 380/419), com os seguintes esclarecimentos, em síntese:

a) Da nulidade do edital

• “a intimação por edital é uma intimação ficta, pois não oferece a certeza de que o interessado foi realmente cientificado do conteúdo da demanda. Por isso, é providência excepcional e só deve ser realizada após esgotados os meios para localização do intimado. Tal orientação não foi observada pelo Banco Central, como se verifica pelo cronograma descrito na declaração à fl. 369, segundo a qual a primeira tentativa de intimação ocorreu através de um telefonema, no dia 21.6.2000, atendido por um segurança que informou estar o indiciado em viagem; uma semana depois, publicou-se o edital.

Em quatro dias úteis a autarquia não poderia ter esgotado todos os meios para a efetivação da intimação pessoal do indiciado. Ninguém jamais deixou as instalações do Banco Central para intimar o defendente. A rigor, desde o seu início, o procedimento foi todo equivocado, tendo em vista que ligação telefônica não é providência adequada para efeito de localização do interessado, inexistindo previsão legal que a autorize, e a jurisprudência a este respeito não deixa dúvidas (cita 1º TAC-SP – 7ª Câmara, Ap.-sum. 598.360-0, julgado em 2.5.1995);

- “de acordo com o MNI, para que possa ser realizada a intimação por edital é preciso que o indiciado se encontre em local ignorado, incerto ou inacessível e que esta circunstância seja devidamente certificada nos autos. No caso, o defendente estava, segundo consta do edital, inacessível. É estarrecedora a falta de rigor técnico com que foi conduzido o processo administrativo na sua fase postulatória (cita TRF – 5ª Região – 1ª Turma, Ap. 95.05.28193-5 publicada no DJU em 12.6.1998). Segundo Antônio Dall’Agnol (comentários ao Código de Processo Civil, v.2, p.574) caracteriza-se em lugar inacessível o “réu que se encontre em local assolado ou convulsionado por peste ou guerra ou, simplesmente quando o citando se encontre em local em que haja o perigo de ser atacado o oficial de justiça”. Não se pode crer que o funcionário do Banco Central ao telefonar para a residência e escritório do intimado tenha sido levado a acreditar que o administrado estivesse em local assolado ou convulsionado por peste ou guerra, ou mesmo que pudesse oferecer-lhe perigo. Nada de concreto foi certificado nos autos;

- “é certo que o fantasma da prescrição pairava sobre o Banco Central por culpa da sua própria inépcia, mas daí a autoridade legitimar-se a praticar atos ao arrepio da lei é completamente diferente. O nome do defendente, cujos telefones e endereços estavam à disposição da Gerência Técnica do Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais em São Paulo, foi publicado como se o mesmo fosse um fugitivo, não cumpridor da lei. A inércia dos responsáveis no Banco Central em realizar intimações dentro dos respectivos prazos legais custou-lhe uma exposição injustificável e penosa na imprensa, o que não tem reparos;

- “não foram observados os pré-requisitos mínimos necessários para validar uma medida de exceção como é a intimação por edital. Sequer fez constar no edital a assinatura do responsável como requer o MNI 5-3-4, item 1, alínea h e item 6.

b) Da prescrição

- “a intimação do defendente, mesmo que fosse regular o edital, ocorreu quando já estava prescrita a ação punitiva do Banco Central, pelo simples fato do processo administrativo ter sido instaurado seis anos após a realização das operações reputadas ilícitas;

- “não se aplica o art. 4º da Lei 9.873/99 ao caso em tela, porque tal dispositivo diz respeito apenas aos demais processos, disciplinares ou não, de natureza não penal. Nos casos de ação administrativa penal, como a presente, deve-se aplicar os comandos da lei penal, e a orientação aplicável ao caso é o contido no art. 5º, XL, da Constituição Federal;

- “no caso, a análise de inaplicabilidade do dispositivo legal não é relevante porque a simples publicação do edital não tem o condão de interromper a contagem do prazo prescricional, já que a intimação do

administrado só se aperfeiçoa com o decurso do prazo de dilação previsto no próprio edital. De acordo com o MNI 5-3-4-9, considera-se feita a intimação no término do prazo fixado no edital. Assim, o defendente foi intimado no dia 30.7.2000, domingo, prevalecendo como data em que se consideraria feita a sua intimação o dia 31.7.2000, segunda-feira, após, portanto, o dia 1.7.2.000, data em que ocorreu a prescrição do art. 4º da Lei 9.873/99;

- “se a literalidade do MNI e o uso do calendário não forem suficientes para afastar qualquer dúvida a respeito dos efeitos do edital, recorra-se à norma processual civil no mesmo sentido, contemplada no inciso IV do art. 232 do Código de Processo Civil – CPC, subsidiariamente aplicável a este processo administrativo, consoante art. 38 do Regimento Interno do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, aprovado pelo Decreto 1.935/96 (cita Antônio Dall’ Agnol – Comentários ao Código de Processo Civil, RT, p. 583/584 e Apelação Cível 44.950, São Paulo, 25.8.1976);

- “o processo administrativo deve ser extinto em preliminar, tendo em vista ser insanável o vício da prescrição da pretensão punitiva do Banco Central”.

c) Do contexto em que foram realizadas as operações:

- o Sr. Jorge Paulo Lemann, à época das operações de câmbio..., era tanto Diretor do Banco de Investimento Credit Suisse First Boston Garantia S.A. (nova denominação do Banco de Investimentos Garantia S.A.) (CSFB GARANTIA) como da Ibiúna Comercial Exportadora S.A. (CLIENTE DO BANCO), e de várias outras empresas...;

