

Petição 6.667/2017-BCB/PGBC

Memorial, apresentado perante a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que defende a inexistência de ato de improbidade praticado por agentes do Banco Central em razão da alteração da metodologia de precificação de fundos de investimento (de marcação em curva de papel para marcação a mercado) no ano de 2002.

José Maria dos Anjos

Procurador

Lucas Farias Moura Maia

Procurador-Chefe

Erasto Villa-Verde Filho

Subprocurador-Geral do Banco Central

Flavio José Roman

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
DA PRIMEIRA REGIÃO

TERCEIRA TURMA

MEMORIAL
DO BANCO CENTRAL DO BRASIL E OUTROS

(RECORRIDOS)

ASSUNTO: AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - APELAÇÃO CÍVEL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RÉU MINISTRO DE ESTADO. INVIÁVEL O MANEJO DE AÇÃO DE IMPROBIDADE PERANTE JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NA PET 768, DO STF. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ENTRE AÇÃO DE IMPROBIDADE E AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA RESSARCIMENTO DE PARTICULARES. INEXISTÊNCIA DE ATO ÍMPROBO, NOS TERMOS DA LEI Nº 8.429, DE 1992. POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE POR FUNDAMENTO DIVERSO ÀQUELE QUE CONSTA NA SENTENÇA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

APELAÇÕES CÍVEIS Nº 0033030-75.2002.4.01.3400 (2002.34.00.0033095-8) E 0033027-23.2002.4.01.3400 (2002.34.00.033092-7)

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDOS: BANCO CENTRAL DO BRASIL, ARMÍNIO FRAGA NETO, TEREZA CRISTINA GROSSI TOGNI E OUTROS

RELATOR: JUIZ FEDERAL CONVOCADO JOSÉ ALEXANDRE FRANCO

PAUTA DE JULGAMENTO DE 29 DE NOVEMBRO DE 2017

Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região,

Trata-se de ações civis públicas cumuladas com ações de improbidade promovida pelo Ministério Público Federal (MPF) contra diversos réus, nas quais o órgão ministerial pleiteia a aplicação aos réus “as sanções impostas pela Lei de Improbidade”, e o ressarcimento dos supostos danos “causados indevidamente aos acionistas dos fundos de investimento de renda fixa por esses atos ímprobos”. O MPF aponta a existência de atos de improbidade na condução pelos réus da alteração da metodologia de precificação de fundos de investimento (de marcação em curva de papel para marcação a mercado) no ano de 2002.

2. A pretensão ministerial pode ser assim resumida, conforme trecho da própria inicial: “a presente ação tem como objeto a aplicação aos réus supramencionados as sanções impostas pela Lei de Improbidade, porquanto suas ações e omissões subsumem-se às vedações dessa lei, e em especial, a obtenção de ressarcimento dos danos causados indevidamente aos acionistas dos fundos de investimento de renda fixa por esses atos ímprobos, aplicando-se também para essa última finalidade os dispositivos da Lei de Mercado de Capitais e do Código do Consumidor.”

3. Quanto ao Banco Central e aos seus ex-dirigentes, o MPF descreveu a seguinte conduta, que seria apta, de acordo com o *Parquet*, a configurar ato de improbidade administrativa:

“O Banco Central do Brasil como responsável pela fiscalização das instituições financeiras e dos fundos de investimento não pode, nos termos da Lei nº 4.595/64, e não deve se furtar ao dever de coibir a prática da não ‘marcação a mercado’ e repasse indevido de prejuízos aos investidores de boa-fé causados por atos fraudulentos dos gestores desses fundos, aplicando-lhes as penalidades previstas na legislação vigente ou até, se fosse o caso, representando ao Ministério Público Federal, sob pena de seus dirigentes incorrerem nas sanções da Lei de Improbidade Administrativa”.

4. O Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal julgou improcedente o pedido ministerial, por que (i) considerou que os fatos imputados ao ex-Presidente do Banco Central (Armínio Fraga Neto), Ministro de Estado, não podem ser enquadrados como ato de improbidade, podendo, em tese, configurar crime de responsabilidade, conforme decidido pelo STF na Reclamação 2.138; e (ii) como os fatos imputados aos demais réus guardam relação direta com os atos do ex-Presidente do Banco Central, afastada a conduta com relação a um dos réus, tal conclusão a todos se estende.

5. O MPF apelou da sentença, argumentando: (i) ausência de pronunciamento em relação à totalidade dos pedidos formulados, no que tange àqueles formulados nos termos da Lei nº 7.347, de 1985, que descreviam obrigações de fazer e não fazer a determinados integrantes do polo passivo; (ii) possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos; (iii) impossibilidade de aplicação do precedente do STF (Reclamação 2.138) ao caso; (iv) possibilidade de aplicação da Lei nº 8.429, de 1992, aos demais co-réus.