- nesta condição, o Sr. Jorge Paulo é agora acusado pela Gerência Técnica do Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros do BACEN em São Paulo, de ter participado na condução de operações de compra e venda de moeda estrangeira intermediadas pelo CSFB GARANTIA, supostamente sem observar as normas de natureza prudencial e concorrendo para as condutas de ‘jogo sobre o câmbio’ e ‘manipulação de mercados de câmbio’;

- a CLIENTE DO BANCO foi constituída pelos sócios do CSFB GARANTIA com o objetivo de promover a constituição de novas *joint-ventures* de capital estrangeiro para investimento no País, com várias finalidades;

- a solução encontrada pela CLIENTE DO BANCO foi a de realizar, subsequente à liquidação das operações de ingressos dos recursos no País, operações de ‘*hedge*’ cambial, por meio das quais os recursos ingressados na sua conta a título de AFAC foram parcialmente remetidos para o exterior, ...;

- é importante ainda ressaltar que os representantes da CLIENTE DO BANCO, não obstante o amparo legal das operações por eles objetivado, tiveram o cuidado adicional de conversar previamente com as autoridades monetárias, dentre elas, o Senhor Pedro Malan, então presidente do Banco Central do Brasil, o Senhor Francisco Almeida Pinto, então Diretor da Área Internacional e o Senhor Alcindo Ferreira, então Chefe do Departamento de Câmbio;

- nos dias 07, 11, 19 e 20 de janeiro de 1994, os recursos ingressaram no Brasil, a título de AFAC, tendo sido mantidos no caixa da companhia aproximadamente US\$3 milhões, e o saldo remetido ao exterior nos

dias 10,12, 20 e 21 do mesmo janeiro de 1994. Com a definição da posição do investidor estrangeiro, em 22 de março do mesmo ano, a CLINTE DO BANCO realizou uma assembléia geral extraordinária, aprovando o aumento do seu capital social em CR\$245.659.810.000,00, correspondentes à totalidade do valor em dólar internalizado pelo investidor estrangeiro;

- “... a CLINTE DO BANCO transformou em investimento direto os valores inicialmente ingressados sob a rubrica de adiantamento para futuro aumento de capital – AFAC, adotando as medidas formais naquele sentido, ...”.

d) Das operações consideradas ilegais

- “as operações de câmbio realizadas pela CLINTE DO BANCO e que foram apenas em parte demonstradas na INTIMAÇÃO, consistiram: a) no ingresso de recursos a título de adiantamento para futuro aumento de capital – AFAC, contratadas nos dias 07, 11, 19 e 20.01.1994, através do MCTL, no total de US\$200.000.000,00 ; b) na remessa de recursos para o exterior, contratadas nos dias 10, 12, 20 e 21.01.1994, através do MCTF, no total de US\$196.266.492,46; e c) no aumento de capital social da companhia, conforme assembléia geral realizada em 22.03.1994, no valor de CR\$245.659.810.000,00, tornando definitivo o investimento inicialmente ingressado sob a rubrica de AFAC;

- “as operações realizadas pela CLINTE DO BANCO estavam em absoluta consonância com as determinações da legislação em vigor, na medida em que:

- a) a Carta-Circular CMN nº 2.198/91 permitia o ingresso de recursos de residentes e domiciliados no exterior a título de investimento direto e destinados a futuro aumento de capital social;

- b) em 22 de dezembro de 1988, criou-se, através da Resolução CMN nº 1.552, o Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes para a realização de transações em moeda estrangeira não amparadas pela Lei nº 4.131/62, operadas no MCTL; e

- c) a transferência internacional em moeda nacional também possuía amparo legal, qual seja, a Carta-Circular nº 5/69, a Resolução CMN nº 1.946/92 e a Circular CMN nº 2.242/92, cuja matéria é hoje regulada pela Circular CMN nº 2.677/96”.

e) Da falta de fundamento das acusações

- conforme consta da INTIMAÇÃO, o BACEN entende que o Sr. Jorge Paulo não observou suas obrigações de natureza prudencial, concorreu para a manipulação dos mercados de câmbio e está sujeito à penalidade de que trata a Lei nº 4.182/20, que coíbia o jogo sobre o câmbio;

- foi repetida a acusação de inobservância de obrigação de natureza prudencial, mas parece que a própria Gerência se convenceu de que não houve classificação incorreta, e, embora não tenha acusado diretamente o Sr. Jorge Paulo, como o fez com o CSFB GARANTIA, consta da INTIMAÇÃO que a conduta tipificada como o “jogo sobre o câmbio” sujeita os autores à penalidade prevista na Lei nº 4.182/20.

f) Da Responsabilidade objetiva e culpa presumida

- o BACEN sempre acolheu o princípio consagrado pelo nosso Direito Penal da responsabilidade subjetiva na aplicação de normas punitivas, repudiando o critério da responsabilidade objetiva;

- tendo a pena administrativa a mesma finalidade da pena aplicada no processo crime, qual seja, a de evitar novos ilícitos (caráter educativo), cabe à Administração a sua repressão, assim como o ônus de arcar com a obrigação de provar a culpabilidade do infrator. Essa é a jurisprudência pacífica do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que, se necessário, julgará em última instância este caso;

- mesmo nos casos em que somente a pessoa jurídica é apenada pela norma, subsiste a obrigação da apuração da responsabilidade subjetiva para fins de cominação da sanção, o que em momento algum se verifica no presente caso.