6. Todavia, a apelação do MPF merece ser desprovida, tendo em vista que (i) incabível a ação de improbidade e (ii) inexistem atos ímprobos praticados pelo Banco Central ou suas autoridades.

ACÇÃO DE IMPROBIDADE INCABÍVEL – INEXISTÊNCIA DE ATO CONFIGURADOR DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

7. Conforme delineado acima, o Juízo da 9ª Vara Federal/DF julgou improcedente o pedido ministerial, por considerar incabível o ajuizamento de ação de improbidade de atos praticados por Ministros de Estado, não havendo fato isolado que possa ser imputado aos demais corréus. Tal conclusão se embasou no precedente do STF consubstanciado na Reclamação nº 2.138, que, de acordo com o MPF, teria sido superado no julgamento da ADI 2797, que julgou inconstitucional o art. 84 do Código de Processo Penal.

8. No entanto, o debate acerca do tema ainda não foi esgotado no Supremo Tribunal Federal, diversamente do alegado pelo MPF. Encontra-se pendente de julgamento a Petição nº 3.240, que trata justamente de prerrogativa de foro para ações de improbidade. Embora o voto do Ministro Relator Teori Zavascki ainda não esteja disponível, o relato constante do *Informativo STF nº 768* oferece com segurança a proposta de revisitar o tema, reapreciando-o sob a perspectiva dos direitos fundamentais:

“Do ponto de vista dos direitos fundamentais e do postulado da dignidade da pessoa humana, não pareceria lógico que se investisse o acusado de amplas garantias até mesmo quando devesse responder por infração penal que produziria simples pena de multa pecuniária e se lhe negassem garantias semelhantes quando a

infração, conquanto administrativa, pudesse resultar em pena mais severa, como a perda de função pública ou a suspensão de direitos políticos. (...) Em suma, por entender que essa linha de compreensão também deveria ser adotada em relação ao foro por prerrogativa de função, o relator reconheceu a competência do STF para processar e julgar a ação de improbidade contra o Apelado, deputado federal.” (Histórico do julgamento tirado do Informativo STF nº 768, de 17 a 27 de novembro de 2014, sem negritos no original.)

9. Nesse ponto, tendo em conta a referência que se fez sobre a possibilidade de se sujeitarem as políticas públicas sob responsabilidade do Banco Central, em especial aquelas relacionadas à ordem monetária e financeira do País, à dispersão assistemática inerente ao controle judicial difuso, não se pode deixar de trazer para a discussão a tese acolhida quando da análise da constitucionalidade da MP nº 207, de 13 de agosto de 2004, por meio da ADI nº 3.289-5, que estabeleceu que o cargo de Presidente do Banco Central é de Ministro de Estado. O voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, aponta que a necessidade de prerrogativa de foro para autoridade monetária mostra-se alinhada, inclusive, ao direito internacional, em especial os princípios para uma supervisão bancária eficaz, conforme documento elaborado pelo Comitê de Supervisão Bancária da Basileia (fórum internacional de supervisores que conta, há anos, com a participação do Brasil). Eis o trecho retromencionado, *verbis*:

“Conforme já foi lembrado quando da tramitação do projeto de conversão, a necessidade de um sistema legal de proteção às autoridades que possuem o dever de fiscalizar o sistema bancário encontra previsão no direito internacional. Tal como registra, em memorial, a Procuradoria do Banco Central, isto está previsto nos chamados ‘Princípios Essenciais da Basileia’ ou ‘Princípios Essenciais para uma Supervisão Bancária Eficaz’. (...)

No Prefácio que acompanha os referidos Princípios após afirmar-se textualmente que ‘a fragilidade do sistema bancário de um país, seja ele desenvolvido, seja em desenvolvimento, pode ameaçar a estabilidade financeira tanto internamente quanto internacionalmente’, o Comitê passa a discorrer sobre a necessidade de fortalecer a solidez dos sistemas financeiros. Em seguida são enunciados os princípios. Consta do texto do primeiro princípio a seguinte recomendação:

‘Princípio 1: Um sistema eficaz de supervisão bancária terá claramente definidas as responsabilidades e os objetivos de cada agência envolvida na supervisão de organizações bancárias. Cada uma dessas agências deve ter independência operacional e recursos adequados. Um ordenamento legal apropriado à supervisão bancária também é necessário, incluindo dispositivos relacionados com as autorizações às organizações bancárias e sua supervisão contínua; poderes voltados para a verificação de conformidade legal, bem como para interesses de segurança e solidez; e proteção legal para os supervisores.

Esse princípio requer os seguintes componentes sejam implantados:

(omissis)

Proteção (normalmente definida em lei) contra imputabilidade pessoal nas ações de supervisão realizadas de boa-fé, no cumprimento das responsabilidades inerentes à função.

(omissis)’.