g) Da Observância das Obrigações Prudenciais

- não ocorreu a alegada violação da obrigação de defesa intransigente às reservas cambiais do País, pois o valor em dólares dos Estados Unidos que ingressou no País foi superior ao valor, na mesma moeda, tendo sido temporariamente objeto de “*hedge*” cambial, e definitivamente capitalizado pela CLIENTE DO BANCO, em observância às normas (Leis 6.404/76, 8.934/94, 4.131/62 e Carta-Circular CMN 2.198/91);

- por outro lado, no que se refere à obrigação de que trata o inciso IV da Resolução CMN nº 1.620/89, e também como já demonstrado no PROCESSO DO BANCO, todos os requisitos legais foram devidamente observados, pois o CSFB GARANTIA possuía dados de cadastro completos de sua cliente, tendo inclusive disponibilizado os mesmos para análise do BACEN.

h) Da Manipulação dos Mercados de Câmbio

- não há definição legal para o que seja “manipulação dos mercados de câmbio”, tanto é que a própria Gerência Técnica do BACEN em SP não indica qual o dispositivo legal infringido, não havendo, conseqüentemente, pena cominada para tal infração, que teria sido cometida pelo Sr. Jorge Paulo.

i) Do Jogo sobre o Câmbio

- como extensamente discutido no PROCESSO DO BANCO, não ocorreu “jogo sobre o câmbio”; não há definição do que seja tal prática, e a Lei nº 4.182/20 não vige mais, tendo sido revogada pela legislação que a sucedeu;

- o que a CLIENTE DO BANCO fez foi procurar proteção em face de possíveis desvalorizações da moeda local frente à outra moeda. A busca de mecanismos de proteção contra a variação cambial não só é lícita, como é prática comum em países que sofreram de instabilidade monetária ao longo de sua história.

III – DO PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DO BACEN

3. Tendo em vista as alegações relativas à eficácia do edital de intimação, bem como da data em que teria se dado a intimação, e da ocorrência

ou não da prescrição, os autos foram remetidos para apreciação da Procuradoria-Geral do referido Órgão, que se manifestou, por meio do Parecer/2003/00050/Dejur/PRCPA (fls.445/456), pela nulidade da intimação editalícia, uma vez que os pré-requisitos regulamentares que a justificariam não foram atendidos, e que houve desvio de finalidade, pois a publicação do edital se deu com o fito de se alcançar um marco interruptivo da prescrição, quando a finalidade daquele tipo de intimação não é esse.

4. Quanto à prescrição, entende a Procuradoria que, em princípio, a regra a ser aplicada ao caso seria a do art. 4º da Lei 9.784/99, operando-se a prescrição em 1.7.2.000. Observa, ainda, que a publicação do edital não se mostra hábil a interromper o prazo porque, se declarada nula, perde a eficácia, e porque a comunicação do indiciado só se aperfeiçoa com o decurso do prazo de dilação previsto no próprio edital, isto é, em 30 de julho, quando a prescrição já teria se dado. Ressalva, entretanto, que, caso o descumprimento de obrigações de natureza prudencial em operações cambiais, que está sendo imputada ao indiciado na condição de diretor de uma instituição financeira, configure o delito de gestão temerária, a regra prescricional a ser aplicada deixaria de ser a do art. 4º da Lei 9.873/99, e passaria a ser a do § 2º do art. 1º, ou seja, 12 anos a partir do fato.

5. Após a constatação de que o Ministério Público já havia sido comunicado a respeito da prática, em tese, dos delitos previstos nos arts. 4º, *caput*, 10, e § único do art. 21, todos da Lei 7.492/86, e do art. 299 do Código Penal (fls. 457/59), a Procuradoria voltou a se manifestar, através da Cota/2003/00950/Dejur/PRCPA (fls. 461/63), pela não ocorrência da prescrição e pela nulidade da intimação editalícia, o que ensejou sua anulação (fl. 464) e nova intimação do sr. Jorge Paulo Lemann (fls. 469/473), abrindo-se novo prazo para apresentação de defesa (reiterada – fls. 478/500).

IV - DA DECISÃO DO BACEN

6. Em 24.04.2006 (fls. 518/532), o **BACEN proferiu a Decisão DECIF/GTSPA – 2006/134, na qual apresenta relato dos fatos e enfrenta os argumentos de defesa da seguinte forma:**

- “constatou-se que o Banco de Investimentos Garantia S.A. (BIG) contratou e classificou as operações T03, cursadas no MCTL, com o código de natureza 70.360, Capitais Estrangeiros a Longo Prazo – Investimentos Diretos no Brasil – Participação em Empresas no País, mantendo-as em posição até a liquidação final, mesmo tendo conhecimento de que os recursos ingressados no País retornariam ao exterior em 24 horas, pelo MCTF;

- “confrontando-se a classificação oferecida às operações contratadas no MCTL, com a movimentação dos recursos em moeda nacional gerados em suas liquidações, pelo MCTF, e presente o que reza o art. 1º da Lei 4.131, verifica-se, ao contrário do que determinam os incisos III e IV da Resolução 1.620/89, que foram erroneamente classificadas e não revestidas das necessárias cautelas;

- “ao permitir o curso das operações no MCTL até sua liquidação, embora tivesse conhecimento que os recursos estariam sendo

repassados para conta da instituição financeira no exterior (Garantia Banking Ltd., do mesmo grupo), tornando-os passíveis de conversão em moeda estrangeira e remessa imediata ao exterior, o BIG concorreu para que fosse gerado ganho financeiro, correspondente aos diferenciais existentes entre as taxas de câmbio vigentes nos segmentos distintos do mercado de câmbio, estimado entre US\$2.480.061,10 e US\$5.562.746,44;