O Brasil, cabe lembrar, é membro associado ao Convênio Constitutivo do Banco de Compensações Internacionais (Decreto-Legislativo nº 15, de 19 de março de 1997; Decreto nº 3.941, de 27 de setembro de 2001). Em consequência, é evidente que há um compromisso internacional do Brasil em relação aos princípios fundamentais que regem o Banco de Compensações Internacionais. Outro aspecto que pode se inferir dos Princípios da Basileia é que a chamada prerrogativa de foro pode ser considerada, em

verdade, como um minus em relação ao regime de proteção recomendado por aquele ato internacional, que fala em regime de não imputabilidade pessoal e institucional.” (Original sem destaques.)

10. Veja, portanto, que a necessidade de manter agentes políticos, e aí se inclui o Presidente do Banco Central, com prerrogativa de foro, não representa privilégio, mas verdadeira proteção para aqueles que, muitas vezes, precisam atuar de forma decidida e tempestiva, no intuito de manter a higidez do sistema financeiro.

11. No caso concreto em exame, que se amolda como luva às preocupações externadas pelo Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, a leitura das ações de improbidade administrativa revela que o Ministério Público Federal, em momento algum, preocupou-se sequer em apontar qualquer desvio de conduta dos agentes envolvidos. Impugna pura e simplesmente os atos praticados, por entender que, na sua visão, não atenderam ao interesse público. Ou seja, faz verdadeiro juízo valorativo sobre o mérito administrativo que orientou a adoção de determinada política pública.

12. Essa, por si só, é razão suficiente para se manter as conclusões da sentença recorrida.

13. De mais a mais, reiterando os termos das contrarrazões, se, *ad argumentandum tantum*, esse egrégio Tribunal rejeitar a tese acolhida pela sentença de primeiro grau acima mencionada, poderá, por outro fundamento suscitado nas contrarrazões da apelação, julgar improcedente o pedido do MPF, uma vez que, da própria narrativa da peça inaugural, pode-se concluir que a conduta imputada aos réus não caracteriza ato de improbidade administrativa.

14. Cabe lembrar, nesse passo, que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992) dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de *enriquecimento ilícito* (art. 9º), *prejuízo ao erário* (art.10) ou *prática de atos que atentam contra os princípios da administração pública* (art. 11), não se divisando, na descrição das condutas, essas práticas que o MPF reputa ímprobos neste processo. Assim, antes de tecer considerações de mérito, mesmo porque a r. sentença recorrida disso não trata, percebe-se, *concessa venia*, que o recorrente não logrou demonstrar ilegalidade, desacerto ou afastamento do julgado dos balizamentos processuais ou procedimentais, o que inviabiliza a sua pretendida reforma.

15. As alegações lançadas na inicial, conjugadas com os demais elementos de convicção propiciados pela instrução, não poderiam conduzir a conclusão diversa da que ostenta a r. sentença recorrida. É que, abstraídos os aspectos ditados pelo formalismo procedimental, que não deve ser relegado, a convicção que se forma, com base no que expressamente foi registrado na inicial e nas próprias razões do recurso, é de que o pedido se resume, como já realçado, na imposição, aos réus “*de obrigação de fazer, consistente em providenciar a reparação das perdas indevidas imputadas ao patrimônio dos fundos de investimento...*”, prática que não se conjuga, por absoluta falta de pertinência, com os pressupostos contemplados na Lei de Improbidade Administrativa, para imposição das sanções nela previstas. Os demais pedidos decorrem do primeiro, revestindo-se, pois, de caráter acessório.

16. Por relevante, impõe noticiar que a pretensão do autor, aqui posta, exatamente a mesma pretensão, constitui objeto de outra ação ajuizada pelo Ministério Público Federal, com distinção apenas de alguns réus, a saber: Processo nº 0033028-08.2002.4.01.3400 (2002.34.00.033093-0/DF). Registre-se que naqueles autos, houve prolação de sentença de indeferimento da inicial, por impossibilidade de ajuizamento de ação de improbidade contra ato praticado por Ministro de Estado.

17. Importantíssimo ressaltar que essa Terceira Turma, ao julgar a apelação do MPF naqueles autos, manteve a sentença por fundamentos diversos (impossibilidade de cumulação de pedidos diversos face a réus diversos, em ação de improbidade administrativa e ação civil pública para reparação de danos a investidores privados).

18. Por oportuno, mencione-se a ementa do acórdão e trecho do voto vencedor, *verbis*:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE 1º GRAU. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DIVERSOS CONTRA RÉUS DIFERENTES. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. ATO DE IMPROBIDADE. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ OU DOLO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. SENTENÇA MANTIDA, POR FUNDAMENTOS DIVERSOS.

1. Tratando-se de ação civil pública por improbidade administrativa, esta deve ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau, independentemente de eventual foro por prerrogativa de função, em correlata ação criminal.

2. Ademais, o caso não importa em perda de cargo público de réu com foro privilegiado, em instância criminal.

3. Outrossim, a ação tem entre os réus ex-Presidente do Banco Central do Brasil e os fatos relacionam-se a período anterior à lei 11036/2004 que atribuiu status de ministro ao presidente da autarquia, não podendo a lei ser aplicada retroativamente.