- “a participação ativa do BIG nessas operações de câmbio é comprovada pela classificação oferecida aos contratos de câmbio T03 – o que dissimulou a verdadeira natureza dessas operações, vale dizer, arbitrar com o preço da moeda estrangeira entre os dois segmentos do mercado de câmbio - e reforçada pelo fato de que as taxas pactuadas no MCTF eram aquelas vigentes quando da contratação das operações no MCTL, o que revela que as operações foram estruturadas pelo banco, indicando a ocorrência da prática do jogo sobre o câmbio;

- “enquanto era membro da diretoria do Banco de Investimentos Garantia S.A. e, concomitantemente, da diretoria da empresa Ibiúna Comercial e Exportadora S.A., à época dos fatos, o intimado tinha pleno conhecimento das decisões estratégicas de ambas as sociedades e, portanto, da estruturação das operações de câmbio em questão, concorrendo com a manipulação dos mercados de câmbio;

- “fundamenta-se a defesa na tese da estrita legalidade de cada uma das operações envolvidas, alegando que foram efetivadas ao amparo da legislação cambial vigente à época dos fatos e, em consonância com a orientação traçada pelo BACEN na denominada cartilha “O Regime Cambial Brasileiro – Evolução Recente e Perspectivas”. Além do mais, previamente, teria obtido manifestação favorável deste órgão para a realização das mesmas;

- “são argumentos que não se sustentam, vez que não se está questionando a licitude das operações isoladamente, nem mesmo a utilização dos mecanismos relacionados com a legislação citada (Carta-Circular 5/69, Resolução 1.552/88, Carta-Circular 2.198/91, Resolução 1.946/92 e Circular 2.242/92), mas sim o uso conjugado desses mecanismos, visando à obtenção de ganho especulativo, não legítimo. Ainda, não há que se falar, para os casos em questão, em autênticas transações de *hedge* cambial, uma vez que processadas totalmente à margem da regulamentação a elas pertinente – Resolução 2.012/93 e Circular 2.348/93;

- “o objetivo pretendido pela legislação cambial, inclusive com a introduzida flexibilização dos mercados cambiais à época, nunca foi o de proporcionar ganho financeiro a quem quer que seja, e na própria cartilha a que se referiu o defendente restou claro que com as medidas implementadas a liberdade cambial não seria absoluta. Diferente, portanto, não haveria de ser o posicionamento da cúpula deste Órgão, quando consultadas sobre o assunto, nem mesmo dos funcionários que sem maiores dificuldades assimilaram as importantes mudanças introduzidas, bem como demonstraram estar preparados para detectar possíveis interpretações distorcidas sobre o assunto;

- “não procede a alegada ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desta autarquia em razão das práticas irregulares terem ocorrido há mais de cinco anos do início do presente processo administrativo, assim como a inferência de tratar o mesmo de ação administrativa penal, devendo com isso ater-se à orientação da norma penal;

- “se, por um lado, pacífica a legislação no que diz respeito à aplicabilidade do instituto da prescrição quinquenal em vários segmentos do nosso direito pátrio, não o era com relação à ação punitiva da administração pública até a edição da Medida Provisória 1.708, de 30.06.98, posteriormente convertida em Lei 9.873, de 23.11.99. A partir de então, além da disposição de aplicação geral contida no artigo 1º da citada lei, restou em seu artigo 4º estabelecida regra de transição específica para as infrações ocorridas há mais de três anos, contados do dia 1º de junho de 1998, e estando o presente processo por ela regulado, cabe ao agente público a fiel observância dos comandos vigentes. Quanto à alegada violação constitucional, pondera-se não ser este o foro adequado para tal contenda;

- “quanto à conservação dos documentos relativos às operações de câmbio em questão, é fato que o seu prazo é de cinco anos, podendo com isto já ter sido eliminados. No entanto, toda a documentação a elas pertinente se encontra acostada dos autos, e com base nela foi feita a acusação. O indiciado, por intermédio de seus procuradores, teve a oportunidade de examiná-la, obter as cópias solicitadas e produzir todas as provas que entendeu pertinentes, e sequer soube precisar quais outros documentos poderiam ser juntados para reforçar sua defesa. Desta forma, não há que se falar em cerceamento de defesa;

- “embora assista razão à defesa no sentido de que na intimação não se tenha precisado o ganho financeiro auferido nas transações, restou demonstrado que, com relação aos valores destinados às contratações de mútuos com o Garantia Banking Limited, já deduzidos os impostos (IPMF - 0,25%), montou em US\$2.484.304,60, sendo que sua obtenção foi possível não só em função do diferencial de taxas dos mercados cambiais, mas também em razão de se utilizar para as operações cursadas no MCTF, as taxas vigentes nas datas das contratações das operações no MCTL;

- “os aportes de capital estrangeiro não foram destinados, quando do ingresso, a investimentos no País, e restou patente que ao realizar as operações em questão, a intenção inicial era promover o giro dos recursos para a obtenção de ganho a partir do diferencial de taxas, à época, entre os mercados cambiais. Assim, ainda que, posteriormente, esses valores tenham retornado ao País e sido destinados ao aumento do capital social da Ibiúna, tal fato não tem o condão de descaracterizar as irregularidades apontadas;

- “ocorrências da espécie, não somente cabe como é dever desta autarquia reprimir, chamando à responsabilidade quem se valeu do expediente de ingressar divisas com a finalidade descrita, como também o agente que permitiu, que foi conivente com tal ação. Portanto, longe de caracterizar ‘verdadeira caça às bruxas’, cumpriu este órgão o seu ofício;

- “o demonstrado déficit nas reservas cambiais, que, em contrapartida, representou ganho financeiro para terceiros, foi auferido com a manipulação, nos mercados cambiais, dos recursos introduzidos no País a título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital – AFAC, prática esta levada a efeito pelos diretores estatutários do Banco de Investimentos Garantia S.A, que também eram administradores do Garantia Banking Limited e da Ibiúna Comercial Exportadora S.A, os quais, na condição primeiro mencionada, não poderiam se utilizar da instituição por eles gerida para sobrepor seus interesses particulares (auferição de ganho especulativo) ao interesse público maior visado

pela norma infringida, qual seja, a defesa das reservas cambiais, vital para a economia do País;

- “todas as ocorrências relatadas levam à evidência a ação conjunta da diretoria do Banco de Investimentos Garantia S.A. na estruturação das operações, visando a alcançar o objetivo que, conforme demonstrado, resultou contrário aos interesses nacionais. A participação ativa do indiciado se torna patente, não só pelo fato de que, à época, era ele o diretor responsável pelas operações de câmbio do Banco de Investimentos Garantia, como também, por ter firmado, pela Ibiúna, os contratos de câmbio 94/0372, 94/1035 e 94/1115;

- “embora na intimação tenha sido mencionada a prática do jogo sobre o câmbio, bem como da sujeição dos infratores às penalidades cabíveis, o assunto foi tratado no processo do banco a que se referiu a defesa, não devendo o ora indiciado por ela responder, considerando que somente à pessoa jurídica é atribuída responsabilidade por tal irregularidade”.

7. Assim, estando os autos em boa ordem, **e perfeitamente comprovado o não-cumprimento dos procedimentos de natureza prudencial previstos na Resolução CMN nº 1.620/89, o Banco Central do Brasil DECIDIU aplicar ao Sr. JORGE PAULO LEMANN a pena de MULTA pecuniária no valor de R\$950,41.**

V – DO RECURSO VOLUNTÁRIO

8. Tendo sido devidamente intimado em 28.04.2006 (fls. 534/5), o recorrente JORGE PAULO LEMANN **interpôs recurso voluntário ao CRSFN, em 15.05.2006 (fls. 537/603), repisando as alegações de defesa já apresentadas anteriormente e acrescentando as seguintes**, em síntese:

a) Coisa já julgada

- “antes de entrarmos nas questões preliminares e de mérito que justificam o arquivamento deste Processo, observe-se que, além deste Processo, o BACEN instaurou processos administrativos distintos em face do Banco de Investimentos Garantia S.A. – “BANCO” (atualmente, Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. e dos seus outros quatro diretores na época em que as operações questionadas foram realizadas.”

- esses processos (contra o Banco e os outros três diretores) foram arquivados pelo CRSFN (Recursos 4366, 4375, 4380 e 4400), sendo que tratavam exatamente dos mesmos fatos;

- “desta forma, a decisão do CRSFN nos outros processos administrativos que tiveram por objeto as mesmas operações de câmbio ora sob julgamento deve necessariamente ser aplicada ao RECORRENTE, sob pena de se produzirem decisões conflitantes sobre os mesmo fatos, ou, pior, de se condenar o RECORRENTE por operações de câmbio já julgadas regulares por este CRSFN.

VI – DO PARECER DA PGFN

9. Na forma da regimental, os autos foram enviados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que, em seu Parecer

PGFN/CAF/CRSFN/266/2009, da lavra do procurador Francisco Targino da Rocha Neto (fls. 613/620), opinou **pelo improvimento do recurso voluntário**, em razão dos seguintes argumentos, em síntese:

a) Quanto à suposta prescrição

- “a preliminar arguida pelo Recorrente é descabida em face do exposto mandamento legal do artigo 2º, inciso II, da retromencionada lei, por ela mesma transcrito em seu recurso, que explicitamente afirma interromper-se a prescrição por qualquer ato inequívoco que importe apuração dos fatos;

- “no caso em tela consta dos autos o competente relatório de fiscalização da instituição que já tinha caráter investigativo suficiente a sua qualificação como ato interruptivo das prescrições;

- “ademais, o fato típico em apreço também enseja o ilícito penal, diante da prática em tese dos delitos previstos no artigo 4º, caput, 10 e parágrafo único do artigo 21, todos da Lei 7.492/86 e artigo 299 do Código Penal Brasileiro, afastando a prescrição, nos termos do artigo 4º da Lei 9.873/99”.

b) Quanto às condutas perpetradas e a materialidade das infrações

- “a materialidade e autoria das infrações estão devidamente e exaustivamente comprovadas, conforme se vê da extensa e minuciosa decisão recorrida. O recorrente não chega sequer, a contestar os fatos apresentados, restringindo-se (sic) interpretá-los de forma distinta arguindo a legitimidade e legalidade das operações realizadas e sua suposta isenção total de responsabilidade...;

- “assim, entende este Procurador que a decisão recorrida sustenta-se por si própria no tocante à materialidade das infrações, não restando nos autos qualquer vício formal ou de legalidade, ou mesmo de conteúdo, que lhe viesse a prejudicar”.

É o relatório.