4. Incompetência da justiça federal de primeira instância que se rejeita.

5. É inviável a cumulação de pedidos diversos face a réus diferentes, em ação de improbidade administrativa e ação civil pública para reparação de danos a investidores privados.

6. Mostra-se inadequada a ação de improbidade para a reparação, às custas do patrimônio de empresa pública, de prejuízos causados a investidores privados.

7. Apenas e quando a irregularidade administrativa é coadjuvada pela má-fé, pelo dolo, hipótese não demonstrada na peça inicial e que não se pode apreender do contexto dos fatos narrados, é que se pode cogitar de ato de improbidade.

8. Sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito que se mantém, por fundamentos diversos.

9. Apelação improvida.

TRECHO DO VOTO VENCEDOR:

15. *Observe-se, igualmente, a peculiar situação da Caixa Econômica Federal. Se se traça de ação civil pública em que se busca a tutela do interesse dos investidores, supostamente lesados, é evidente a pertinência, no pólo passivo da ação, da Caixa. Mas, se se trata de ação de improbidade, é evidente o seu descabimento, em relação à mencionada ré, vez que a ação prevista na Lei 8429/92 presta-se à reparação dos danos causados às entidades públicas e não à reparação de danos sofridos por particulares (investidores em fundos administrados pela CEF). É nítida, no caso, a inadequação de ação de improbidade proposta para reparar danos causados ao patrimônio privado, devendo a indenização ser suportada pelo patrimônio de empresa pública. Consoante ensina Sílvio Antônio Marques (“Improbidade Administrativa — Ação Civil e Cooperação Jurídica Internacional, SP, Saraiva, 2010, p. 42), ‘... não se configura ato de improbidade administrativa quando agentes públicos e particulares violam o patrimônio ou interesse privado, sem repercussão na órbita administrativa.’”*

19. **É de se ter em conta que o rito ordinário, ditado pela Lei nº 8.429, de 1.992, encontra exceções no seu próprio texto, de modo a propiciar a absolvição expedita daqueles que reconhecidamente**

não devem se submeter ao rigor das penalidades previstas na mesma lei. Nesse sentido, a previsão contida no artigo 17, §§ 7º e 8º, acrescidos à redação original pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001.¹

20. Assim, se for superada a fundamentação esgrimida pelo magistrado *a quo* para julgar improcedente o pedido ministerial, o Banco Central pede a manutenção da sentença de improcedência por fundamento diverso, haja vista inexistir ato de improbidade das autoridades do Banco Central, consoante permite a Lei de Ação de Improbidade e o Código de Processo Civil.

EXPLICAÇÃO TÉCNICA DOS FATOS

21. Para melhor compreensão seria de se formular a seguinte indagação: como é que se poderia definir prejuízo para fins de indenização, no caso de aplicações em fundos de investimento? Tratando-se de aplicações que envolvem risco em que não há garantia *ex ante* de valorização das cotas do fundo num determinado período de tempo, como é que se poderia definir uma perda? Em outras palavras: qual o parâmetro para se falar em perda?

22. Sem dúvida, a pessoa que aplica num fundo de investimento, adquirindo quotas, espera (tem a legítima expectativa de) obter uma remuneração positiva por sua aplicação. Mas essa esperada remuneração não é certa. Pelo contrário, depende da valorização das quotas que, por sua vez, depende da valorização dos títulos que compõem a carteira de ativos do fundo de investimento.

23. Compreende-se, pois, que as expectativas em relação à remuneração futura desses fundos desempenham um papel de suma importância na escolha da aplicação (decisão de investir). Em outras palavras: o investidor vai escolher este ou aquele fundo de acordo com a sua expectativa quanto à valorização das respectivas quotas.

24. Compreende-se, também, que a avaliação de desempenho de um fundo de investimento é decisiva no tocante à formação das expectativas dos investidores em relação ao comportamento futuro desse mesmo fundo. Vale dizer, um fundo que apresentou bom desempenho no passado tende a atrair mais investidores, movidos pela expectativa de que esse fundo vai continuar apresentando bom desempenho no futuro.

25. Percebe-se, ademais, que a questão da divulgação da rentabilidade dos fundos de investimento é de vital importância para o bom funcionamento do mercado. Ou seja, a remuneração divulgada pelos administradores deve refletir o mais fielmente possível o desempenho dos fundos de investimento. Da mesma forma, os rendimentos creditados aos aplicadores que resgatam suas cotas devem corresponder o mais fielmente possível à real valorização/desvalorização da carteira de títulos do fundo.

26. Certamente, seria esta a razão de ser da Resolução 2.183, de 21 de julho de 1995, editada pelo Conselho Monetário Nacional, ao estabelecer a obrigatoriedade da adoção do critério de avaliação dos ativos integrantes da carteira dos fundos pelo seu valor de mercado.