Brasília, 08 de setembro de 2009. Daniel Augusto Borges da Costa
– Conselheiro Relator.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário interposto ao CRSFN pelo Sr. JORGE PAULO LEMANN, membro integrante da Diretoria do Banco de Investimentos Garantia S.A., à época dos fatos, contra a decisão do Banco Central do Brasil que aplicou ao recorrente a multa de R\$ 950,41, com fundamento no artigo 44 da Lei nº 4.595/64, por não terem sido cumpridos os procedimentos de natureza prudencial prescritos na Resolução nº 1.620/89, por ocasião da condução das operações relacionadas na intimação e cuja inobservância normativa teria possibilitado conduta antijurídica tipificada na Lei nº

4.182/20 como o “jogo sobre o câmbio”, que teve a participação ativa da empresa IBIÚNA COMERCIAL EXPORTADORA S.A., onde o mesmo também constava do quadro de diretores.

2. Antes de discorrer acerca das questões preliminares e de mérito que justificariam o arquivamento deste Processo, o recorrente, em suas razões recursais destacou que, além deste Processo, o BACEN instaurou processos administrativos distintos em face do Banco de Investimentos Garantia S.A. – “BANCO” (atualmente, Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. e dos seus outros quatro diretores na época em que as operações questionadas foram realizadas, sendo que, os referidos processos, que tratavam exatamente dos mesmos fatos (contra o Banco e os outros três diretores), foram arquivados pelo CRSFN (Recursos 4400, 4366, 4375 e 4380).

3. Assim, por oportuno, colaciono aqui as razões trazidas pelo i. Relator do Recurso 4400, Valdecyr Maciel Gomes, que levaram este CRSFN a ARQUIVAR os recursos acima citados:

VOTO

O recorrente foi intimado por desrespeito aos procedimentos de natureza prudencial, previstos na Resolução 1.620/89.

Foi interposto recurso voluntário contra a decisão do Banco Central de aplicação de multa de R\$950,41.

Inicialmente, com relação à alegada prescrição, voto pelo não reconhecimento, na hipótese. Não pelas razões elencadas na decisão de fls., mas por aquelas que tenho apresentado neste Conselho, acerca da aplicação do artigo 4º, da lei 9873/99, no sentido de que este artigo não pode ser interpretado literalmente, por causar graves danos ao princípio da segurança jurídica.

*Diz o artigo : “ **Ressalvadas as hipóteses de interrupção previstas no art. 2º, para as infrações ocorridas há mais de três anos, contados do dia 1º de julho de 1998, a prescrição operará em dois anos, a partir dessa data.**”*

A sua leitura, fora do contexto da norma, permite o entendimento de que todos os atos praticados antes de 1º de julho de 1995 somente estariam sujeitos à prescrição após 30 de junho de 2000. Este entendimento, no entanto, decorre de uma interpretação literal da norma que, do ponto de vista técnico, não representa o melhor critério.

Com efeito, dado o escopo punitivo da Lei, cabida é a aplicação das regras de Direito Penal, no que tange à interpretação e à aplicação de normas penais. Partindo da Lei Maior, o seu artigo 5º, XL, estabelece textualmente:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Quando a Constituição condiciona a retroação da Lei ao benefício para o réu, fica claro que haverá a retroação no caso de benefício ao acusado. E como a Lei Maior traz garantias a todos aqueles submissos ao Poder

Público, no que se relaciona à aplicação de penas no âmbito da Administração Pública, há de se entender que os administrados – embora não possam ser chamados propriamente de réus - também devem se beneficiar desse mandamento constitucional. Especialmente em razão da Lei 9873/99 trazer em sua própria ementa o seu objetivo de tratar da ação punitiva do Estado, enquanto Administração Pública.

Acerca do texto do artigo 4o, que expressamente prevê que os atos irregulares ocorridos antes de 3 anos contados de 1o. de julho de 1998 prescreverão em 2 anos, cabe interpretá-lo e não simplesmente buscar a sua aplicação de forma literal. Em consonância com o princípio da segurança jurídica e com observância à previsão constitucional de que a lei penal retroage para beneficiar o réu, interpreto o artigo 4o para, de sua leitura, concluir que a disposição transitória nele contida (prescrição em 2 anos) atingiu a todos os atos que tenham sido praticados 3 anos antes de 1o. de julho de 1998, desde que dentro do limite máximo fixado, no artigo primeiro da própria Lei 9873, em 5 anos e aumentado transitoriamente, pelo artigo 4o, em 2 anos, a partir de 1o. de julho de 1998.

Deste modo, os fatos praticados até 3 anos antes da edição da Lei, 1.7.98, ficaram sujeitos à prescrição, no prazo de 5 anos, pelo artigo 1o.; os praticados mais de 3 anos antes dessa data, ficaram também sujeitos à prescrição, mas por um prazo maior que os 5 anos, já que transitoriamente estendido por 2 anos, podendo chegar a 7 anos.

Tratando-se, no caso, de fatos ocorridos dentro do limite temporal fixado pela regra de transição, entendo descabido o reconhecimento da prescrição. Este caso, inclusive, confirma que o referido artigo tem aplicação prática e sem qualquer afronta aos ditames Constitucionais vigentes, como tenho defendido.

Em relação ao cerceamento do direito de defesa, entendo que transcorrido o prazo de 5 anos - previsto nas normas cambiais para manutenção da documentação referente às operações de câmbio – podem faltar à recorrente elementos para apresentar sua defesa. O Banco Central, em sua decisão, reconhece o transcurso do prazo para guarda dos documentos, mas descarta o cerceamento do direito de defesa por entender que os documentos que juntou aos autos são suficientes para permitir a defesa ampla.

Neste particular, sou pelo argumento de que, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, deve-se garantir a mais ampla defesa a qualquer acusado, e o decurso do prazo prescricional prejudica diretamente a capacidade de defesa destes. Divirjo, portanto, da opinião expressada pela autoridade “a quo” no sentido de que a ampla defesa estaria assegurada pela juntada que fez dos documentos pertinentes às operações.

O direito à defesa vai muito além deste limite, muito além do controle, pela autoridade, dos documentos que são por ela considerados indispensáveis para a defesa do administrado. A defesa tem que ser ampla. Este o mandamento constitucional e que não admite interpretação restritiva, mormente quando tal interpretação é dada pela autoridade que iniciou o processo.

Assim também já entendeu este Conselho, conforme decisão anterior pelo arquivamento de processo instaurado após o término do prazo obrigatório de guarda de documentos, por restar caracterizada a

impossibilidade da recorrente apresentar provas de suas alegações, em manifesto cerceamento do direito de defesa.

No mérito, o Banco Central, no presente processo, entendeu haver simulação e conseqüente prestação de informações falsas, por ter a recorrente registrado um câmbio para Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (“AFAC”) e utilizado os valores correspondentes em mútuo a empresa ligada que, em seguida, os transferiu ao exterior.

A presente matéria – operação de AFAC com respectiva remessa de valores ao exterior - tem sido objeto de diversas decisões deste Conselho, sendo relevante destacar que em julgado anterior, na 231ª Sessão, foi feita didática distinção entre o bom e o mau AFAC. Aquele legal e este não; um distinguindo-se do outro pela efetiva intenção da parte que o realiza, sendo relevante, para determinar a intenção da parte, se o aumento de capital é efetivado ou não e se há justificativa econômica ou operacional para a realização da operação.

Neste caso – diferentemente de outros que contaram com a participação da mesma instituição financeira – os recursos foram totalmente capitalizados. A propósito da utilização de recursos, deve ser dito que feita a operação de câmbio, para a entrada dos recursos – os quais já pertencem à vendedora da moeda estrangeira, diga-se – a moeda nacional resultante passa a integrar o caixa da empresa e a esta cabe destiná-los. Se, por opção, resolver pagar alguma obrigação, distribuir dividendos ou fazer algum investimento, não há ilegalidade no fato.

Dentro desse contexto, se o entendimento a prevalecer for no sentido de que a instituição teve intenção de ganhar com a diferença entre as taxas de câmbio, assistiria razão ao Banco Central quando entendeu ter a instituição financeira praticado jogo sobre o câmbio. Ocorre que o chamado jogo sobre o câmbio não encontra tipificação adequada – conforme abalizada opinião apresentada em parecer da d. Procuradoria da Fazenda Nacional e jurisprudência deste Conselho de Recursos – sendo, portanto, inaplicável a pena pretendida pelo Banco Central por jogo sobre o câmbio.

Se, por outro lado, o entendimento for no sentido de que a instituição não praticou o jogo sobre o câmbio, restaria saber se alguma tipificação seria aplicável à sua conduta.

No entender da Procuradoria da Fazenda Nacional, a pena mesma aplicada pelo Banco Central seria cabível, mas após o emendatio libellis para tipificação da operação por classificação incorreta. A este respeito, cumpre esclarecer meu entendimento no sentido de que a emendatio libellis, quando feita em grau de recurso, deve levar à abertura de novo prazo para a apresentação de nova defesa. Por conta de discussões anteriores que tive oportunidade de presenciar, sobre a desnecessidade de abertura de novo prazo, para os casos de emendatio libellis, cumpro-me aduzir que concordo que não há necessidade de abertura de prazo quando a emenda é feita antes do julgamento de primeira instância; contrario senso vejo necessidade, sim, de abertura de prazo sempre que a emenda seja feita em instância superior. Isto para que não haja prejuízo ao duplo grau de jurisdição constitucionalmente garantido. Não obstante, considero desnecessária a abertura de prazo naqueles casos em que a tipificação nova, após a emenda, foi apresentada ao administrado por ocasião da intimação feita por ocasião da abertura do processo.

Antes, contudo, de apreciar o cabimento da emendatio libellis, vale examinar a situação de fato. Em casos anteriores, nos quais as operações faziam parte de um conjunto de outras realizadas pela mesma instituição, criando uma aparência de fazerem parte de um mesmo produto, reconheci a materialidade, tipicidade e a autoria. Neste, vejo que há uma distinção fundamental em relação àqueles. Aqui, os recursos foram efetivamente capitalizados, permanecendo no país, legitimando, assim, a classificação feita pelo recorrente. Este fato, isolado, não permite concluir que a intenção do recorrente não era – de fato - a de burlar a norma, aproveitando-se dos efeitos da diferença entre as taxas de câmbio nos dois mercados onde operou, mas cria – no mínimo - sérias dúvidas sobre as reais intenções do mesmo. Cabível, portanto, a aplicação do princípio do “in dubio pro reo”, que é o fundamento do meu voto, pelo arquivamento do processo. É o Voto. Brasília, 23 de fevereiro de 2005. Valdecyr Gomes - Conselheiro Relator.