¹ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. [...] § 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do Apelado para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita”

27. A partir do segundo trimestre de 2005, quando o Banco Central do Brasil já não mais detinha competência fiscalizadora dos fundos, foi possível observar uma certa deterioração das expectativas quanto à economia brasileira. Nesse ambiente de crescente incerteza e aversão ao risco, observou-se uma súbita desvalorização dos títulos da dívida pública, com efeitos sobre outros ativos financeiros, como a queda do preço das ações cotadas em bolsas de valores e a desvalorização do real.

28. As Letras Financeiras do Tesouro (LFT), que representam aproximadamente metade da dívida pública mobiliária federal e que são os principais títulos na carteira desses fundos, principalmente nos chamados fundos DI, apresentaram desvalorização substancial. Essa desvalorização está ilustrada na tabela abaixo, que mostra a abertura dos deságios para cinco diferentes vencimentos dos títulos (2003, 2004, 2005, 2006, e 2007, respectivamente) entre os meses de dezembro e maio. A taxa de retorno acima da taxa Selic das LFT com vencimento em 2004, por exemplo, passou de 0,355% ao ano, em março, para 1,359% ao ano, no fim de maio. Esta elevação da taxa de rentabilidade da LFT se traduziu numa queda do preço de mercado dos títulos em circulação, já que há uma relação inversa entre rentabilidade e preço.

Letras Financeiras do Tesouro (LFT)

(taxa de retorno médio por ano de vencimento - dez/2001 a mai/2002)

Mês/Ano	2003	2004	2005	2006	2007
31 dez 2001	0,099%	0,250%	0,300%	0,346%	0,403%
31 jan 2002	0,102%	0,249%	0,300%	0,342%	0,402%
28 fev 2002	0,127%	0,370%	0,387%	0,428%	0,458%
28 mar 2002	0,188%	0,355%	0,390%	0,437%	0,480%
30 abr 2002	0,330%	0,678%	0,689%	0,716%	0,725%
31 mai 2002	0,681%	1,359%	1,486%	1,577%	1,652%

29. Para melhor compreensão, é oportuno analisar a diferença entre a marcação a preço de aquisição e a marcação a preço de mercado. A primeira (a preço de aquisição) leva em conta o preço nominal de aquisição do título e passa a projetar diariamente uma valorização *pro rata temporis* (utilizando o método exponencial) considerando o preço final (de resgate) do título, independentemente da cotação de mercado desse título. Já a marcação a preço de mercado, como o próprio nome sugere, leva em conta a cotação que o título alcança no mercado a cada dia.

30. Em tempos de normalidade, as duas formas de marcação se aproximam, porque a cotação de mercado dos títulos tende a acompanhar a valorização exponencial, *pro rata temporis*, do valor de aquisição do título. O problema surge nos tempos de turbulência no mercado, como ocorreu a partir de abril de 2002.

31. Para exemplificar, pode-se imaginar a seguinte situação de um fundo “XYZ” que possui um único título com valor de aquisição 100 e valor de resgate 130 para um período de trinta dias. Pela marcação a preço de aquisição esse título entraria na contabilidade do fundo da seguinte forma: no dia da aquisição entraria por 100, no dia seguinte por aproximadamente 101, no segundo dia por aproximadamente 102, no terceiro dia por aproximadamente 103, e assim sucessivamente, até o trigésimo dia, em que apareceria pela cotação de resgate no valor de 130. Pela marcação a mercado, o título apareceria pela cotação – valor de resgate – do dia-a-dia no mercado.

32. Como dito antes, em tempos de normalidade as duas formas tendem a se aproximar. Nos tempos de turbulência, há um descolamento porque a cotação de mercado desses títulos tende a

oscilar bruscamente, de modo que esse título adquirido pelo fundo “XYZ” por 100, três dias depois da aquisição pode estar sendo cotado no mercado a apenas 98. Nesse caso, se o fundo “XYZ” adotar o critério da marcação a preço de aquisição vai registrar nesse dia (terceiro dia) o valor de 103, ao passo que se for adotado o critério da marcação a mercado vai aparecer o valor de 98.

33. Esse exemplo hipotético serve para esclarecer o ocorrido no episódio envolvendo os fundos de investimento. Com a desvalorização dos títulos da dívida pública em função das turbulências no mercado financeiro, os fundos que adotavam a marcação a mercado registraram instantaneamente a desvalorização de sua carteira de ativos. Os fundos que, contrariando a regulação em vigor, ainda adotavam a marcação a preço de aquisição continuaram registrando uma valorização irreal de sua carteira. Quando esses fundos que ainda adotavam a marcação a preço de aquisição fizeram a conversão para a marcação a mercado, o que se deu após a edição da Instrução CVM 365, de 29/05/2002, as perdas que estavam ocultas ficaram aparentes, ou seja, a contabilidade desses fundos, que registrava uma valorização irreal, passou a acusar a dura realidade da desvalorização dos títulos da dívida pública que compunham sua carteira de ativos.