4. E por tais razões, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Parecer PGFN/CAF/CRSFN/268/2009, da lavra da Procuradora Luciana Moreira Gomes (fls. 595/600), opinou **pelo provimento do recurso voluntário**, pelo fato de que “não se pode deixar de observar que as infrações sob análise nestes autos foram consideradas **regulares** por esse Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, por ocasião do julgamento dos Recursos 4400, 4366, 4375 e 4380, todos voltados à apuração de responsabilidade pelos mesmos fatos inseridos nestes autos, as contratações de câmbio e posteriores remessas ao exterior levadas a efeito em janeiro de 1994”, asseverando, ainda, que “como se vê, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional já se manifestou, em mais de uma oportunidade, pela ausência de materialidade da infração imputada ao ora recorrente. Essa conclusão, por se tratar de matéria transitada em julgado na seara administrativa, e que sequer comporta possibilidade de revisão (óbice previsto no parágrafo único do art. 65 da Lei nº 9.784/98), há de ter incidência reconhecida sobre a infração apurada neste processo: a materialidade da infração já restou definitivamente desconstituída pelo CRSFN”.

5. Acresça-se a tal manifestação o disposto no art. 580 do Código de Processo Penal que estabelece que: “No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”, o que vem a ser um corolário do princípio constitucional da isonomia.

6. É de se ver, inclusive, reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido. Vejamos:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 12 E 14 DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. PEDIDO DE EXTENSÃO DEFERIDO PELA CORTE A QUO. IDENTIDADE DE SITUAÇÕES. SUPOSTA CONTRARIEDADE AO ARTIGO 580 E 312 DO CPP. INEXISTÊNCIA.

I - Havendo identidade de situação fático-processual entre os co-réus, cabe, a teor do art. 580 do CPP, deferir pedido de extensão de

benefício obtido por um deles, qual seja, a revogação da prisão preventiva. (Precedentes).

II - No presente caso, assentou o reprochado acórdão que os fundamentos utilizados para a decretação da custódia cautelar dos co-réus seriam os mesmos e que não haveria, na espécie, qualquer circunstância de caráter exclusivamente pessoal que os diferenciasse, de modo que não haveria como indeferir o pedido de extensão já que um dos co-réus havia obtido anteriormente o

benefício da revogação da prisão preventiva. Por outro lado, a verificação dos pressupostos utilizados para a custódia cautelar - não delineados no acórdão - ou a verificação da alegada diversidade de situação dos co-réus, exigiria o revolvimento do material fático-probatório, o que na via eleita não se revela permitido, a teor do disposto na Súmula 07 desta Corte. Recurso especial não conhecido. (REsp 1008647 / SE RECURSO ESPECIAL 2007/0287990-2 – Relator Ministro FELIX FISCHER – Data de Julgamento:19/06/2008 – Pub.: DJe 18/08/2008).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. PROGRESSÃO DE REGIME. ORDEM CONCEDIDA A CO-RÉU. SITUAÇÃO PROCESSUAL IDÊNTICA DO PACIENTE. APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP.

1. Encontrando-se os co-réus na mesma situação fático-processual e, também, não existindo qualquer circunstância de caráter exclusivamente pessoal que justifique diferenciação, cabe, a teor do Princípio da Isonomia e do art. 580 do Código de Processo Penal, deferir pedido de extensão de julgado benéfico obtido por um deles.

2. Ordem concedida para estender ao Paciente os efeitos da decisão proferida por esta Corte, nos autos do HC n.º 46.216/SP, determinando, assim, o afastamento do óbice legal contido no dispositivo da sentença condenatória que negava o direito à eventual progressão carcerária, ressaltando, contudo, que competirá ao juízo das execuções criminais, atendidos os requisitos subjetivos e objetivos, decidir sobre o deferimento do benefício da progressão de regime prisional. Nos mesmos termos, a ordem há de ser concedida, de ofício, para o réu André Roberto Moreira, por se encontrar, também, na mesma situação processual do ora Paciente. (HC 57043 / SP HABEAS CORPUS-2006/0071221-6 – Relatora Ministra LAURITA VAZ – Data de Julgamento: 23/05/2006 – Pub.: DJ 19/06/2006 p. 174).

7. Portanto, a outra conclusão não se poderia chegar que não O PROVIMENTO INTEGRAL DO PRESENTE RECURSO, COM O CONSEQUENTE ARQUIVAMENTO DO PROCESSO, pelas razões acima expostas.

É o Voto.

Brasília, 27 de outubro de 2009. Daniel Augusto Borges da Costa –
Conselheiro-Relator.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, decidem os membros do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, por maioria e nos termos do voto do Conselheiro-Relator, dar provimento ao recurso interposto, convolvando em arquivamento a decisão do órgão de primeiro grau que aplicou a JORGE PAULO LEMANN pena de multa pecuniária no valor de R\$ 950,41 (novecentos e cinquenta reais e quarenta e um centavos), vencido o Conselheiro Raul Jorge de Pinho Curro ao votar pela ratificação do sancionamento definido no primeira instância, tendo o advogado Dr. Marcelo Fonseca defendido oralmente o apelante.

Participaram do julgamento os seguintes Conselheiros: Drs. Daniel Augusto Borges da Costa, Darwin Corrêa, Felisberto Bonfim Pereira, Johan Albino Ribeiro, Luiz Eduardo Martins Ferreira, Marco Antônio Martins de Araújo Filho, Margareth Noda e Raul Jorge de Pinho Curro. Presentes a Dra. Luciana Moreira Gomes, Procuradora da Fazenda Nacional, e Marcos Martins de Souza, Secretário-Executivo do CRSFN.

Brasília, 27 de outubro de 2009.

DANIEL AUGUSTO BORGES DA COSTA
Presidente

DANIEL AUGUSTO BORGES DA COSTA
Relator

LUCIANA MOREIRA GOMES
Procuradora da Fazenda Nacional

Ata publicada no DOU de 20.11.2009 – Seção 1 – pags. 67 e 68.