34. Historicamente, a marcação a mercado já existia antes dos normativos que, simplesmente, mudaram os critérios de sua realização, como a seguir será demonstrado.

35. Em 15 de fevereiro de 2002 o Banco Central do Brasil editou a Circular nº 3.086, estabelecendo, minuciosamente, a uniformização dos critérios a serem adotados, de modo que os títulos mobiliários integrantes das carteiras dos fundos conceituados como de renda fixa e DI deveriam “ser registrados pelo valor efetivamente pago, inclusive corretagens e emolumentos” (art. 1º). Pelo art. 12 da mesma Circular, os administradores dos fundos teriam prazo até 30 de junho de 2002 para o enquadramento às disposições daquele normativo. Pela Circular nº 3.096, de 6.3.2002, esse prazo foi prorrogado para 30 de setembro de 2002.

36. Esse elastério teve por finalidade fazer com que a uniformização de critérios fosse implementada de forma gradativa, permitindo-se a adaptação dos sistemas internos computacionais dos fundos de investimento.

37. Cumpre enfatizar que as Circulares acima mencionadas apenas mudaram os critérios de marcação a mercado, já que essa exigência existia anteriormente, não admitindo, por outro prisma, confundir essa nova definição de critérios com eventual autorização para a não marcação a mercado.

38. Todavia, consoante já se disse, ante a desvalorização das LFT, concluiu-se, no âmbito dos órgãos encarregados de zelar pelo Sistema Financeiro Nacional e pelo mercado de títulos e valores mobiliários (Banco Central e Comissão de Valores Mobiliários - CVM, respectivamente), ser urgente a adoção dos critérios determinados anteriormente.

39. Seja permitido repetir que a partir de março de 2002 a competência para regular e supervisionar o funcionamento dos fundos de investimento foi transferida para a CVM, nos termos das Leis nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, e nº 10.411, de 26 de fevereiro de 2002. Até então, como já explicitado, não havia descolamento significativo entre as duas formas de marcação. Os levantamentos feitos pela Diretoria de Fiscalização do Banco Central, até então, não apontaram variação significativa, ensejadora das ações que o Ministério Público Federal insiste em considerar como essenciais.

40. Nesse contexto de volatilidade dos mercados de títulos, com o propósito de uniformizar, de imediato, tais procedimentos, a CVM resolveu editar a Instrução CVM nº 365, em 29 de maio de 2002, determinando a antecipação, para 31 de maio de 2002, da data para a adaptação dos fundos de investimento aos novos critérios de marcação a mercado, descrita anteriormente, produzindo efeitos imediatos no valor da quota dos fundos que ainda não haviam se adaptado.

41. A mencionada Instrução permitiu ainda que a prerrogativa para a avaliação de títulos e valores mobiliários pelo rendimento do papel seja adotada quando houver intenção dos investidores em preservar volume de aplicações compatível com a manutenção de tais ativos na carteira do fundo até o vencimento, desde que observadas, cumulativamente, as seguintes condições, em substituição àquelas originalmente estabelecidas pela Circular nº 3.086, 15 de fevereiro de 2002: (i) o fundo de investimento seja destinado a um único investidor, a investidores pertencentes ao mesmo conglomerado ou grupo econômico-financeiro ou a investidores qualificados, esses últimos definidos como tais em regulamentação editada pela CVM; e (ii) todos os investidores, inclusive os que ingressarem no fundo a partir daquela data, ou os respectivos representantes legais, declarem formalmente, por meio do termo de adesão ao regulamento do mesmo, sua anuência ao registro de títulos e valores mobiliários integrantes da carteira do fundo na categoria de que se trata.

42. Com essas medidas, os fundos de renda fixa passaram a adotar critérios uniformes de registro e de avaliação dos ativos financeiros integrantes de suas carteiras, com o benefício da transparência para os respectivos cotistas, tanto no que se refere à atuação dos administradores, quanto no que diz respeito ao controle dos recursos aplicados.

43. Ressalte-se que isso se deu, consoante já comentado, pelo fato de que a adaptação aos procedimentos estabelecidos pela Circular nº 3.086 vinha ocorrendo de maneira diferenciada, com fundos totalmente enquadrados na nova sistemática, outros em processo gradual de adequação e alguns sem qualquer iniciativa nessa direção.

44. Do exposto, é de se concluir que antes da edição da Instrução CVM nº 365, em razão do deslocamento de competência por força de disposição legal, o Banco Central disciplinou os critérios de contabilização ora discutidos, com o propósito de evitar perdas para os pequenos e médios investidores, sob a compreensão de que não reuniam condições de permanente acompanhamento do mercado de títulos, bem como de aferir as diferenças entre um fundo e outro, na fase de transição, ou seja, até a implementação definitiva das novas regras.

45. Logo, o Apelado não pode ser responsabilizado por eventuais prejuízos contabilizados naqueles fundos. Inadequada aplicação do modelo normativo pelas instituições financeiras administradoras de fundos de investimento apenas a elas pode ser imputada, máxime em face das claras disposições da Resolução 2.183 do Conselho Monetário Nacional, que obriga tais instituições a indicarem um administrador “*responsável civil e criminalmente pela gestão, supervisão, acompanhamento e prestação de informações relativas ao fundo*”.

46. Ressalte-se que só seria de se cogitar responsabilidade do Apelado por supostas perdas nas referidas aplicações se conduta sua tivesse levado àquele resultado, ou seja, além do fato, imporia a prova do nexo causal e do resultado. Ainda mais, se a responsabilidade que se imputa ao Apelado é decorrente de suposta omissão, ter-se-ia que comprovar, também, o elemento subjetivo, sob a forma de dolo. Tal comprovação não ocorreu, nem será possível provar, vez que o Banco Central, por emitir normas reguladoras do Sistema Financeiro, não pode ser erigido à categoria de segurador de todos os males que porventura ocorram nessa seara de especuladores de mercados.

47. Nesse contexto, é elucidativo acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, resumido na seguinte ementa:

“Administrativo - Responsabilidade Civil - Mercado de Capitais - Prejuízos Causados pelo Grupo Coroa-Brastel - C.F., Art. 37, § 6º - Lei nº 4.595/65 - Lei nº 6.024/74.

1. Afastada a teorização do extremado risco integral ou do risco administrativo, não é possível amoldar-se a obrigação de indenizar, se a lesividade teria ocorrido por omissão, que pode condicionar sua ocorrência, mas não a causou. Assim, se a indenização, no caso, só poderia ser inculcada com a prova de culpa ou dolo

(responsabilidade subjetiva), hipóteses descogitadas no julgado, inaceitável a acenada responsabilidade objetiva.

2. Não se deve flagelar a Administração Pública com reclamados danos patrimoniais sofridos por investidores atraídos ao mercado financeiro por altas taxas dos juros e expectativa de avultados lucros sobre o capital investido, por si, sinalização dos vigorosos riscos que rodeam essas operações. Se reconhecido o direito à socialização dos prejuízos, seria judicialmente assegurar lucros ao capital, eliminando-se o risco nas aplicações especulativas.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Recurso provido.”

(STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 43102-6/DF (1994/0002004-o), Relator Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, julgamento de 05.04.1995, DJ de 05.06.1995, p. 16637).

48. Seja permitido realçar que a competência conferida ao Banco Central do Brasil para regulamentar as atividades do sistema financeiro não deve ser traduzida como obrigatoriedade de sua presença permanente na intimidade dos negócios de todas as instituições do mercado e, muito menos, expressar garantia governamental a toda e qualquer operação celebrada entre particulares.

49. Pelo que autoriza concluir a inicial, o Autor imputa ao Apelado comportamento omissivo no que diz respeito ao zelo pela rentabilidade estável das aplicações realizadas pelos investidores, como se não houvesse risco no mercado ou, tendo havido, não devesse por ele ser suportado. Seria a mais cristalina materialização da máxima: “PRIVATIZAÇÃO DOS LUCROS E SOCIALIZAÇÃO DOS PREJUÍZOS”.

ELEMENTO SUBJETIVO DA IMPROBIDADE

50. Sobre o tema, no contexto aqui examinado, tomemos como pressuposto do pensamento a ser desenvolvido o seguinte excerto doutrinário de suma relevância por sua clareza e precisão:

“Não sendo concebível que uma pessoa enriqueça ilicitamente, que cause prejuízo ao erário ou que transgrida os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e deslealdade (sic) às instituições públicas, por ação meramente culposa (negligência, imprudência ou imperícia), forçosamente haveremos de concluir que o elemento subjetivo da improbidade é o dolo.

Embora se referindo à improbidade na seara trabalhista, destaque-se que cai como uma luva no assunto em apreço o magistério de Délio Maranhão:

‘Mas, de qualquer modo, o que é certo é que não existe improbidade, ou fraude, onde não há dolo. Eis por que, para que todo ato praticado pelo reclamante pudesse significar improbidade, seria preciso que ele, assim agindo, tivesse procurado iludir a boa-fé da reclamada e obter proveito ilegítimo para si ou para terceiro.’

Não é outro o magistério de Ivan Barbosa Rigolin:

1. Improbidade administrativa quer dizer desonestidade, imoralidade, prática de ato ou atos ímprobos, com vista a vantagem pessoal ou de correlato do autor, sempre com interesse para o agente. A improbidade é sempre ato doloso, ou seja, praticado intencionalmente, ou cujo risco é inteiramente assumido. Não existe improbidade culposa, que seria aquela praticada apenas com imprudência, negligência, ou imperícia, porque ninguém pode ser ímprobo, desonesto só por ter sido imprudente, ou imperito, ou mesmo negligente. Improbidade é conduta com efeitos

necessariamente assumidos pelo agente, que sabe estar sendo desonesto, desleal, imoral, corrupto. Chama-se improbidade administrativa aquela havida ou praticada no seio da Administração, já que pode haver improbidade na esfera civil, na vida particular, ou na militância comercial de qualquer pessoa; apenas por referir-se a situações ou fatos ligados à Administração, dentro dela, a Lei nº 8.112, a exemplo de outras leis, denominou aquela improbidade de administrativa”.

Realmente, como não poderia deixar de ser, a improbidade administrativa, como delito disciplinar requesta, como elemento subjetivo de sua configuração, que haja, no mínimo, a voluntariedade do agente público, subjetividade esta que, mesmo não se confundindo com dolo (direto ou eventual), extrema-se substancialmente da conduta culposa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia), pois que, na conduta livre e voluntária, concebe o agente a realização de um plano eticamente reprovável, o qual não se contemporiza com a mera culpa, que carece de tal deliberação volitiva, preordenada à consecução de vantagem pessoal, ou de terceiro, em detrimento da Administração Pública.” (in “Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa”, José Armando da Costa, Editora Brasília Jurídica, 1ª Edição, 2000, pág. 22/23).

51. Toda a argumentação até aqui expendida demonstra que não houve conduta dos apelados que possa ser tida como lesiva à Administração. Sob o enfoque específico do elemento subjetivo da improbidade, admitida que fosse a existência das condutas, é certo que em nenhum momento ficou patenteadado o elemento subjetivo.

52. Os indigitados danos ao erário, como aduz o MPF, estariam representados pela quebra de confiança no sistema financeiro.

53. A existência do dano, decorrente do dolo, é elemento indispensável à aplicação das penas por violação das hipóteses previstas no artigo 10 da Lei de Improbidade. Esse artigo trata dos atos de improbidade que geram prejuízo ao erário e, por isso, no artigo 12, inciso II, a primeira modalidade de pena é exatamente o ressarcimento integral do dano. Mas tal hipótese não ocorre em todos os tipos de improbidade.

54. Para maior clareza, o mesmo artigo 12, inciso III, quando trata das penas por violação aos princípios da Administração Pública (artigo 11), prevê o ressarcimento integral do dano, SE HOVER. Denota que a improbidade administrativa pode não ensejar o ressarcimento do dano, pela singela razão da sua inexistência.

55. Destaque-se que o pretense ressarcimento do dano far-se-ia somente aos cofres públicos, por força da Lei de Improbidade. **Por isso, não se pode equiparar o alegado dano com os eventuais prejuízos causados aos investidores, de cunho eminentemente privado.**

56. O que se identifica com clareza é que a questão fiduciária que se pretende lesada não tem natureza patrimonial. O Governo não é mero comerciante para ter em seu fundo de comércio o aviamento como patrimônio. O Governo fala em nome da soberania nacional. Por isso, a construção feita pelo Autor é verdadeiramente uma interpretação extensiva da norma incriminadora o que deve ser repellido.

57. Em sede de incriminação não se admite a analogia nem a interpretação extensiva. Deve-se ter em conta que os danos ao erário sempre terão de se expressar em números, desde a origem, ainda que simplesmente estimados. Do contrário, não se teria como aplicar a penalidade prevista no artigo 12, inciso II, da Lei de Improbidade, que exige ressarcimento integral do dano.

58. Logo, a construção do Autor, pretendendo estender o conceito de dano ao erário até mesmo a parcela que não seja patrimonial, com base no art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade, viola o princípio da legalidade penal, que veda a interpretação extensiva para efeito de incriminação, além de não se ter como aplicar a pena prevista em seu artigo 12, inciso II, haja vista a inexistência de dano patrimonial.

59. Evidentemente, não se vislumbra dolo na conduta do Apelado porque sequer foi demonstrada a prática de qualquer conduta, muito menos lesiva.

CONCLUSÃO

60. Por todo o exposto, com os doutos suprimentos da egrégia Terceira Turma, caso não seja acolhido o fundamento da sentença de primeiro grau para extinguir a ação de improbidade, a hipótese é de incidência direta do comando que emana do artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429, de 1992, com a redação da Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, ante a constatação da inexistência do alegado ato de improbidade, o que não caracterizaria supressão de instância.

61. Com esses fundamentos, reiteram o pedido de improvemento do recurso.

Brasília, 26 de novembro de 2017.

ERASTO VILLA-VERDE FILHO

Subprocurador-Geral do Banco Central
Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa
OAB/DF 9.393

FLAVIO JOSÉ ROMAN

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal
OAB/DF 15.934

JOSÉ MARIA DOS ANJOS

Procurador
Procuradora Especializada em Processos Judiciais Relevantes
OAB/DF 3.310

LUCAS FARIAS MOURA MAIA

Procurador-Chefe
Procuradora Especializada em Processos Judiciais Relevantes
OAB/GO 24.625